



REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

*Edição Especial
40 Anos*



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

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

R. PGE Especial	Manaus-Am	a. 29	n ^o s 34-35	2011/2012
--------------------	-----------	-------	------------------------	-----------

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**

Rua Emílio Moreira, 1308 - Praça 14 de janeiro
CEP. 69.020-040 Manaus - Amazonas Fone: 3622-3904

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos:
KLEYSON NASCIMENTO BARROSO

Organização:
KLEYSON NASCIMENTO BARROSO
ISLENE BOTELHO BARROSO
CÁSSIA MAÍSA B. S. FERNANDES

Comissão Editorial:
KLEYSON NASCIMENTO BARROSO
SUELY XAVIER LIMA
HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

Comissão de Revisão:
KLEYSON NASCIMENTO BARROSO
CÁSSIA MAÍSA B. S. FERNANDES

Apoio Informática:
RAIMUNDA DE FREITAS SOARES
BRUNO SILVA DE ARAÚJO

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 1807-926

1983 2012 (1-35)

D.Q.C. 340.05



Governo do Estado do Amazonas
Procuradoria Geral do Estado

JOSÉ MELO DE OLIVEIRA
Governador do Estado do Amazonas

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
Procurador-Geral do Estado

FABIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
Subprocurador-Geral do Estado

PROCURADORES DO ESTADO EM 2011

1ª CLASSE:

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
ANGELA BEATRIZ GONÇALVES FALCÃO DE OLIVEIRA BASTOS
CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO
HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
INDRAMARA DOS SANTOS BESSA
JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS
JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO
LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
LUÍS CARLOS DE PAULA E SOUSA
MARCELO AUGUSTO ALBUQUERQUE DA CUNHA
MARIA HOSANA DE SOUZA MONTEIRO
PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
RONALD DE SOUSA CARPINTEIRO PÉRES
SANDRA MARIA DO Couto E SILVA
SÉRGIO VIEIRA CARDOSO
SUELY XAVIER LIMA
SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
VITOR HUGO MOTA DE MENEZES

2ª CLASSE:

ALBERTO BEZERRA DE MELO
ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
CARLOS ALEXANDRE MOREIRA DE CARVALHO M. DE MATOS
CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
GLÍCIA PEREIRA BRAGA
ISABELA PÉRES RUSSO
KALINA MADDY MACÊDO COHEN
KARLA BRITO NOVO
LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
MARIA FLORÊNCIA SILVA AIUB
NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES

ONILDA ABREU DA SILVA
PATRÍCIA PETRUCCELLI MARINHO
RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
RUTH XIMENES DE SABÓIA
SIMONETE GOMES SANTOS
VIVIEN MEDINA NORONHA
YOLANDA CORRÊA PEREIRA

3ª CLASSE:

ALINE TEIXEIRA LEAL NUNES
ALTIZA PEREIRA DE SOUZA
ANA MARCELA GRANA DE ALMEIDA
ANDRÉ MARTINEZ ROSSI
ANDRÉA PEREIRA DE FREITAS
BENEDITO EVALDO DE LIMA MORENO
CAROLINE FERREIRA FERRARI
DANIEL PINHEIRO VIEGAS
EUGÊNIO NUNES SILVA
ELIANA LEITE GUEDES
FABIANO BURIOL
GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ
INGRID KHAMYLLA MONTEIRO XIMENES DE SOUZA
IVÂNIA LÚCIA SILVA COSTA
JEFFERSON DE PAULA VIANA FILHO
JÚLIO CÉSAR DE VASCONCELLOS ASSAD
KLEYSON NASCIMENTO BARROSO
LEANDRO VENÍCIUS FONSECA ROZEIRA
LEILA MARIA RAPOSO XAVIER LEITE
LISIEUX RIBEIRO LIMA
LORENA SILVA DE ALBUQUERQUE
LUCIANA ARAÚJO PAES
LUCIANA BARROSO DE FREITAS
LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
MÁRCIO ANDRÉ LOPES CAVALCANTE
NATÁLIA AGUIAR PARENTE
RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA
RAFAEL LINS BERTAZZO
RAQUEL BENTES DE SOUZA DO NASCIMENTO
RICARDO DE MATTOS DO NASCIMENTO
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
SÁLVIA DE SOUZA HADDAD
TADEU DE SOUZA SILVA
TATIANNE VIEIRA ASSAYAG TOLEDO
TICIANO ALVES E SILVA
VICTOR FABIAN SOARES CIPRIANO
VIRGÍNIA NUNES BESSA
VIVIAN MARIA OLIVEIRA DA FROTA

PROCURADORES APOSENTADOS/2011

ADSON SOUZALIMA
ALBERTO GUIDO VALÉRIO
ALDEMAR ARAÚJO JORGE DE SALLES
ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES
ANTONIO MENDES DO CARMO
BENEDITO DE JESUS AZEDO
ELSON RODRIGUES DE ANDRADE
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
LEONARDO PRESTES MARTINS
LEONOR DO CARMO MOTA VILA
MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS
MIOSÓTIS CASTELO BRANCO
OLDENEY SÁ VALENTE
PAULO LOBATO TEIXEIRA
R. FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA
ROOSEVELT BRAGADOS SANTOS
SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO
WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA

PROCURADORES DO ESTADO EM 2012

1ª CLASSE:

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
ANGELA BEATRIZ GONÇALVES FALCÃO DE OLIVEIRA BASTOS
CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO
HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
INDRAMARA DOS SANTOS BESSA
JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS
JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO
LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
LUIS CARLOS DE PAULA E SOUSA

MARCELO AUGUSTO ALBUQUERQUE DA CUNHA
MARIA HOSANA DE SOUZA MONTEIRO
PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
RONALD DE SOUSA CARPINTEIRO PÉRES
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
SÉRGIO VIEIRA CARDOSO
SUELY XAVIER LIMA
SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
VITOR HUGO MOTA DE MENEZES

2ª CLASSE:

ALBERTO BEZERRA DE MELO
ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
CARLOS ALEXANDRE M.C.M. DE MATOS
CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
GLÍCIA PEREIRA BRAGA
ISABELA PÉRES RUSSO
KALINA MADDY MACÊDO COHEN
KARLA BRITO NOVO
LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
MARCELO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
MARIA FLORÊNCIA SILVA IUB
NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES
ONILDA ABREU DA SILVA
PATRÍCIA PETRUCCELLI MARINHO
RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
RUTH XIMENES DE SABÓIA
SIMONETE GOMES SANTOS
VIVIEN MEDINA NORONHA
YOLANDA CORRÊA PEREIRA

3ª CLASSE:

ALDENOR DE SOUZA RABELO
ALINE TEIXEIRA LEAL NUNES
ALTIZA PEREIRA DE SOUZA
ANA MARCELA GRANA DE ALMEIDA
ANDRÉ MARTINEZ ROSSI
ANDRÉA PEREIRA DE FREITAS
BENEDITO EVALDO DE LIMA MORENO
CAROLINE FERREIRA FERRARI

DANIEL PINHEIRO VIEGAS
ÉLIDA DE LIMA REIS
EUGÊNIO NUNES SILVA
FABIANO BURIOL
GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ
HELGA OLIVEIRA DA COSTA
INGRID KHAMYLLA MONTEIRO XIMENES DE SOUZA
IVÂNIA LÚCIA SILVA COSTA
JEFFERSON DE PAULA VIANA FILHO
JÚLIO CÉSAR DE VASCONCELLOS ASSAD
KLEYSON NASCIMENTO BARROSO
LEANDRO VENÍCIUS FONSECA ROZEIRA
LEILA MARIA RAPOSO XAVIER LEITE
LISIEUX RIBEIRO LIMA
LORENA SILVA DE ALBUQUERQUE
LUCIANA ARAÚJO PAES
LUCIANA BARROSO DE FREITAS
LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
NATÁLIA AGUIAR PARENTE
RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA
RAFAEL LINS BERTAZZO
RAQUEL BENTES DE SOUZA DO NASCIMENTO
RICARDO DE MATTOS DO NASCIMENTO
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
SÁLVIA DE SOUZA HADDAD
TADEU DE SOUZA SILVA
TATIANNE VIEIRA ASSAYAG TOLEDO
THIAGO ARAÚJO REZENDE MENDES
TICIANO ALVES E SILVA
VICTOR FABIAN SOARES CIPRIANO
VIRGÍNIA NUNES BESSA
VIVIAN MARIA OLIVEIRA DA FROTA

PROCURADORES APOSENTADOS/2012

ADSON SOUZA LIMA
ALBERTO GUIDO VALÉRIO
ALDEMAR ARAÚJO JORGE DE SALLES
ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES
ANTONIO MENDES DO CARMO
BENEDITO DE JESUS AZEDO
ELSON RODRIGUES DE ANDRADE
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
LEONARDO PRESTES MARTINS
LEONOR DO CARMO MOTA VILA
MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS
MIOSÓTIS CASTELO BRANCO
OLDENEY SÁ VALENTE
PAULO LOBATO TEIXEIRA
R. FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA
ROOSEVELT BRAGADOS SANTOS
SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO
WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA

Procuradores do Estado em Atividade



Adriane S. Assayag Ribeiro



Alberto Bezerra de Melo



Aldenor de Souza Rabelo



Andréa Pereira de Freitas



Aline Teixeira L. Nunes



Angela Beatriz G.F.O. Bastos



Ana Marcela G. de Almeida



Ana Eunice C. Alves



Anna Karina L.B. Salama



Altiza Pereira de Souza



André Martinez Rossi



Benedito Evaldo de L. Moreno



**Carlos Alberto de Moraes
Ramos Filho**



Clara Maria Lindoso e Lima



**Carlos Alexandre M. C. M.
de Matos**



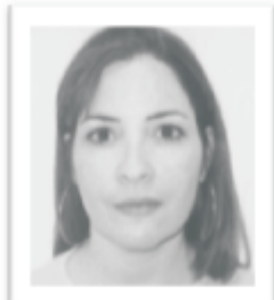
Caroline Ferreira Ferrari



Clóvis Smith Frota Júnior



Daniel Pinheiro Viegas



Ellen Florêncio S. Rocha



Evandro Ezidro de L. Régis



Eugênio Nunes da Silva



Élide de Lima Reis



Fabiano Buriol



Fábio Pereira G. dos Santos



Giordano Bruno C. da Cruz



Glícia Pereira Braga



Heloysa Simonetti Teixeira



Helga Oliveira da Costa



Isabela Péres Russo



Ivânia Lúcia S. da Costa



Ingrid Khamylla M. X. de Souza



Indra Mara dos S. Bessa



Jefferson de P. Viana Filho



Jorge Henrique de F. Pinho



Júlio Cezar Lima Brandão



José Sodrê dos Santos



Júlio César de V. Assad



Kalina Maddy M. Cohen



Kleyson Nascimento Barroso



Karla Brito Novo



Leonardo de B. Blasch



Lourenço dos S. Pereira Braga



Luís Carlos de P. e Sousa



Leila Maria R. Xavier Leite



Leandro Venícius F. Rozeira



Lisieux R. Lima



Lorena Silva de Albuquerque



Luciana Araújo Paes



Luciana G. Pinheiro Vieira



Luciana B. de Freitas



Marcelo Augusto A. da Cunha



Marcello Henrique S. Cipriano



Maria Florência S. Aiub



Maria Hosana de S. Monteiro



Neusa Dídia B. Soares



Natália Aguiar Parente



Onilda Abreu da Silva



Paulo José G. de Carvalho



Patrícia P. Marinho



Roberta F. de A. Mota



Rafael Cândido da Silva



Rafael Lins Bertazzo



Raquel B. de S. do Nascimento



Ricardo de M. Nascimento



Ricardo Antonio R. de Jesus



Ronald de S. C. Péres



Rômulo de S. C. Péres



Ruth Ximenes de Sabóia



Sálvia de Souza Haddad



Sandra Maria do C. Silva



Sérgio Vieira Cardoso



Suely Maria Vieira R. Barbirato



Suely Xavier Lima



Simonete Gomes Santos



Tadeu de Souza Silva



Tatianne V. Assayag Toledo



Thiago A. Rezende Mendes



Ticiano Alves e Silva



Victor Fabian S. Cipriano



Vivian Maria O. da Frota



Vivien Medina Noronha



Vitor Hugo M. de Menezes



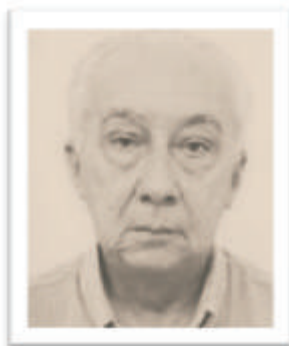
Virginia N. Bessa



Yolanda C. Pereira

Procuradores do Estado aposentados

A justa e merecida homenagem aos Procuradores do Estado aposentados, que com seu trabalho, conhecimento e comprometimento, ao longo da convivência diária na Casa de Advogados Públicos amazonenses, colaboraram para o enobrecimento e engrandecimento da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.



ADSON DE SOUZA LIMA



ALBERTO GUIDO VALÉRIO



**ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO
JORGE DE SALLES**



**ALZIRA FARIAS A.
FONSECA DE GÓES**



ANTONIO M. DO CARMO



BENEDITO DE J. AZEVEDO



ÉLSON R. DE ANDRADE



**FERNANDO DE MELO
COLLYER CAVALCANTE**



FLÁVIO CORDEIRO ANTONY



JACIREMA SANTANA PAES



JAIME C. ARANTES



**JAIME ROBERTO CABRAL
ÍNDIO DE MAUÉS**



JARI VARGAS



JOÃO BOSCO D. NUNES



JOSÉ BERNARDO CABRAL



**JOSÉ DAS GRAÇAS
B. DE CARVALHO**



JOSÉ MARTINS DE ARAÚJO



LEONARDO P. MARTINS



LEONOR DO CARMO M. VILA



**MARIA BEATRIZ DE JESUS
PINTO MARTINS**



MIOSÓTIS C. BRANCO



OLDENEY SÁ VALENTE



PAULO LOBATO TEIXEIRA



R. FRÂNIO DE A. LIMA



ROOSEVELT B. DOS SANTOS



SEBASTIÃO D. DE CARVALHO



WANDINA A. ARAÚJO DE OLIVEIRA

Galeria de Procuradores-Gerais

**CARLOS FAUSTO VENTURA
GONÇALVES**

1º Procurador-Geral do Estado
De: 16.03.71 a 29.01.73
De: 05.01.96 a 22.01.97



**JAIME ROBERTO CABRAL ÍNDIO
DE MAUÉS**

2º Procurador-Geral do Estado
De: 29.01.73 a 12.05.75



DANIEL ISIDORO DE MELLO

3º Procurador-Geral do Estado
De: 13.05.75 a 14.03.83



OSMAR PEDROSA

4º Procurador-Geral do Estado
De: 15.03.83 a 31.05.84



VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR

5º Procurador-Geral do Estado

De: 08.06.84 a 01.04.90

De: 15.03.91 a 08.06.92



ÉLSON RODRIGUES DE ANDRADE

6º Procurador-Geral do Estado

De: 02.04.90 a 14.03.91



OLDENEY SÁ VALENTE

7º Procurador-Geral do Estado

De: 09.06.92 a 04.01.96

De: 31.07.97 a 30.04.99



JORGE DE REZENDE SOBRINHO

8º Procurador-Geral do Estado

De: 22.01.97 a 21.07.97



JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO

9º Procurador-Geral do Estado
De: 30.04.99 a 25.11.03



R. FRÂNIO DE A. LIMA

10º Procurador-Geral do Estado
De: 26.11.03 a 19.10.11



CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR

11º Procurador-Geral do Estado
De: 26.10.11
Até a presente data



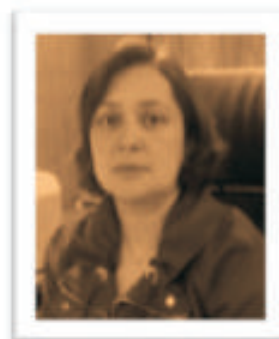
Ex-Procuradores do Estado



Abraham Nissim Benoiel



Álvaro Gaia Nina



Ana Borges Coelho Santos



André Martinez Rossi



Antonio Augusto Martins Neto



Cláudio Roberto B. de Araújo



Cynthia de Araújo L. Lopes



Daniel Leite Brito



Djalma M. de Almeida



Eliana Leite Guedes



Elizandra Monteiro Freire



Elizangela L. Costa Marinho



Erick Cavalcanti L. Lima



Jefferson de P. Viana Filho



Jeibson dos S. Justiniano



Márcio André Lopes Cavalcante



Maria Betusa da S. Araújo



Marília Gurgel R. da Paiva



Natália Aguiar Parente



Rafael A. G. de Oliveira



Raimunfo Paulo dos Santos Neto



Reyson de S. e Silva



Ricardo Augusto de Sales



Romina Carmen C. Silva



Ruy Marcelo A. de Mendonça



Vanias B. de Mendonça

Sumário

Apresentação.....	35
PGE avança na excelência da gestão pública	37
A história da Revista da PGE	39
A velha Procuradoria	41

PARECERES

Parecer nº 04/2012-PA/PGE – Tomada de Contas Especial. Rafael Cândido da Silva	55
Parecer nº 102/2012-PA/PGE – Consulta sobre possibilidade de revisão contratual decorrente de elevação de custos. Paulo José Gomes de Carvalho	67
Parecer nº 170/2012-PA/PGE – Contrato Administrativo. Serviço de natureza contínua. Prorrogação excepcional. Rafael Cândido da Silva	73
Parecer nº 187/2012-PA/PGE – Consulta acerca de reajuste contratual para prestação de serviços de natureza contínua. Heloyza Simonetti Teixeira	83
Parecer nº 197/2012-PA/PGE – Consulta sobre possibilidade de reequilíbrio econômico de contrato administrativo. Leandro Venicius Fonseca Rozeira	97
Parecer nº 207/2012-PA/PGE – Exigência de CNDT em contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei. Heloyza Simonetti Teixeira	103
Parecer nº 421/2012-PPE/PGE – Redução de carga horária de trabalho. Glícia Pereira Braga	115
Parecer nº 309/2012-PPE/PGE – Pedido de licença para tratamento de interesse particular formulado por servidor integrante do Quadro Suplementar a que se refere a Lei nº 2.624/2000. Ruth Ximenes de Sabóia	121

TRABALHOS FORENSES

Memoriais das Informações apresentadas pelo Governador do Estado do Amazonas na ADI nº 4.832 (Lei de Incentivos Fiscais do Estado do Amazonas). Clóvis Smith Frota Júnior e Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	129
---	-----

Memoriais na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2012.000819-9. Clóvis Smith Frota Júnior, Fabio Pereira Garcia dos Santos, Carlos Alexandre M.C.M. de Matos e Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	141
---	-----

DOCTRINAS

Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF): análise de seus elementos e pressupostos. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	149
Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial. Ticiano Alves e Silva	171
O pensamento complexo e a ciência jurídica. Fabiano Buriol	195
Princípio da competência residual da União em face das contribuições previdenciárias. Luciana Guimarães Pinheiro Vieira	209
Alta programada: um exame sobre esse mecanismo de cessação do auxílio-doença. Luciana Guimarães Pinheiro Vieira	213
A obrigação de reparação e manutenção da reserva legal e a jurisprudência do STJ. Caroline Ferreira Ferrari	217
A legitimidade passiva no mandado de segurança – alterações trazidas pela Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. Julio Cesar de Vasconcelos Assad	235
Direito Ambiental Tributário como forma indutora de preservação e os incentivos fiscais na Zona Franca de Manaus. Vitor Hugo Mota de Menezes	289
Breve reflexão sobre o afastamento da legalidade pelo Poder Judiciário no Brasil, partindo-se do julgado RMS 43.439/MG. Lorena Silva de Albuquerque	317
Livro de Memórias - 40 anos da PGE	323
Idealizadores da Revista da PGE	324
Galeria de Fotos	325

Apresentação

A publicação de mais este volume – em verdade, são dois num só – da *Revista da Procuradoria Geral do Estado* é mais uma contribuição desta Casa não apenas à advocacia pública, mas também à academia e à boa gestão da coisa pública.

Com efeito, seu conteúdo interessa não apenas aos integrantes da categoria, mas a todos aqueles se ocupam do estudo do Direito Público e àqueles que, na práxis administrativa, precisam conhecer as suas nuances para bem gerir a máquina estatal. Em suma, destina-se àqueles que são “*ávidos pelo conhecimento jurídico*”, na célebre frase da Professora Francisca Rita Alencar Albuquerque.

Os temas abordados vão desde a Teoria Geral do Direito até a prática processual do controle concentrado de constitucionalidade, como demonstram os trabalhos forenses publicados. Dentre eles se incluem os memoriais apresentados a respeito da ADI nº 4.832, em trâmite no STF, em que se discute a validade jurídica da Lei de Incentivos Fiscais do Estado do Amazonas; tema, portanto, de enorme relevância econômica e social para o nosso Estado.

Mais uma vez, como já se tornou habitual, agradeço ao laborioso trabalho do Centro de Estudos Jurídicos da PGE/AM, cujo esforço se revelou essencial para viabilizar a presente edição.

À leitura,

CLÓVIS SMITH FROTA JUNIOR
Procurador-Geral do Estado

PGE avança na excelência da Gestão Pública

José Melo de Oliveira
Governador do Estado

A Procuradoria Geral do Estado, em seus 40 anos de existência, tem exercido papel fundamental para resguardar os interesses da Administração Pública, zelando pela correta aplicação pelos Órgãos da Administração Estadual dos princípios constitucionais insculpidos na Carta Magna. Nesse contexto, a competência da Procuradoria Geral do Estado foi aperfeiçoada ao longo dos anos e suas atividades, que inicialmente estavam restritas ao campo tributário e fiscal, agora se revestem de uma amplitude essencial ao bom exercício da gestão governamental.

Assim, a Procuradoria atua na defesa judicial e extrajudicial em que o Estado do Amazonas está presente, até a última instância.

Seus pareceres têm sido valiosos no âmbito administrativo, norteando a conduta dos gestores públicos da Administração Estadual direta e indireta. Dessa forma, a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas sempre buscou pela afirmação do Estado Democrático de Direito, bem como pela defesa intransigente dos interesses do Estado em todas as suas manifestações, em todas as esferas de Poder.

Parabenizo os Procuradores do Estado e os servidores dessa Casa.

A história da Revista da PGE



A Procuradoria Geral do Estado edita, nesta oportunidade, sua Revista de Edição Especial de 40 anos.

A Revista de nº 1 foi elaborada pelos Procuradores do Estado Roosevelt Braga dos Santos e Fernando de Melo Collyer Cavalcante, com apoio do Centro de Estudos Jurídicos, órgão que tem a atribuição de promover a melhoria da qualificação profissional dos Procuradores do Estado, bem como desenvolver trabalhos de doutrina da ciência jurídica.

Sendo Procurador-Geral do Estado na época o Dr. Osmar Pedrosa, coube a ele a apresentação da primeira publicação, ressaltando a importância da Revista para a comunidade jurídica.

A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, cuja primeira edição foi publicada no ano de 1983, foi instituída especialmente para auxiliar o leitor na pesquisa de temas jurídicos relevantes e proporcionar a todos o conhecimento da produção jurídica diária da PGE.

A velha Procuradoria

Jayme Roberto Cabral Índio de Maués
Procurador do Estado Aposentado

Para que bem se possa situar, na história mais recente, a real importância da Instituição legitimamente investida do encargo de patrocinar os interesses judiciais e extra-judiciais do Estado, tomo a liberdade de fazer breve registro retrospectivo.

Historicamente, a idéia e o propósito essencial do órgão estatal assim emoldurado, no Amazonas, estava inarredavelmente encaixado na linha do contencioso fiscal.

Numa breve pesquisa descerrada a partir do fim do Século passado, essa tendência transparece com inconfundível nitidez.

Para melhor ilustrar, veja-se o que se continha no texto da Portaria 4ª Secção nº 27, datada de 30 de maio de 1884, assinada pelo doutor Theodureto Carlos de Faria Souto onde se lê: "O Presidente da Província, tendo em vista a representação que lhe foi feita pelo doutor Procurador Fiscal do Tesouro da Fazenda", etc.

Já no início do Século, mais precisamente em 1904, verifica-se alusão expressa ao cargo de Procurador Fiscal, então exercido pelo Dr. João Crisostomo da Rocha Cabral; em 1905 esse mesmo cargo tinha como titular, o Dr. Epaminondas Lins de Albuquerque. Em 1907 o Dr. Jeremias Nobrega era o Procurador Fiscal da Fazenda. Saltando-se para 1929, encontrei menção ao Dr. Júlio César de Lima, na qualidade de Procurador Fiscal da Fazenda do Estado.

Vencida a primeira metade deste Século, observa-se que subsistia essa orientação particularizada, que naturalmente se ajustava aos restritos contornos da atividade estatal incipiente e limitada.

Assim, percebe-se que na sua essencialidade, a atividade contenciosa do Estado do Amazonas estava justaposta ao desempenho do Tesouro Público.

As ações, raras nesse contexto, em sua maior expressão versava sobre matéria estritamente fiscal, com contados reflexos em assuntos pertinentes às terras públicas.

Após essa excursão tão recuada no tempo, que coincidentemente também situou o curto e histórico Governo do ilustre patrono deste Augusto Auditório, passo a discorrer, resumidamente, sobre as décadas de 30 e 40, nas quais pontificou com magistral competência, o eminente Dr. João Huascar de Figueiredo.

Mesmo com maior grau de progresso, propiciado até pelo perpassar dos anos, nota-se que ainda nessa época preponderava a mesma rota, no que se refere ao patrocínio das causas em que o Estado do Amazonas figurasse como parte. A dizer, o contencioso do Estado apontava para a área fiscal, com funcionamento jungido à Fazenda Pública.

A referência mais enfática, nesse particular, entremostra-se

no Decreto nº 1.160, assinado em 3 de junho de 1936, pelo Governador Constitucional do Estado, Dr. Álvaro Botelho Maia, nomeando o Dr. João Huascar de Figueiredo para exercer o cargo de Procurador Fiscal da Fazenda Pública do Estado.

Essa marca não se modificou, com o advento do Estado Novo, eis que o Interventor Federal do Estado, ainda o Dr. Álvaro Botelho Maia, através do ato nº 165, de 7 de janeiro de 1935, resolveu manter o mesmo Dr. João Huascar de Figueiredo, no destacado cargo de Procurador Fiscal da Fazenda Pública do Estado.

Ainda no período ditatorial inaugurado a partir da outorgada Carta Constitucional de 1937, foi baixado pelo Senhor Interventor Federal, o Decreto-Lei nº 363, de 11 de dezembro de 1939, modificando a organização administrativa do Contencioso Fiscal do Estado. Na mesma data, o Interventor Federal em exercício, Dr. Rui Araújo, fez editar o Decreto nº 2.396, nomeando os doutores João Huascar de Figueiredo e Virgílio de Barros, para exercerem, respectivamente, os cargos de Procurador Fiscal e Subprocurador Fiscal do Estado;

Essa linha comportamental centrada, como se vê, no horizonte fiscal, prosseguiu sem modificações, permanecendo o titular do cargo principal, no pleno exercício de suas atribuições, até o registro de seu óbito ocorrido a 23 de fevereiro de 1949.

Nesta altura, já investido da condição de Subprocurador Fiscal do Estado, ascendeu o cargo maior o Dr. Mário Jorge do Couto Lopes, que se veio aposentar pouco tempo depois e que, para satisfação nossa, ainda permanece no rol dos Procuradores inativos.

Assinale-se que no período de plenitude democrática ressurgido com a promulgação da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946 o balisamento institucional da Representação Judicial do Estado fundamentalmente não sofreu modificações significativas no curso da década de 50 e primeira metade da década de 60.

Mencione-se que após a aposentação do Dr. Mário Jorge, ascendeu à chefia da Procuradoria Fiscal o Dr. Mitridates Álvaro de Lima Correa.

Oportuno destacar que no período antes assinalado pontificaram na representação judicial do Estado ilustres Procuradores, entre os quais os doutores João Nogueira da Mata, Paulo de La Cruce Grana Marinho, Aderson Andrade de Menezes, Oyama de Macedo, Vicente de Mendonça Junior, Osmar Pedrosa, Hélio Sebastião de Castro Lima, Plínio Ramos Coelho, Eros Pereira da Silva, José Bernardo Cabral, Dalmir José da Câmara, Alfredo Euclides Jackson Cabral, Klinger Costa e Francisco Assis de Albuquerque Peixoto, apenas para mencionar os mais preeminentes, ressalvadas, naturalmente, as eventuais e involuntárias omissões.

O fato é que, com as alterações de nomenclatura, mas guardando a tradicional proposta voltada para o plano fiscal, a representação Judicial do Estado era exercida, já em 1963, pela denominada Procuradoria-Consultoria Fazendária, localizada na estrutura

da Secretaria de Economia e Finanças. Nela tiveram destaque a maioria dos Procuradores a pouco nominados. Em 1965, com o advento da Lei nº 223, de 18 de junho daquele ano, ressurgiu com a designação tradicional, a Procuradoria Fiscal, também fincada no contexto organizacional da Secretaria da Fazenda.

Em princípio e segundo o ordenamento que então se implantava, à Procuradoria Fiscal estava reservada competência restrita ao campo tributário e fiscal, eis que no bojo do mesmo diploma legal citado, paralelamente se criava, na estrutura da Secretaria de Interior e Justiça, a PROCURADORIA JURÍDICA DO ESTADO. Repita-se, isso em 1965.

Assim, no elenco das atribuições previstas para a Secretaria de Interior e Justiça – onde se inseria, como dito, a Procuradoria Jurídica do Estado – ficou explicitamente consignado que competiria àquela "opinar sobre assuntos jurídicos de interesse da Administração e representar o Governo do Estado em Juízo e fora dele, exceto em matéria fazendária".

O fato é que, nessa fase que medeia entre o início da vigência da Lei nº 223/65 e 31 de janeiro de 1972 (data da instalação da Procuradoria Jurídica do Estado), a representação judicial e extra judicial do Estado foi exercida, na plenitude, pela ressurgida Procuradoria Fiscal que, assim, cumulava, na vacatio, os seus encargos específicos, com aqueles que estavam reservados, *ex vi legis*, à então criada Procuradoria Jurídica do Estado, hoje Procuradoria Geral do Estado.

Nessa quadra tinha-se, na visão do apoio jurídico, uma Procuradoria Fiscal agindo independente, voltada para os assuntos contenciosos de qualquer natureza e cuidando da lavratura e exame de termos de contratos e convênios de um modo geral.

Nas demais Secretarias de Estado e no Departamento de Administração e Serviço Público do Estado do Amazonas (DASPA), funcionavam Consultores Jurídicos, com tarefa, de assessorar diretamente os titulares das respectivas pastas, basicamente através da emissão de pareceres.

A desarticulação, nessa seara, era evidente, até porque inexistia unicidade e não havia uma coordenação adequada, em que pese a previsão contida na lei de 1965, anteriormente indicada.

Na época, o Estado, inserido na escalada intervencionista em ascensão, já projetava multiplicidade de atuação, e o seu procuratório, naturalmente não poderia ficar adstrito ao enfoque meramente fiscal, apesar da relevância dessa atividade.

Impunha-se, pois, aparelhar-se a máquina estatal para enfrentar os novos tempos, inclusive no que pertine à sua representação judicial.

Localizadamente, se mais não fosse, verificava-se que a Procuradoria Fiscal, no final da década de 60 e início da década de 70 contava tão somente com um Procurador Fiscal, provido em comissão - já na ocasião com vencimentos de Secretário de Estado - e o concurso auxiliar de apenas três Subprocuradores Fiscais, estes efetivos.

Mesmo reconhecendo e proclamando a competência

profissional e funcional dos ilustrados integrantes da Procuradoria Fiscal, fácil perceber que o acúmulo e natural crescimento das tarefas a cargo daquele compartimento especializado, comprometia o rendimento desejado, posto que não afetasse a eficiência.

Mais a mais, a ausência de uma articulação sistematizada, inviabilizava uma atuação plena entre as Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado e a Procuradoria Fiscal. Senão caótica, a situação ensejava motivadas preocupações e reclamava um equacionamento pronto.

Chegávamos assim, ao primeiro ano da década de 70, quando se iniciava o quadriênio governamental do Engenheiro JOÃO WALTER DE ANDRADE.

Foi precisamente no alento de um novo governo que se empreendeu uma profunda reforma administrativa, no bojo da qual se ensaiava, com inequívoca propriedade, a superação de certas estruturas anacrônicas.

É claro que essa arrancada não poderia excluir do debate, as dispersas forças do Serviço Jurídico, que no particular reclamava por uma reformulação e porque não dizer, uma consolidação.

O primeiro impacto das providências postas em prática, na área, resultou na concentração de todos os Consultores Jurídicos na Secretaria da Justiça, com o que se inscrevia o ponto de partida para a almejada implantação do bem sucedido Sistema de Apoio Jurídico Estadual.

Devo mencionar- em parênteses - até por dever de justiça, que em momentos mais próximos, no período que vai de 1967 a 31 de janeiro de 1972, exerceram o cargo de Procurador Fiscal do Estado, com inegável competência, dedicação e probidade, os ilustres doutores José Cantanhede de Matos Filho, Eros Pereira da Silva e Carlos Fausto Ventura Gonçalves.

Mas a providência que deveria ensejar a concentração dos Consultores Jurídicos num núcleo unificado resultou da edição da Lei nº 1.013, de 23 de abril de 1971, que "Estabeleceu condições institucionais para implantação da Reforma Administrativa do Estado pelo Poder Executivo e dá outras providências". O artigo 1º do precitado diploma legal assim preceituava:

Art. 1º - São extintos os seguintes órgãos da estrutura administrativa:

I - em todas as Secretarias de Estado, Autarquias e demais entidades descentralizadas:

b) As Procuradorias, Consultorias Jurídicas e Assessorias Jurídicas, exceto na Secretaria de Interior e Justiça.

Estabelecidos os pressupostos básicos que iriam propiciar a deflagração da reforma administrativa, colhe-se que havia chegado, finalmente, a ansiada oportunidade de se redefinir as importantes e insubstituíveis missões que, por força de disposição da Lei Maior da

República e previsão inscrita na legislação infra-constitucional, são atribuições privativas do Procurador do Estado.

A providência legislativa que se seguiu ao impulso reformista, foi implementada através dos artigos 54 usque 60 da Lei nº 1.027 de 29 de outubro de 1971.

Os dispositivos sob enfoque cuidaram de traçar com lucidez, as competências bipartidas entre a Procuradoria Jurídica do Estado - que ainda viria a ser instalada - e a Subprocuradoria que sucedeu à antiga Procuradoria Fiscal.

Convém ainda lembrar, que na guarda da coerência sistêmica que inspirava a reforma administrativa iniciada em 1971, os órgãos titulares da representação judicial do Estado eram ligados à Secretaria de Estado da Justiça.

Contudo, a empreitada mais urgente e audaciosa repousava na concreção da Procuradoria Jurídica do Estado como núcleo principal do preconizado Sistema de Apoio Jurídico. Criada desde junho de 1965, como antes revelado, a Procuradoria Jurídica do Estado até o derradeiro mês do ano de 1970 ainda não havia sido efetivamente instalada.

A iniciativa precursora desse desenredo, coube ao Secretário de Justiça da época, o inclíto Dr. Geraldo de Macêdo Pinheiro que, através de Exposição de Motivos datada de 13 de janeiro de 1972 dirigida à Sua Excelência o Senhor Governador do Estado, arrematou:

Na atual conjuntura, com a implantação da Reforma Administrativa projetada pelo Governo do Estado, a Procuradoria Jurídica foi reavivada com a salutar inspiração de implantar um sistema de apoio jurídico, sustentado em bases sólidas, sob a coordenação desta Pasta.

De conseqüência, em lei recente sancionada por Vossa Excelência, foi aclarada a difusa orientação relacionada com o apoio jurídico, restaurando-se e ampliando-se o órgão normatizador desse sistema, a ser chefiado pelo Procurador Geral do Estado, que assim sucede à figura do Procurador Fiscal.

Ainda na sua convincente e autorizada argumentação, ponderava o cioso Secretário da Justiça:

Neste passo, urge a estruturação precária da Procuradoria Jurídica, posto que os encargos até aqui desempenhados pela antiga Procuradoria Fiscal foram deslocados desta que agora funcionará com outra denominação em assuntos exclusivamente fiscais e fazendários. Bem pode avaliar Vossa Excelência as profundas implicações decorrentes dessa nova diretriz que não pode ensejar solução de continuidade, maxime naqueles assuntos ajuizados que envolvem a defesa do Estado.

Feitas estas colocações sintetizamos no esboço de Decreto em apenso as sugestões que abrigam a firme pretensão de proporcionar o pleno e efetivo funcionamento da Procuradoria Jurídica.

Em decorrência desse decisivo expediente, avalizado pela autoridade do Secretário da Justiça, o Senhor Governador do Estado fez baixar Decreto nº 2.250, de 31 de janeiro de 1972, trazendo a seguinte ementa: “DISPÕE sobre a estrutura provisória da Procuradoria Jurídica do Estado e dá outras providências”.

Surgia assim, com expressão real e rosto próprio e como resultado de persistente e bom desempenho de abnegados colegas, a Procuradoria que hoje se consagra, ao cabo de duas décadas, como órgão de indiscutível respeitabilidade, mercê do trabalho silencioso, anônimo, pouco divulgado, mas ornado pela qualidade, talento, conteúdo e significado intelectual.

Devo, por dever de inescusável justiça realçar a participação dos colegas que viabilizaram o funcionamento do órgão no primeiro momento, aceitando com visível determinação, e desapego material, o desafio que lhes era feito naqueles dias de turbulência institucional.

Traduzo as homenagens mais que devidas ao primeiro Procurador-Geral, o culto, honrado e solidário doutor Carlos Fausto Ventura Gonçalves. Cidadão exemplar, de incontáveis predicados, Sua Excelência teve, na discrição e comedimento que caracterizam sua bem formada personalidade, papel de relevo na condução de todo o processo.

O eminente Procurador-Geral Carlos Fausto esteve no exercício do cargo que tão bem dignificou, desde a instalação da Procuradoria, até 31 de janeiro de 1973, quando foi nomeado, em patente reconhecimento a seus méritos, para o elevado cargo de Chefe da Casa Civil, ainda no Governo João Walter de Andrade.

Reverência merecem, pela participação pioneira e dedicada, os ilustres Procuradores Felipe Kanawati, Moacir da Silva, Adrião Severiano Nunes Neto, Darcy de Santana Costa, Wandina de Araújo Oliveira, Onesmo Gomes de Souza, Roosevelt Braga dos Santos, Hélio, Sebastião de Castro Lima, Adson Souza Lima e Benedito de Jesus Azedo, lastimando-se a definitiva ausência dos três primeiros.

Nesse escorço a propósito da exitosa trajetória da Procuradoria, deve sublinhar que sua denominação atual, substituindo a originária, surgiu com o advento da Lei nº 1.057, de 13 de novembro de 1972 que cuidava de institucionalizar o Sistema de Apoio Jurídico e organizar a própria PGE.

Ainda na cadência dessa singela rememoração, mencione-se que a Procuradoria Geral do Estado, desde a sua inauguração, à falta de sede própria, funcionou inicialmente em dependências da Secretaria da Justiça, em duas salas do andar superior do Palácio Rio Branco, que hoje abriga a sede da Assembléia Legislativa. Mudou-se sucessivamente para a rua Major Gabriel nº 80, acompanhando a nova localização da Secretaria da Justiça; Palácio 5 de Setembro, na Rua Simão Bolívar nº 245 (primeiro

pisos), onde hoje funciona a sede da Secretaria de Estado da Segurança Pública; prédio locado, situado, na Avenida Eduardo Ribeiro, contíguo ao Ideal Clube; imóvel localizado na esquina da Rua Ramos Ferreira, com a Rua Ferreira Pena; prédio situado na Rua Ferreira Pena nº 350 e por último passou a ocupar desde o início do segundo trimestre de 1984, o prédio nº 366, na mesma Rua Ferreira Pena, posteriormente interligado ao prédio vizinho, de nº 356, também locado.

Ao finalizar este breve relato saúdo, na pessoa de Vossa Excelência, Senhor Procurador-Geral, todos os Senhores Procuradores do Estado, assim os que mourejam na atividade como aqueles que já se recolheram à inatividade.

Por derradeiro e em remate, consintam-se que repita, por sua flagrante atualidade, trechos de Relatório que apresentei, ao ensejo de minha apagada e episódica passagem pela Chefia maior do núcleo central do Sistema de Apoio Jurídico Estadual:

A Procuradoria Geral do Estado agrupou os encargos concernentes à parte contenciosa propriamente dita, no recebimento de citações e notificações e no acompanhamento de todas as ações em que o Estado do Amazonas figure como autor, réu, oponente, litisconsorte ou assistente; interposição e acompanhamento de todas os recursos judiciais, até à última Instância, no Egrégio Supremo Tribunal Federal; acompanhamento das reclamatórias trabalhistas propostas nas Juntas de Conciliação e Julgamento, nas quais o Estado figure como reclamante ou reclamado, bem assim a interposição de recurso para a superior Instância trabalhista; minutas das informações prestadas pelas autoridades estaduais, em ações de Mandado de Segurança, quer na 1ª Instância, quer na Instância superior.

De par com essa perseverante atuação, que modificou, fundamentalmente, a apatia de outrora, o acompanhamento das ações se faz de forma vigilante e intransigente.

Os êxitos são marcantes, reformulou-se aquele conceito pouco auspicioso que tomava a representação judicial do Estado, como sinônimo de inoperância, a formular razões sucintamente extravagantes e em quantas vezes a desperdiçar os prazos processuais.

Sim, mudou o sistema e nesses anos de atividades ininterruptas, o saldo que apresenta é animador...

Mas a atividade da Procuradoria, na modéstia de sua formação, não se ateve apenas ao enfoque contencioso. Sua participação desenvolveu-se com acentuado destaque, no setor de opinamento e assessoramento jurídico.

Os pareceres, por sua formulação técnica, deixaram de ser simples informações para se realçarem, sem antagonismo, dentro de uma

orientação uniforme, na análise dos temas propostos, facilitando sobretudo a atuação judicial do próprio Estado. A seu turno, os assuntos objeto de consultas, já não se perdem em formulações simplistas ou em indagações de somenos.

Equacionou-se, com inegável propriedade, os temas da rotina administrativa, facilmente deslindados pelos Agentes de Pessoal, o que resultou não apenas no fortalecimento e prestígio do órgão jurídico, como, de igual, proporcionou uma efetiva celeridade aos processos rotineiros.

Já agora, os pareceres não representam a opinião individual daquele que os elabora, mas enfeixa, no seu conteúdo, uma diretriz, uma orientação, uma determinação que traz a chancela de um órgão de responsabilidade superior, com a aprovação do Procurador-Geral.

E isto só se tornou possível, através de um sistema que não pode nem deve flutuar ao sabor de conveniências, girando em torno de interesses que nem sempre se compatibilizam com os superiores interesses da Administração.

Senhores, ao discorrer sobre a memória da PGE, como ora me aventuro, não me devo furtar em destacar as situações de graves dificuldades que, umas vencidas, dão a exata dimensão do estoicismo e até da consagração de seus dirigentes, corpo técnico e auxiliares administrativos.

Esse desvalioso depoimento não se aproximaria do razoável e seria absolutamente incompleto e indesculpável, se não tecesse considerações à margem das enormes dificuldades encontradas nos primórdios do órgão sistematizador do Apoio Jurídico.

Naquela fase de sacrifícios sentidos, o entusiasmo e a determinação de cada um aliava-se à firme vontade de vencer as novas e nobilitantes responsabilidades.

Basta que se exemplifique que, mesmo diante do elenco de atribuições contempladas em leis e regulamentos, todas da maior expressão e relevância, a Procuradoria não possuía naqueles momentos que se seguiram ao ato inaugural, sequer um quadro de Pessoal próprio por modesto que fosse. O apoio logístico mínimo inexistia.

Para que se tenha uma avaliação mais exata, recorde-se que o Senhor Secretário, mesmo reconhecendo a sua desmedida boa vontade, através da Portaria nº 27/72-SEJUS, de 13 de abril de 1972, estabeleceu o que se convencionou chamar de "lotação provisória de pessoal burocrático da Procuradoria Jurídica do Estado", resumida a cinco servidores, sendo quatro do próprio Quadro daquela Secretaria e um da Segurança Pública, que acolitava o Procurador-Geral, na qualidade de servidor deslocado.

Esses servidores, de dedicação ímpar, pela sua participação decisiva na história da PGE, devem ser lembrados e louvados. Cito-os com minha maior admiração, pela conduta funcional retilínea: Edilza Soares Guimarães, Oficial Administrativo, nível 15.B; Maria Lúcia Soares da Silva e Maria de Nazaré Camardela Brito, Auxiliares de Escrita nível 8; Guilhermina Paixão Seixas, Escrivão, nível 12 e Jofre Rodrigues Ferreira, investigador, nível 10.B. Assinale-se que os dois últimos dos servidores declinados, já são falecidos.

Adiante-se que as instalações físicas propostas para o regular funcionamento da Procuradoria, eram mínimas e acanhadas naquele primeiro instante: uma sala improvisava o Gabinete do Procurador-Geral e a outra abrigava no mesmo espaço os Procuradores e o pessoal auxiliar, dito burocrático.

Do acervo da antiga Procuradoria Fiscal, que cedeu lugar à Subprocuradoria da Fazenda, a Procuradoria Jurídica do Estado recebeu, singelamente conduzido pelo segurança do Procurador-Geral um livro destinado à continuidade da lavratura de convênios, contratos e atos correlatos, ao tempo em que ainda se formalizava esses termos nos tradicionais padrões manuscritos, observado o estilo sacramental. Sequer um breve relatório foi produzido para orientar a novel Procuradoria quanto aos processos que já se encontravam em curso nos Tribunais, nas diferentes Instâncias. Sequer uma pasta de arquivo foi repassada, mesmo a título informativo.

A ciência para a intervenção dos Procuradores, acompanhamento e conseqüente catalogação dos feitos só era possível através das pertinentes publicações inseridas no Diário Oficial ou mediante inopinada intimação através dos Oficiais de Justiça.

Apesar dessa dificuldade, que se mesclava com forte dose de improvisação, própria dos empreendimentos arrojados, posso-lhes afirmar que a Procuradoria marcava presença nos processos contenciosos, não se tendo registro, mesmo diante da avassaladora precariedade material, de perda de prazo ou de desempenho desidioso por parte dos Senhores Procuradores. Outro aspecto, no rol das dificuldades preliminares, diz respeito à ausência de qualquer viatura oficial à disposição da Procuradoria Geral, para atender os serviços a seu cargo, por mínimos que fossem.

Em verdade, o Procurador-Geral só veio a desfrutar de veículo de representação, que também atendia serviços gerais, a partir do segundo semestre de 1975, no Governo do Professor Henocho Reis, quando chefiava a instituição o Dr. Daniel Isidoro de Mello.

Ao referir-me ao eminente advogado, de retilínea conduta, devo informar que Sua Excelência esteve à frente da Procuradoria Geral do Estado, de 13 de maio de 1975, quando assumiu o cargo maior da Procuradoria, até 15 de março de 1983, compreendendo as administrações dos Senhores Henocho da Silva Reis, José Bernardino Lindoso e Paulo Pinto Nery.

Sublinhe-se que foi durante a gestão desse Procurador-Geral que a PGE conquistou sua primeira Lei Orgânica, organizando-se a carreira de Procurador do Estado. Também nessa época foram criadas na estrutura organizacional do órgão, as Procuradorias Especializadas. Foi também na administração do Dr. Daniel Mello que se ensaiou a primeira experiência de quebrar a subordinação da Procuradoria Geral à Secretaria da Justiça.

Cabe-me, nessa apropriada memória, enfatizar a decidida participação e o valioso contributo oferecido pelos demais Procuradores Gerais, ainda não referidos, que se sucederam e que antecederam a irretocável administração de Vossa Excelência, aqui mencionados pela

ordem de ascensão ao cargo maior: Dr. Osmar Pedrosa, Dr. Vicente de Mendonça Junior e Dr. Elson Rodrigues de Andrade.

Todos eles, de cintilante valor e prestígio e de indiscutível competência, tiveram importante desempenho na irreversível consolidação desta brava Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

Retomando a abordagem relativa ao plano da organização interna, devo proclamar que a devoção dos reduzidos funcionários que sustentavam a base da organização e emprestavam o suporte administrativo, não só surpreendeu como suplantou todas as expectativas.

Funcionários com escolaridade correspondente ao 2º grau, sem nenhum treinamento prévio sobre assuntos da maior especificidade e que constituíam o dia a dia da Procuradoria, não contaram com qualquer orientação daqueles que militavam no apoio burocrático dos Serviços Jurídicos.

Vê-se, pois, que esses funcionários mandados servir na recém inaugurada Procuradoria verdadeiramente se conduziram com insuperável aprumo e responsabilidade, sem embargo do sacrifício que lhes era imposto quanto ao cumprimento de jornada complementar, no turno vespertino, em virtude do acúmulo de serviços, mediante a minguada paga a título de serviços extraordinários.

Ainda nessa fase de acomodação interna, coube à Bibliotecária Maria Tereza Serrão de Sousa, especialmente admitida, o encargo de organizar e implantar a Biblioteca da PGE, a partir da aquisição de estantes apropriadas, embora simples, fichários e livros técnicos. Só louvores merece essa graduada técnica pelo seu esforço, denodo e desmedida competência profissional.

Observe-se, ademais, que nesse contexto de intransferível afirmação, exigia-se do Procurador versatilidade plena, visto que não lhe era dado escolher o processo ou a área que deveria officiar. O que prevalecia, em verdade, em toda sua extensão era o interesse público que a ele cabia velar.

Não havia nesse atribulado início as chamadas Procuradorias Especializadas, departamentalizando as áreas de competência e atuação. Isso só foi possível viabilizar a partir da primeira Lei Orgânica da Instituição (Lei n.º 1.275/78).

Com efeito o Procurador tinha que pelejar nos processos judiciais os mais diversificados e intrincados e ainda apreciar, em profundidade, os processos administrativos provindos dos diferentes setores do Serviço Público Estadual, inclusive da Administração Indireta, a reclamar pareceres jurídicos, muitos dos quais encerrando matéria de alta indagação.

O Procurador-Geral, além das intransferíveis tarefas imanentes ao exercício do cargo, ainda tinha que atuar pessoalmente nos processos contenciosos, recebendo citação, contestando, comparecendo a audiências, interpondo recursos e até produzindo sustentação oral perante os Tribunais.

Palestra proferida, em 25.09.92, por ocasião das Comemorações dos 20 da PGE, organizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da PGE e Associação dos Procuradores do Estado do Amazonas - APEAM.

PARECERES

PROCESSO Nº 6623/2011-PGE**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Juventude, Desporto e Lazer – SEJEL**ASSUNTO:** Tomada de Contas Especial**PARECER Nº 04/2012-PA/PGE****CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS. COMPETÊNCIA. UTILIDADE NA PROPOSITURA DE MEDIDA JUDICIAL.**

- A ausência de prestação de contas de entidade privada que receba recursos públicos a partir de convênio enseja instauração de Tomada de Contas Especial.

- Conquanto instaurada Tomada de Contas Especial, a manutenção da omissão do dever de prestar contas pelo particular implica em remessa dos autos ao Tribunal de Contas, para ulterior julgamento.

- Independentemente do julgamento pela Corte de Contas, a pessoa jurídica de direito público possui interesse processual no ajuizamento de medidas judiciais que entender cabíveis, inclusive para forçar o conveniente a prestar contas e/ou ressarcir o erário público.

- O julgamento pela irregularidade das contas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado traz como consequência a imposição de multa e, se for o caso, a imputação de débito, para fins de ressarcimento ao erário.

- A decisão do Tribunal de Contas que impor débito e/ou multa tem eficácia de título executivo extrajudicial, viabilizando o ingresso direto com ação de execução.

- Cabe à Procuradoria Geral do Estado, caso a caso, avaliar a conveniência e oportunidade do imediato ajuizamento de ação judicial antes do julgamento pelo Tribunal de Contas, uma vez que posterior decisão desta Corte pode acarretar em vulneração do interesse-utilidade do processo de conhecimento instaurado, ante o surgimento do título executivo.

- A omissão no dever de prestar contas é conduta suscetível de responsabilização por ato de improbidade.

Senhora Procuradora-Chefe,

Cuidam os autos de pedido de providências formulado pelo Secretário de Estado da Juventude, Desporto e Lazer – SEJEL através do

Ofício nº 011/2011-TC-SEJEL em relação ao Convênio nº 01/2010 firmado entre a solicitante e o IDEPIS – Instituto de Desenvolvimento, Ensino, Pesquisa e Inclusão Social, a fim de que fossem “viabilizadas medidas judiciais cabíveis para que o Conveniente proceda ao ressarcimento por glosa do valor objeto do mencionado convênio”.

O pedido foi instruído com a relação de convênios mantidos entre a SEJEL e o IDEPIS no período de 2009/2010 (fls. 03-PGE) e cópia da Tomada de Contas Especial instaurada no âmbito da SEJEL, em virtude da ausência de prestação de contas.

É o sucinto relatório. Passo a opinar.

Compulsando os autos, verifica-se que a SEJEL, após a ausência da prestação de contas relativamente ao Convênio nº 01/2010-SEJEL, determinou a instauração de Tomada de Contas Especial através da Portaria nº 031/2011-GAB/SEJEL, publicada no DOE de 22/06/2011, seguindo a orientação prescrita na Instrução Normativa nº 008 de 17/09/2004 (DOE de 29/03/2005).

O fato que ensejou a instauração da TCE (Tomada de Contas Especial) foi a ausência de prestação de contas por parte do IDEPIS relativamente ao Convênio nº 001/2010, o qual previu um repasse de verba pública no montante de R\$ 664.998,15 (seiscentos e sessenta e quatro mil novecentos e noventa e oitos reais e quinze centavos), conforme cláusula oitava do termo de convênio, carreado às fls. 127-PGE.

Imperioso notar que é de ordem constitucional o dever de prestar contas de todo aquele que recebe e gere recurso de natureza pública, conforme dispõem as expressas e precisas letras do parágrafo único do art. 70 da Carta Maior, *verbis*:

CR/88, Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. – g.n.

Assim sendo, identificada a irregularidade em relação ao

conveniente que deixou de prestar contas, a SEJEL, no âmbito de seu controle interno, determinou acertadamente a instauração de tomada de contas especial. Com efeito, a Instrução Normativa nº 008/2004 orienta os órgãos da estrutura do Poder Executivo Estadual a procederem à instauração da TCE toda vez que o ordenador de despesa verificar irregularidade no cumprimento das obrigações daquele que recebe dinheiro público.

A propósito o art. 37, I, da IN 008/2004 dispõe expressamente sobre a instauração da TCE quando não for apresentada a prestação de contas. A instalação da TCE se deu, então, pela Portaria nº 031/2011 (fls. 11-PGE), seguida pela notificação do representante legal do IDEPIS para apresentação da prestação de contas.

O interessado juntou aos autos diversos documentos, consistindo basicamente em extratos bancários. Diante disso, a comissão da TCE decidiu tomar a termo o depoimento do representante legal do IDEPIS, que afirmou expressamente não ter apresentado a prestação de contas. Novo prazo foi concedido para saneamento das irregularidades, sem, contudo, lograr êxito.

O relatório da comissão da TCE, então, assim concluiu (fls. 147-PGE):

“V – CONCLUSÃO

Diante dos fatos acima citados, considerando a omissão no dever de prestar contas por parte do IDEPIS – INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO, ENSINO, PESQUISA E INCLUSÃO SOCIAL, relativo ao Convênio nº 001/2010, em que figura como Concedente: SEJEL – SECRETARIA DE ESTADO DA JUVENTUDE, DESPORTO E LAZER, esta comissão é favorável, SMJ, que a mesma seja considerada IRREGULAR por ausência de Prestação de Contas do Convênio nº 001/2010, identificando como responsável o Sr. Vancouver O. Jezini, na qualidade de Presidente da Instituição Conveniente, com a devolução do valor devidamente corrigido pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Amazonas – TCE/AM”

A comissão sugeriu, ainda, a remessa de cópia da tomada de contas a esta Casa, para “que sejam viabilizadas medidas judiciais cabíveis para que o Conveniente proceda ao ressarcimento, por glosa, do valor objeto do mencionado convênio” (fls. 148-PGE).

Quanto a esse ponto, merece destaque que após a finalização da Tomada de Contas Especial no âmbito do órgão ou entidade do Poder Executivo, o relatório da respectiva comissão e demais documentos pertinentes devem ser encaminhados ao Tribunal de Contas do Estado, a fim de ser instaurado procedimento próprio, assegurada ampla defesa, ao

cabo do qual poderão ser aplicadas diversas sanções, assim como a imposição da obrigação de ressarcimento ao erário.

De fato, a jurisdição do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas abrange “*os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado ou Municípios mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres*” (Lei Estadual nº 2.423/96 – Lei Orgânica do TCE). Além disso, a previsão da instauração da tomada de contas especial também vem prevista na Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado, estando albergada, inclusive, a hipótese de ausência de prestação de contas, senão vejamos:

Art. 9º - Diante da **omissão do dever de prestar contas**, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Estado ou pelos Municípios, na forma prevista no artigo 5º, inciso IV desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, bem como nos casos de concessão de quaisquer benefícios fiscais ou de renúncia de receitas, de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá no prazo máximo de 30 (trinta) dias do conhecimento do fato, adotar providências com vistas à **instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.** – g.n.

A Comissão da Tomada de Contas Especial julgou que os documentos juntados pelo IDEPS não constituem, por si só, a prestação de contas. Entendo que tal conclusão está em consonância com o art. 10 da Lei Orgânica do TCE, que estabelece diversos critérios e elementos que devem integrar a prestação de contas, entre os quais relatório de gestão. Dessa forma, a mera juntada de extratos bancários não supre a necessidade de prestação de contas, principalmente quando há notícia nos autos de que o conveniente deixou de abrir conta própria e específica para cada convênio firmado com a Administração Pública.

O próximo passo, então, é a remessa dos autos ao Tribunal de Contas para julgamento final pela regularidade ou não da situação jurídica versada. Esse procedimento é bem descrito por PEDRO ROBERTO DECOMAIN, em obra específica sobre os Tribunais de Contas:

“Caso a prestação de contas não aconteça em tempo oportuno, ou caso nela venham a ser detectadas falhas de maior severidade na aplicação dos recursos recebidos, deverá ser instaurada tomada de contas especial pela entidade que providenciou a transferência dos recursos. [...]”

A tomada de contas especial deve, pois, ser instaurada inicialmente pela entidade responsável pela entrega dos recursos à outra por força do convênio. Depois de concluída, será, todavia, sempre enviada ao Tribunal de Contas. [...]

A tomada de contas especial, mesmo quando instaurada pela autoridade administrativa, será não obstante enviada sempre ao Tribunal de Contas, qualquer que seja a conclusão alcançada no âmbito da entidade administrativa, após todas as diligências que haja entendido conveniente realizar no âmbito da tomada de contas”¹.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas o interesse público será duplamente protegido em caso de restar constada irregularidade nas contas. De um lado, haverá condenação do responsável a ressarcir o erário, expurgando o prejuízo de ordem financeira da Administração Pública; de outro, aplicará ao responsável multa civil, de cunho nitidamente pedagógico e punitivo, como instrumento de garantia da ordem pública. Nessa trilha, em simetria ao que dispõe a Constituição da República no art. 71, VIII, quanto ao TCU e mediante autorização do art. 75, a Constituição do Estado do Amazonas estabelece competir ao Tribunal de Contas do Estado:

CE/89, Art. 40

[...]

VII - Aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, irregularidade de contas ou descumprimento de suas decisões, as sanções administrativas e pecuniárias, previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário e inabilitação temporária do agente administrativo para o exercício de determinadas funções.

Enaltecendo o poder fiscalizatório e sancionatório dos Tribunais de Contas, HELIO SAUL MILESKI assevera:

“Consoante todo o instrumento jurídico posto à disposição do Tribunal de Contas, no sentido de que este bem realize o controle das contas públicas, mediante uma fiscalização

¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil. Dialética: São Paulo, 2006, p. 118-119.*

contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, um dos mais importantes diz respeito ao poder de sanção. Não houvesse sanção, o sistema de controle estaria esvaziado, em face da falta de um elemento que impusesse ao administrador as determinações do Tribunal de Contas. Somente por meio de sanção penalizadora o órgão de controle se impõe na exigência do cumprimento das obrigações legais que regem a Administração Pública. Não havendo sanção, na prática, qualquer decisão do órgão de controle resultaria em mera recomendação”².

A possibilidade de imposição de sanção pelo Tribunal de Contas, desde que prevista em lei, já foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 190.985-4/SC, de modo que não há dúvidas da elevada função de controle da Corte de Contas.

Outro ponto vital decorrente da atuação do Tribunal de Contas é que as suas decisões que aplicam multa e impõem o ressarcimento ao erário constituem títulos executivos extrajudiciais, viabilizando à parte legitimada o ingresso direto com ação de execução em caso de descumprimento do preceito. É por essa razão que entendo ser mais adequado ao caso que os autos sejam remetidos para o Tribunal de Contas do Estado de modo a seguir o seu natural trâmite e, em caso de serem julgadas irregulares as contas, imputado o débito e a multa pertinentes e, na hipótese de ausência de pagamento, possa a Fazenda Pública reaver todo o seu prejuízo a partir de uma ação executiva, dispensada a custosa e morosa fase de conhecimento do processo contencioso.

A característica de título executivo das decisões dos TCE's advém de expressa disposição da Constituição da República:

CR/88, art. 71, § 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Veja-se que no caso de ausência de prestação de contas, situação que aparentemente se amolda ao caso dos autos, a consequência será o julgamento pela irregularidade e consequente condenação do responsável ao ressarcimento do erário público devidamente atualizado,

² MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003, p. 328.*

sem prejuízo da multa correspondente, valendo a decisão como título executivo, conforme enuncia a própria Lei Orgânica do TCE, cuja transcrição segue abaixo, com destaque para os dispositivos aplicáveis ao caso:

Art. 22 - As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário.

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato ilegal, ilegítimo, antieconômico ou grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao erário decorrente de ato ilegítimo ou antieconômico;

d) desfalque, desvio de dinheiros, bens e valores públicos.

§ 1º - O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de prestação ou tomada de contas anterior.

§ 2º - Na hipótese do inciso III, alíneas c e d deste artigo o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular;

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

§ 3º - Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação ao Ministério Público do Estado, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

[...]

Art. 25 - Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal de Contas condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida de juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 53 desta Lei, sendo o

instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo Único - Não havendo débito, mas comprovada a ocorrência de que trata o artigo 22, inciso III, alínea a, b, c e d o Tribunal poderá aplicar ao responsável a multa prevista no artigo 54, inciso I, desta Lei.

(g.n.)

Reconheço desde já a inexistência de impedimento do uso da via jurisdicional para eventual ressarcimento decorrente das irregularidades apontadas na tomada de contas especial empreendida pela SEJEL. Isso deflui naturalmente do primado do acesso à Justiça enquanto garantia constitucional pétrea prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Entrementes, considero mais compatível e eficaz à satisfação do interesse público a tão só remessa dos autos ao Tribunal de Contas para que promova o julgamento das contas do conveniente, para só então, imputado débito e/ou multa, a Fazenda Pública se prontificar, através do seu órgão de representação judicial, e promover a respectiva ação de execução, dada a condição de título executivo de que se revestem as decisões da Corte de Contas. Evita-se, com isso, um trâmite inócuo em processo de conhecimento que muito provavelmente não atingirá seu fim antes do julgamento pela Corte de Contas. Nessa trilha, não entendo, como alguns, que a pessoa jurídica de direito público não dispõe de interesse processual em tal caso antes do julgado pelo Tribunal de Contas, mas comungo com a ideia de que o fator *utilidade*, ínsito ao interesse de agir, mostra-se severamente comprometido em relação ao processo de conhecimento instaurado quando provier a ulterior prolação de decisão com carga executiva pela Corte de Contas.

Obviamente, essa conclusão decorre da análise do caso concreto, pois em alguns casos, a depender das peculiaridades apresentadas, pode se revelar mais útil a adoção imediata de medidas judiciais pela pessoa jurídica de direito público, como esta Especializada já teve oportunidade de avaliar por ocasião do PAF-Proc. nº 311/2011-PGE, que gerou a propositura de Ação de Prestação de Contas, autuado nesta casa sob o PJUD-Proc. nº 2568/2011-PGE. Portanto, cabe à Procuradoria Geral do Estado avaliar a conveniência e oportunidade do imediato ajuizamento de ação judicial antes do julgamento pelo Tribunal de Contas, uma vez que posterior decisão desta Corte pode acarretar em vulneração do interesse-utilidade do processo de conhecimento instaurado, ante a deflagração do título executivo.

Vale salientar que a decisão do Tribunal de Contas lastreada com a respectiva certidão que ateste sua irrecorribilidade constitui, por si só, título executivo, a viabilizar a propositura de respectiva ação de

execução, dispensando posterior inscrição em dívida ativa, conforme já vem decidindo reiteradamente a jurisprudência pátria.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 1. Os embargos de declaração objetivam eliminar da decisão qualquer ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão sobre ponto acerca do qual se impunha pronunciamento. 2. Apesar de não explicitamente mencionado no acórdão embargado, o conteúdo do referido dispositivo normativo foi objeto de análise, uma vez que representa justamente o cerne da questão. **A prescindibilidade da certidão de dívida ativa nas execuções de multas cominadas pelo Tribunal de Contas da União.** 3. Embargos de declaração improvidos. (TRF 02ª R.; AI 0013175-20.2010.4.02.0000; Quinta Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Luiz Paulo S. Araujo Filho; DEJF 22/07/2011; Pág. 243)

“Diante do exposto no art. 59, §3º da Constituição Estadual, as decisões do Tribunal de Contas do Estado, das quais resultarem imputações de débito ou multa, terão eficácia de título executivo, **não sendo necessária inscrição em dívida ativa.** [...]”
(TJSC, Apelação Cível n. 00.0017439-4, Rel. Des. Volnei Carlin, DJ08-10-01, p. 38)

Em suma, mais adequada se mostra a remessa dos autos ao TCE/AM com a finalidade julgamento das contas do Convênio nº 01/2010-SEJEL para, ao fim, caso julgadas irregulares com aplicação de multa e/ou imposição de débito, a Fazenda Pública possa promover a respectiva ação executiva.

À partida, frise-se que a Comissão da Tomada de Contas Especial concluiu pela omissão no dever de prestar contas, fato que se enquadra, em tese, como ato de improbidade previsto na Lei nº 8.429/92. Com efeito, dispõe a referida lei que:

LIA, Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; (g.n.)

A doutrina, a esse respeito, adverte:

“Todo agente público e também todo gestor de entidade privada que receba recursos oriundos do Poder Público, e que esteja sujeito à prestação de contas, incidirá nas mencionadas sanções, justamente na medida em que a falta de prestação de contas caracteriza ato de improbidade administrativa”³.

Em virtude da suposta prática de ato de improbidade, endosso o entendimento da Comissão de Tomada de Contas Especial e reforço a necessidade de remessa dos autos ao Ministério Público Estadual e Federal, para conhecimento e tomada das medidas cabíveis.

Em face dos argumentos expostos, manifesto-me no sentido de enviar cópia dos autos ao Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, para julgamento das contas relativas ao Convênio nº 001/2010-SEJEL, assentando que, caso sejam julgadas irregulares com imputação de débito e/ou imposição de multa, seja comunicada esta Procuradoria para ajuizamento da ação de execução cabível.

Ainda, reforço a necessidade de encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público Estadual e Federal, a fim de que tome as medidas que entender cabíveis para responsabilização dos envolvidos.

É o parecer. Submeto à superior apreciação.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PA/PGE, em Manaus (AM), 5 de janeiro de 2012.

RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA
Procurador do Estado

³ *DECOMAIN, Pedro Roberto. Op. cit. p. 98.*

PROCESSO Nº 6.623/2011-PGE**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Juventude, Desporto e Lazer - SEJEL**ASSUNTO:** Tomada de Contas Especial em Termo de Convênio.**DESPACHO:**

Acolho o Parecer nº 4/2012-PA-PGE, subscrito pelo Dr. Rafael Cândido da Silva, Procurador do Estado, que, após percusiente análise da matéria, concluiu ao meu ver, acertadamente, no sentido de adoção de providências administrativas por parte da SEJEL, para (i) fazer encaminhar os autos da Tomada de Contas Especial ao Tribunal de Contas do Estado, de acordo com o regramento constitucional, art. 40, VII, da CE/89 e legislação ordinária; e (ii) enviar, ao Ministério Público Estadual, cópia do caderno processual, para ciência e adoção das medidas legais cabíveis, haja vista a ausência de prestação de contas estar inserida dentre as condutas capituladas na Lei n. 8.429/92, como passíveis de aplicação de penalidade.

Advirto que, quanto à propositura de medida judicial para ressarcimento ao erário, pela PGE, neste momento não se afigura indicada, pelas razões técnico-jurídicas explanadas no parecer, de sorte que, após o julgamento da TCE, pela Corte de Contas Estadual, a decisão do órgão julgador, se condenatória, por ser título executivo, poderá respaldar futura ação de execução direta, evitando-se o desgaste e a demora que só ocorrer no processo de conhecimento. Neste aspecto, concordo com o nobre colega, de que o Estado não obteria efeito útil, a esta altura, se decidisse pelo ingresso em juízo.

De qualquer modo, remarco que este entendimento somente pode ser aplicado após a análise a cada caso, uma vez que, conforme alude o parecer, em situação pretérita, esta Especializada entendeu mais indicado e recomendável a judicialização da controvérsia, o que foi efetivado, com sucesso, posto que o Estado obteve a suspensão de ação de cobrança movida pela entidade interessada, referente a ajuste convenial.

Submeto à apreciação do Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 05 de janeiro de 2012.

HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 6623/2011-PGE**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Juventude, Desporto e Lazer - SEJEL**ASSUNTO:** Tomada de Contas Especial em Termo de Convênio nº 01/2010.**DESPACHO:**

Ainda que o Tribunal de Contas do Estado condene o IDEPIS à restituição de valores e esta Procuradoria ingresse com a respectiva execução, haverá a possibilidade de rediscussão da matéria em sede de Embargos à Execução, por tratar-se de título extrajudicial.

Desta forma, **ACOLHO, EM PARTE**, o Parecer nº 04/2012-PA/PGE, do Procurador do Estado Rafael Cândido da Silva, acolhido com acréscimos pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dra. Heloysa Simonetti Teixeira.

OFICIE-SE à SEJEL, para ciência e providências.

DEVOLVAM-SE os autos à PA, para, imediata adoção de medidas judiciais.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 10 de janeiro de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 002846/2012 - PGE**INTERESSADA:** Secretaria de Estado de Administração e Gestão**PROCESSO Nº 002946/2012-PGE****INTERESSADA:** Defensoria Pública do Estado do Amazonas**ASSUNTO:** Consulta sobre possibilidade de revisão contratual decorrente de elevação de custos**PARECER Nº 102 /2012-PA/PGE****EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. REVISÃO DE CONTRATO. PRAZO DE VALIDADE DA PROPOSTA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO.**

- A revisão contratual pode ocorrer a qualquer tempo. Necessidade de comprovação do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Senhora Procuradora-Chefe,

Cuido aqui dos Ofícios nºs 1014/2012-GS/SEAD e 346/2012-GDPG-DPE/AM, o primeiro de interesse da Secretaria de Estado de Administração e Gestão e o segundo da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, ambos versam sobre pedidos de revisão de contrato formulados pelas Agências de Viagens UATUMÃ EMPREENDIMENTOS TURISTICOS LTDA – TUCUNARÉ TURISMO e JG AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA as quais firmaram contrato de prestação de serviços de reserva, emissão, marcação, remarcação e fornecimento de passagens aéreas nacionais para as entidades acima identificadas.

Fundamentam os pedidos revisionais alegando “que a partir de maio do fluente ano, as vendas por elas realizadas à conta governamental serão remuneradas por meio do código representado pela DU, remuneração esta que deverá ser apresentada diretamente no bilhete das passagens e não mais por relatórios decenais dos agentes de viagens para com os transportadores”.

Em outras palavras, alegam “que não mais serão remuneradas através de comissões pagas pelas companhias aéreas, sendo que sua remuneração será obtida única e exclusivamente através da taxa de remuneração do agente (DU) a ser paga pelos órgãos governamentais, conforme comunicado das empresas GOL e TAM, em anexo, possibilitando ao consumidor uma maior transparência quanto ao efetivo valor cobrado pelo referido bilhete”.

Sustentam que a nova política de mercado implantada por parte das companhias aéreas em relação às agências de viagens causou desequilíbrio econômico e financeiro nos contratos que mantêm com o Poder Público.

Os processos foram satisfatoriamente instruídos nas repartições de origem. O Senhor Defensor Público Geral, entendeu desnecessária qualquer manifestação de sua Assessoria Jurídica, já a

Senhora Secretária de Administração e Gestão, insatisfeita com o Parecer nº 0327/2012/CJ/SEAD, da lavra da Assessora Ingrid C. Almeida, aprovado pela Chefa da Consultoria Jurídica, que, opinou pelo indeferimento do pedido, pede audiência desta Procuradoria Geral do Estado.

É o relatório, passo às considerações.

Em síntese apertada, pode-se dizer que a questão nuclear a desafiar as consultas circunvolve análise sob dois ângulos: o das circunstâncias que fazem mutável o contrato administrativo e o da consequência dessa mutabilidade, que é o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, capaz de justificar a pretendida revisão contratual.

Preambularmente, cumpre dizer que, no âmbito desta Especializada, pacificou-se o entendimento, com supedâneo nas lições de muitos doutrinadores, que o princípio à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, encontra abrigo no Texto Constitucional (Princípio da Isonomia), que assegura a manutenção das condições da proposta, de acordo com o art. 37, XXI da Constituição Federal.

Assim é que no magistério do Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo¹, o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato “é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que apareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não pode mais ser alterada.”

Isto significa que os direitos do contratado em relação à manutenção da equação econômico-financeira do contrato não serão afetados diante de situação ensejadora de reajustamento ou de revisão contratual.

A regra geral, dizem os doutos, é a da imutabilidade dos contratos, em razão do princípio da *pacta sunt servanda*.

Entretanto, no decorrer da execução do contrato podem surgir fatos que afetem a proposta inicialmente ofertada.

Em manifestação que bem recomenda (Parecer nº 140/2007-PA/PGE) a Procuradora-Chefe da PA Heloysa Simonetti Teixeira, dissertando sobre o tema “adverte que no procedimento da **revisão** os custos previstos por ocasião da proposta são verificados e repostos, em face da ocorrência de fatos imprevisíveis, ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis”.

A hipótese encontra previsão no art. **65, II, “d” da Lei nº 8.666/93**, e visa:

¹ CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO; 28ª Ed. Malheiros Editores, ano 2010, p. 649/653.

“restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

É pressuposto, portanto da restauração do equilíbrio econômico-financeiro contratual a ocorrência de algo imprevisível ou inevitável, ou, se previsível, com conseqüências incalculáveis para a execução do contrato. Frise-se, alerta a colega, que a teoria da imprevisão somente pode ser invocada, diante de um evento que apresente as seguintes características, em resumo²:

- a - fato excepcional e previsível, pela sua natureza e amplitude;
- b - fato imprevisível ou, se previsível, de conseqüências incalculáveis, e independente da vontade dos contratantes;
- c - fato determinante da inexequibilidade ou que torne muito mais oneroso o cumprimento do contrato pela repercussão sobre a equação econômico-financeira inicialmente pactuada.

Diante da ocorrência dessas três condições, tem o contratado direito assegurado expressamente em lei, obrigado, apenas, a demonstrar, cabalmente, que o fato apontado como justificativa influenciou de modo negativo na execução do contrato, causando-lhe prejuízos e dificultando o cumprimento das obrigações assumidas perante a Administração Pública.

No mesmo sentido, colhe-se dos ensinamentos do Prof. Celso Antônio que os “agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato. É a teoria da imprevisão, por via da qual, modernamente, se retoma o vetusto princípio da rebus sic stantibus. Entre nós a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação financeira. Com efeito, o mencionado art. 65, II, “d” também menciona

² Boletim ILC-Perguntas e Respostas – 706/43/SET/1997.

expressamente dita hipótese como abrangida nos casos ensejadores de restabelecimento do equilíbrio inicial.”

Diz, ainda, a Chefia da PA, com apoio nas lições de Caio Tácito, que a revisão é um instituto que garante ao particular a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a fim de evitar-lhe ônus excessivo, insuportável, impeditivo do cumprimento da obrigação assumida, confira-se:

“O princípio se universalizou como forma básica de compensação quando nos contratos administrativos em geral, sobrevém álea extraordinária que, acima da vontade das partes, torna excessivamente onerosa a obrigação de uma delas, violando a proporção inerente ao sinalagma...”³

Nesse passo, cabe sempre advertir que se constatado o preenchimento dos requisitos autorizadores da revisão, os preços das propostas podem ser majorados, desde que demonstrado, em planilhas que, *in casu*, incumbe às Agências de Viagens interessadas, demonstrarem que a nova política de mercado praticada pelas Companhias Aéreas – TAM e GOL – onerou significativamente o serviço prestado por elas, ou na expressão do Prof. Celso Antônio, convulsionou gravemente a economia de contrato, impossibilitando sua continuidade.

À luz dos argumentos deduzidos, com apoio na melhor doutrina, ousa concluir pela possibilidade de revisão, vez que os fatos apontados pelas Requerentes se afiguram absolutamente idôneos para ajustar a normalidade dos contratos “aos novos padrões de normalidade dos acontecimentos”.

Os acontecimentos, produzidos por forças alheias às partes contratantes, isto é, *o comunicado das empresas aéreas de que as agências de viagens permissionárias de seus serviços que emitem bilhetes aéreos à conta de órgãos governamentais, não seriam mais remunerados por suas empresas, mas pela administração pública*, fez emergir com todos seus contornos os pressupostos que animam o instituto da revisão, amparado, por óbvio, na teoria da imprevisão.

Ressalte-se mais uma vez, que compete às Agências de Viagens demonstrarem, com precisão, o real impacto desses acontecimentos, na economia dos contratos de prestações de serviços firmados com os entes públicos.

³ CF. Caio Tácito *Equação Financeira. Complementação do Preço. Inexistência de retroatividade*. Ed. Renovar, 2º vol., p. 1.345, apud Mattos, Mauro Roberto Gomes. *O Contrato Administrativo*. Ed. América jurídica, Rio de Janeiro, 2002, p. 52.

Portanto, a clareza e precisão dos percentuais que impactaram os contratos, constituem o acontecimento externo, estranho à vontade das partes, viabilizando, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial, sob pena de indeferimento dos pedidos revisionais.

É o meu entendimento, sob censura

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 28 de maio de 2012.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 2.846/2012-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Administração e Gestão

PROCESSO Nº 2.946/2012-PGE

INTERESSADA: Defensoria Pública do Estado do Amazonas

ASSUNTO: Consulta sobre possibilidade de revisão contratual decorrente de elevação de custos.

DESPACHO:

Acolho o Parecer nº 102/2012-PA-PGE, da lavra do Dr. Paulo José Gomes de Carvalho, Procurador do Estado, que se manifestou pela necessidade de revisão do contrato, haja vista a situação em apreço se enquadrar, em tese, no art. 65, II, "d", Lei nº 8.666/93.

Insta advertir acerca da exigência de demonstração da repercussão da ocorrência alegada pela Contratada na execução do objeto, para caracterização fática do instituto da revisão.

Por outro lado, **recomendo aos órgãos consulentes efetuar análise da proposta constante da licitação para aferir o desconto concedido naquela oportunidade.** Isto porque, considerando que o critério de seleção para o objeto em exame - serviço de fornecimento de passagem aérea - é o de maior desconto, este deverá ser o parâmetro a ser considerado pela Administração para efetivação de eventual repasse financeiro ao Contratado, para cobrir os custos comprovados.

É de se orientar, ainda, no sentido de apresentação de planilhas de custos, com especificação dos itens envolvidos, hábeis a demonstrar os valores que devem ser pagos ao Contratado, sem olvidar o desconto.

Ao Senhor Procurador-Geral,

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 4 de junho de 2012.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 2.946/2012-PGE**INTERESSADA:** Defensoria Pública do Estado do Amazonas - DPE**ASSUNTO:** Consulta acerca de legalidade de inclusão de taxa de remuneração do agente.**DESPACHO:**

APROVO o Parecer nº 102/2012-PA/PGE, do Procurador do Estado Paulo José Gomes de Carvalho, acolhido com acréscimos pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dra. Heloysa Simonetti Teixeira.

ENCAMINHE-SE os autos à DPE.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 5 de junho de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 5181/2012-PGE**INTERESSADA:** Polícia Militar do Estado do Amazonas**ASSUNTO:** Prorrogação de contrato**PARECER Nº 170/2012-PA/PGE****ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE NATUREZA CONTÍNUA. PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL.**

- Os contratos de serviço de natureza contínua podem ser prorrogados por sucessivos e iguais períodos, após demonstrada vantajosidade, até atingir o prazo máximo de sessenta meses.

- Verificada a possibilidade de prejuízo ao interesse público, é possível a prorrogação excepcional por mais doze meses.

Senhor Procurador-Geral,

A Polícia Militar do Estado do Amazonas, através do Ofício nº 067/DF6, subscrito pelo Cel QOPM Jânio Costa de Souza, formula consulta a esta Procuradoria acerca da possibilidade de prorrogação do Contrato nº 016/2007-PMAM, cujo objeto é o fornecimento de alimentação preparada àquela corporação.

Salienta o órgão consulente que foi suspenso o Pregão nº 309/12-CGL, que visa à contratação de pessoa jurídica para fornecimento de refeições ao efetivo da Polícia Militar do Amazonas. Por outro lado, o contrato atual exaure sua vigência em 27/09/2012.

Com a consulta vieram os seguintes documentos: Termo de Contrato nº 016/2007-PM/AM; Primeiro a Nono aditivos; documentos referentes ao Pregão nº 309/12.

É o relatório, no essencial. Passo a opinar.

Inicialmente, cumpre consignar que o Contrato nº 016/2007-PMAM celebrado entre o Estado do Amazonas e M. DE S. HARB iniciou sua vigência em 30/09/2007, conforme se abstrai da Cláusula Oitava, acostada a fls. 05-PGE.

Por outro lado, os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de natureza contínua têm em si a possibilidade de serem prorrogados, desde que respeitem o prazo máximo fixado pela lei, que é de sessenta meses, a teor do disposto no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Lei nº 8.666/93, Art. 57. A duração dos contratos regidos por

esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, **limitada a sessenta meses**; (g.n.)

Assim sendo, desde que devidamente justificada a vantajosidade da medida, os contratos de natureza contínua podem ser prorrogados por iguais e sucessivos períodos, desde que não superem o prazo máximo de sessenta meses. No Contrato nº 016/2007-PMAM, esse prazo seria até 30/09/2012.

Contudo, no presente caso afigura-se excepcional necessidade de prorrogação, decorrente do fato constatado de que a nova licitação realizada para contratação de empresa especializada em fornecimento de alimentação e que venha a suprir o objeto do contrato nº 016/2007-PMAM ainda não findou. Pior, o procedimento licitatório, conforme narra o consulente, encontra-se suspenso e sem definição de data para finalização.

Ademais, o serviço desempenhado pela Polícia Militar do Amazonas é ininterrupto, de caráter essencial, e seu regime de trabalho traduz a necessidade de alimentação realizada dentro das próprias unidades de lotação. Em outras palavras, o efetivo policial não pode ficar desguarnecido de alimentação, sob pena de comprometimento da eficiência do trabalho desempenhado na manutenção da ordem pública que, mais que em outras carreiras, exige redobrada atenção e alerta.

Esse grau de excepcionalidade não foi descurado pela lei. Com efeito, o parágrafo quarto do art. 57 da Lei Geral de Licitações, incluído pela Lei nº 9.648/2008, estabelece que **“em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses”**.

O contrato de prestação de serviços de natureza contínua pode, assim, ser prorrogado para além dos sessenta meses a que alude o inciso II do art. 57 da Lei de Licitações desde que esteja devidamente caracterizada situação de excepcionalidade, após justificação e autorização da autoridade superior.

No caso vertente, ao menos o requisito objetivo da excepcionalidade encontra-se presente. Por outro lado, questionamento poderia existir acerca da natureza do contrato, especificamente no seu enquadramento na categoria de serviço. Para MARÇAL JUSTEN FILHO a única solução reside em considerar que as compras se caracterizam quando existir obrigação de dar, ao passo que serviço haverá quando a

obrigação for de fazer¹. E o mesmo autor, enfim, relega a distinção às concepções clássicas do Direito Civil.

Valho-me dos ensinamentos do saudoso WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, que melhor trata da zona nebulosa entre obrigação de dar e de fazer. Para o exímio civilista, ***toda vez que o dar for uma consequência do fazer, a obrigação será de fazer***. É o típico caso da costureira que confecciona uma peça de roupa e entrega ao seu cliente. A obrigação é de fazer, pois o fornecimento (dar) foi um aspecto consequente ao trabalho desempenhado (fazer). Nessa mesma óptica entendo ser o fornecimento de alimentação preparada.

Não comungo do entendimento de que o fornecimento de alimentação configura *compra* no sentido técnico da palavra. Isso porque, sob a óptica do regime de direito contratual, o contrato de compra e venda é todo ajuste pelo qual um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de coisa certa a outra, mediante pagamento do respectivo preço acordado (CC, art. 481)². Por seu turno, a Lei nº 8.666/93 conceitua a compra nos mesmos contornos da regra civilista, ao considerá-lo como “*toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente*” (art. 6º, III).

Fica claro, para configuração da compra, a presença de pelo menos três requisitos: *res* (coisa), *pretium* (preço) *et consensus* (consenso). Sem quaisquer desses elementos não haverá compra e venda. Assim, por exemplo, se não houver preço, estaremos diante de disposição de coisa a título gratuito, contemplando-se uma doação. Por outro lado, se em vez de coisa tivermos uma atividade de cunho material ou imaterial, o caso será de efetiva prestação de serviços e não de compra e venda.

Acerca da compra e venda, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA assevera que:

“A doutrina, desde os romanos, procedendo à análise deste contrato, assinalava a presença dos três elementos que lhe são essenciais: *a coisa, o preço e o consentimento*. Estes mesmos elementos, *essentialianegotii*, estão ainda presentes, e a eles passamos a referir-nos nos parágrafos

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. Dialética: São Paulo, 2012, p. 133.

² CC, Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

seguintes, não sem antes lembrarmos a ressalva que Espínola já fizera, de ser aqui objeto de cogitação o 'contrato de compra e venda', e não qualquer venda forçada. Deixamos consignado, ainda, que não consideramos a forma como elemento da compra e venda. Se é certo que em alguns casos, como nas vendas imobiliárias ou nas de certos móveis, há necessidade de atender ao requisito formal, não retira, entretanto, ao contrato de compra e venda, genérico caráter consensual. Os seus elementos, para nós, são aqueles que se encontram em todos os contratos da espécie - *res, pretium et consensus*".

Definitivamente não se trata de compra nem de obrigação de dar. Isso porque o fornecimento de alimentação preparada, a rigor, caracteriza um serviço e, por conseguinte, ganha a chancela da prorrogação prevista no § 4º do art. 57 da Lei nº 8.666/93, desde que presentes os respectivos requisitos legais.

O Tribunal de Contas da União já pacificou a sua jurisprudência no sentido da observância do inciso II do art. 57, da Lei nº 8.666/93 de que ao firmar e prorrogar contratos, de forma a somente se enquadrar como serviços contínuos contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer e a necessidades permanentes (Decisão nº 1382/2003-Plenário). Também tem entendido que o enquadramento dos serviços de natureza contínua passa pelo crivo da Administração, conforme *in verbis*:

"A doutrina qualifica como serviço continuado todo aquele destinado a atender necessidades públicas permanentes e cuja paralisação acarrete prejuízos ao andamento das atividades do órgão. A relação constante do § 1º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97 não é exaustiva cabendo ao administrador, diante do caso concreto, enquadrar o serviço como continuado ou não" (Acórdão 1382/2003 - Primeira Câmara).

A fim de sacramentar a possibilidade de prorrogação, mesmo que se considere tecnicamente como fornecimento e não serviço, esta Especializada, amparada em abalizada doutrina e em jurisprudência de Tribunais de Contas, já se manifestou pela possibilidade excepcional de prorrogação (em caso de fornecimento contínuo), conforme se abstrai do Parecer nº 88/2011-PA/PGE, subscrito pela Procuradora-Chefe desta Especializada, Msc. Heloysa Simonetti Teixeira, ao que se transcreve a seguir a parte essencial:

“Vem a lanço refletir se os contratos de fornecimento contínuo se inserem entre os acobertados pela excepcionalidade legal. Isto porque, a meu sentir, o objetivo da prorrogação, nesse caso, é o mesmo dos contratos de prestação de serviços, qual seja, evitar a descontinuidade das prestações administrativas. Nesse passo, se faz relevante citar a interpretação doutrinária sobre os serviços de natureza contínua, para o que, nas palavras de Marçal Justen Filho³:

A identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. A continuidade do serviço retrata, na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita. Ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro.

O autor faz referência a “serviço”, que não se confunde com “fornecimento”. A propósito, mais adiante, deixa assente (p.726) a diferença entre serviço e compra, reportando-se aos comentários ofertados ao art. 6º, da Lei nº 8.666/93. Em síntese, considera que existe serviço quando a prestação consiste em obrigação de fazer, enquanto a compra está adstrita às obrigações de dar. A distinção se faz tendo-se como núcleo a prestação principal, uma vez que é plenamente possível acrescer a um contrato obrigação acessória, sem que isso afete a principal, ou seja, sem que altere a natureza do ajuste. Afirma que uma obrigação de dar pode ser acompanhada do dever de fazer e vice-versa.

[...]

Conquanto se entenda que o contrato de fornecimento não é serviço, e a lei tratou apenas dos serviços contínuos, não pode passar ao largo a constatação de que alguns contratos de fornecimento também são contínuos, por apresentarem a característica da essencialidade para o desempenho das atividades desenvolvidas pela Administração à coletividade. Nesse contexto se insere o fornecimento de combustível, cuja interrupção, inegavelmente, afetará a prestação satisfatória do serviço público. Uma simples incursão nas atividades estatais, como por exemplo, na policial, é o bastante para se imaginar o caos que se instauraria se houvesse a suspensão do fornecimento de combustível. A consequência é facilmente perceptível, eis que os policiais deixariam de atender à demanda das pessoas, impossibilitando a contenção imediata de atos ilícitos praticados contra o cidadão.

³ Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. p.726.2010.

Em que pese os argumentos expendidos, é certo que o legislador não albergou o fornecimento contínuo no inciso II do art. 57. É certo, porém, que os fatos falam por si só, e a interrupção de determinados fornecimentos, inviabilizam a atuação estatal. Outro exemplo, de igual repercussão, diz respeito ao fornecimento de medicamentos e gases medicinais, dentre outros.

Em razão do confronto entre a previsão legal e a situação fática, cabe à Administração encontrar a alternativa que consulte da melhor forma possível os interesses públicos envolvidos. Não obstante o grau de complexidade que o assunto apresenta, esta Especializada, em momento pretérito, ao analisar processo de interesse da Secretaria da Saúde, manifestou-se favoravelmente à prorrogação excepcional de determinado contrato de fornecimento de gases medicinais, com a observação de que cada caso deve ser analisado individualmente, não se permitindo estender a conclusão indistintamente para qualquer hipótese de fornecimento contínuo.

Esse mesmo entendimento sustentou a manifestação do Tribunal de Contas de São Paulo⁴, da qual colaciono o seguinte excerto:

“ ...no sentido de que, após a análise de cada caso em particular, poderão ser reconhecidas situações em que há um contexto de fornecimento contínuo”

O Conselheiro relator remarcou que:

“ - nas quais poderá haver uma interpretação extensiva do artigo 57, inciso II, da Lei de Licitações, para o fim de ser admitida a prorrogação de prazo prevista naquele dispositivo legal, desde que” – ressalva - “essas situações sejam devidamente motivadas pela Administração e que sejam atendidas as condições a seguir discriminadas (em resumo): (1) Existência de cláusulas contratuais e procedimentos administrativos a aferirem, de forma periódica, os preços praticados pelo mercado, a fim de ser prontamente restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro inicial da

⁴ Processo TC nº 000178/026/06 (Consulta), o Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, acolheu o voto do Conselheiro-Relator Eduardo Bittencourt Carvalho. 29 de junho de 2006. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, 4 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.apaulista.org.br/sites/5500/5534/parecerTCE.doc>> (voto-condutor)

relação contratual em favor do Poder Público; (2) Existência, também, de cláusulas contratuais estipulando sanções “aptas a compelir as empresas contratadas a buscar o integral cumprimento das obrigações avençadas, a teor do que dispõem os artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/93” (citação, pelo Conselheiro-Relator Bittencourt Carvalho, de manifestação da SDG - Secretaria Diretoria Geral da Corte de Contas de São Paulo).

No mesmo voto, o Conselheiro enfatizou que, “ao contrário do que tem ocorrido com determinados ajustes para prestação de serviços, não poderá ser aceita contratação de fornecimento cujo prazo inicial de vigência ultrapasse 12 (doze) meses”. E justifica: “... esse período é o limite de vigência para o crédito orçamentário a que se reporta a Lei de Regência”.

Para o Tribunal de Contas do Distrito Federal, que adotou entendimento mais liberal, é possível estender a previsão do art. 57, II à prorrogação dos contratos de fornecimento contínuo, espelhado na Decisão Normativa nº 3, de 10 de novembro de 1999⁵, assim ementada:

“Fornecimento Contínuo. É admitida a interpretação extensiva do disposto no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas pelo órgão ou entidade interessados, caso a caso.”

O tema foi tratado pelo eminente Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na obra Vade-Mécum de Licitações e Contratos, que conclui pela existência de duas correntes jurisprudenciais:

⁵ DECISÃO NORMATIVA Nº 03, DE 10 DE NOVEMBRO 1999

"Dispõe sobre a interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso XXVI, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução/TCDF nº 38, de 30 de outubro de 1990, e tendo em vista o decidido pelo Egrégio Plenário, na Sessão realizada em 03 de dezembro de 1998, conforme consta do Processo nº 4.942/95, e Considerando a inexistência de melhores alternativas, como exaustivamente demonstrado nos autos do Processo 4.942/95, que possibilitem à Administração fazer uso do fornecimento contínuo de materiais; Considerando o pressuposto de que a Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, não tem por objeto inviabilizar as aquisições de forma continuada de materiais pela Administração, nem foi esta a intenção do legislador; Considerando que, dependendo do produto pretendido, torna-se conveniente, em razão dos custos fixos envolvidos no seu fornecimento, um dimensionamento do prazo contratual com

(i) Na Decisão nº 110/96- Plenário, o Tribunal de Contas da União "... decidiu que não se aplica à (sic) compras a noção de execução contínua";

(ii) Já na Decisão Normativa nº 3/99, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, conforme antes referi, "admitiu a interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo devidamente fundamentadas pelo órgão interessado, casa (sic) a caso"

Ainda que meu convencimento seja no sentido de não se estender a toda e qualquer hipótese de fornecimento contínuo a previsão legal, é irrefutável que, como citado no preâmbulo da Nota do Tribunal de Contas do DF, aquele órgão prestigiou o princípio da economicidade e o da continuidade do serviço público, baseado no reconhecimento de que os fornecimentos contínuos também são permeados pela característica da essencialidade, cuja paralisação retarda e compromete a atuação da Administração. Sem dúvida, acresça-se, a sobredita orientação também expressa o princípio da eficiência, insculpido no art. 37, caput da CF, que confere à Administração o dever de prestar os serviços públicos à coletividade com presteza e celeridade. [...]"

Fixadas tais premissas, reconheço a excepcionalidade do caso e, assim, entendo pela possibilidade de prorrogação do contrato, por deter natureza contínua, nos termos do §4º do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

Todavia, para resguardo do interesse público e em atendimento ao princípio da razoabilidade, recomendo à autoridade consulente que promova a prorrogação somente ao tempo necessário para conclusão do procedimento licitatório.

vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração; Considerando a similaridade entre o fornecimento contínuo e a prestação de serviços contínuos, vez que a falta de ambos "paralisa ou retarda o trabalho, de sorte a comprometer a correspondente função do órgão ou entidade" (Decisão nº 5.252/96, de 25.06.96 – Processo nº 4.986/95); Considerando a prerrogativa conferida a esta Corte no art. 3º da Lei Complementar nº 01, de 09 de maio de 1994; Resolve baixar a seguinte DECISÃO NORMATIVA: a) é admitida a interpretação extensiva do disposto no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas pelo órgão ou entidade interessados, caso a caso; b) esta decisão entra em vigor na data de sua publicação.

É o parecer. Submeto à consideração do Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PA/PGE, em Manaus (AM), 20 de setembro de 2012.

RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA
Procurador-Chefe, em exercício

PROCESSO Nº 5.181/2012-PGE

INTERESSADA: Polícia Militar do Estado do Amazonas.

ASSUNTO: Consulta acerca de prorrogação de Contrato nº 016/2007-PMAM, atinente ao fornecimento.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 170/2012-PA/PGE, do Procurador-Chefe, em exercício, da Procuradoria Administrativa, Dr. Rafael Cândido da Silva.

DEVOLVAM-SE os autos à PMAM, para ciência.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 21 de setembro de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JUNIOR
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 5246/2012-PGE

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

ASSUNTO: Consulta acerca de reajuste contratual para prestação de serviços de natureza contínua.

PARECER Nº 187/2012 -PA/PGE**ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NATUREZA CONTÍNUA. REACTUAÇÃO. CONTAGEM DE PRAZO.**

A reactuação é espécie do gênero reajuste, aplicável somente aos contratos de natureza contínua com dedicação exclusiva de mão de obra. A contagem do interregno de um ano para concessão da reactuação, referente aos custos com mão de obra, deve ser feita a partir da data da homologação do acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. Para os demais insumos o prazo será contado da data da apresentação da proposta.

Senhor Procurador-Geral

Analisou consulta formulada pelo Coordenador Executivo da UGPI, Senhor Frank Abraham Lima, no ofício nº 1116/2012-GCE/UGPI.

O objeto da consulta cinge-se aos procedimentos que devem ser observados pelo órgão quanto à reactuação do Contrato nº 001/2012-UGPI, celebrado com a empresa VISAM - Vigilância e Segurança da Amazônia Ltda, haja vista a existência de cláusula contratual que veda o reajustamento.

Instruídos os autos com: ofício de encaminhamento nº 1116/2012; CD contendo Contrato nº 001/2012-UGPI, Carta da empresa VISAM e cópia do edital de Pregão Eletrônico, com minuta aprovada pela PGE em 2007.

Na exposição, o Consulente relata que firmou contrato administrativo para prestação de serviços de vigilância com a empresa VISAM, em 30.03.2012, decorrente da Ata de Registro de Preços nº 0001/2012 e-compras.AM.

O ajuste contratual tomou por base os salários vigentes na Convenção Coletiva de Trabalho da categoria profissional, com aplicação para o período de 01/04/2011 a 31/03/2012, sendo que em 01/05/2012, o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região aprovou nova Convenção com reajuste a partir de 01/05/2012 a 01/03/2013.

A vigência do Contrato 001/2012-UGPI iniciou em março/2012 e a empresa postula reactuação do contrato sob o argumento de que a Convenção Coletiva de Trabalho, aprovada em maio deste ano, gerou desequilíbrio na relação contratual.

Todavia, o órgão informa que a Cláusula Décima Primeira do instrumento - Do Reajustamento - veda concessão de qualquer reajuste, salvo em caso de prorrogação. Ante tal impasse, aguarda orientação desta PGE.

A matéria versada nestes autos, como se depreende, trata da repactuação do contrato para prestação de serviços de natureza contínua, com dedicação exclusiva de mão de obra.

Portanto, antes de oferecer a resposta objetiva ao questionamento formulado, sobreleva abordar a questão relacionada ao atual posicionamento albergado por esta Casa no que tange ao reajuste em contratos de natureza contínua.

Vigora no âmbito desta Casa o entendimento exarado no Parecer nº 189/2006-PA-PGE, da lavra da Dra. Ingrid Monteiro, Procuradora do Estado, acolhido por esta Chefia e aprovado pelo Senhor Procurador-Geral, no sentido de:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. AUMENTO DO PISO SALARIAL DA CATEGORIA. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65 DA LEI Nº 8.666/93. INAPLICABILIDADE

O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força do dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei nº 8.666/93
Precedente do STJ.

Acórdão 1.563/2004

A repactuação dos termos do contrato deverá ocorrer após um ano da data da proposta, quando esta deverá incluir o aumento de mão-de-obra e dos insumos, tudo devidamente comprovado, ficando a prorrogação do contrato para ser feita após doze meses da celebração do contrato.

Tendo decorrido os doze meses da data da proposta a repactuação é possível.

À época, esta PGE assentou o entendimento de que os contratos de natureza contínua deveriam observar o interregno de doze meses para concessão de reajuste, do tipo repactuação, a contar da data da proposta, em consonância com a Lei nº 10.192/2002.

A repactuação é espécie de reajuste, conforme já reconheceu o Tribunal de Contas da União, em vários acórdãos. A figura da repactuação, criada no âmbito da União, atualmente regulada pela Instrução Normativa nº 2/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão visa à negociação dos custos do contrato de prestação de serviços de natureza contínua, tendo por base a convenção, acordo ou dissídio coletivo da categoria, para reajuste da mão de obra, e, para os demais insumos, a análise dos itens que compõem a planilha orçamentária.

Em face da relevância do tema, como questão precedente à análise da dúvida principal – repactuação –, faz-se necessário tratar acerca

da possibilidade de prorrogação de contratos administrativos. Assim, insta citar que a Lei nº 8.666/93 acolhe a improrrogabilidade dos contratos administrativos no *caput* do art. 57. Dispõe, no entanto, sobre as exceções nos incisos I, II e IV do indigitado artigo, a seguir transcrito:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

(...).

§2º - Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

Depreende-se, portanto, que os contratos de natureza contínua podem ser firmados por até 60 meses, com as prorrogações. Conseqüência lógica da prorrogação por prazo tão dilargado é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos dessa natureza, que, *in casu*, pode ser restaurado por meio do reajuste.

A figura do reajuste está prevista no art. 40, inciso XI e no art. 55, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data da proposta ou do orçamento a que esta se referir até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Considerando que, neste caso, o prazo superará os doze meses, a empresa contratada passa a fazer jus ao reajuste de preço, conforme previsto na Lei nº 10.192/2001:

Art. 2º. É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.
§ 1º. É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

O reajuste previsto no precitado artigo estipula a aplicação de índice econômico setorial. No entanto, na esfera federal, tal orientação, para os contratos de natureza contínua, foi aprimorada, tendo em vista a base da composição dos custos desses contratos estar na mão de obra. Daí nasceu a necessidade de se considerar a elevação dos custos decorrente da majoração dos salários da categoria à qual pertencem os empregados da contratada.

Para solucionar a questão, criou-se como instrumento uma espécie de reajuste denominada de “repactuação”, utilizada no âmbito da União. A repactuação nada mais é do que outra forma de se conceder o reajuste do contrato, desde que negociado com o Contratado. Todavia, a repactuação se destina somente para contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, e de caráter contínuo.

Nessa senda, o Decreto Federal nº 2.271/97 e a IN nº 02/2008-MPOG, destinam-se a regular os contratos dessa natureza. Preconizam que os contratos terceirizados, de natureza contínua, que tenham dedicação exclusiva de mão de obra, podem ser reajustados, na forma de “repactuação”, e preveem os procedimentos e condições. Leiam-se os dispositivos específicos:

Decreto 2.271/97

Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

IN 02/2008-MPOG

Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

§ 1º A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no caput, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado, e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o art. 37, inciso

XXI da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta.

§ 2º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

§ 3º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-base diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantas quanto forem os acordos, dissídios ou convenções coletivas das categorias envolvidas na contratação.

§ 4º A repactuação para reajuste do contrato em razão de novo acordo, dissídio ou convenção coletiva deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos.

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço;

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.

Art. 39. Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

Nas palavras do Prof. Lucas Rocha Furtado¹, “a repactuação se insere como modalidade especial de reajuste, e não de recomposição a partir da teoria da imprevisão, exatamente porque decorre de circunstâncias previsíveis e deve observar o interregno de um ano. (...) Na hipótese de reajuste, os critérios a serem utilizados para balizar a modificação do valor do contrato já se encontram devidamente

¹ Curso de Licitações e Contratos Administrativos. P.538.

disciplinados no próprio contrato pela fixação de índice e na repactuação, que tem como parâmetro os custos necessários à execução do contrato, faz-se necessária a demonstração analítica da variação dos componentes desses custos do contrato, sem, todavia, impor-se a sua formalização por meio de aditivos. Sendo a repactuação modalidade especial de reajuste do contrato, deve ser formalizada por meio de simples apostilamento."

Acerca da matéria, a Advocacia Geral da União editou orientação aos órgãos federais. Para ilustrar, colaciono as seguintes Orientações Normativas:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 25

"NO CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, O INTERREGNO DE UM ANO PARA QUE SE AUTORIZE A REPACTUAÇÃO DEVERÁ SER CONTADO DA DATA DO ORÇAMENTO A QUE A PROPOSTA SE REFERIR, ASSIM ENTENDIDO O ACORDO, CONVENÇÃO OU DISSÍDIO COLETIVO DE TRABALHO, PARA OS CUSTOS DECORRENTES DE MÃO DE OBRA, E DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS INSUMOS." g.n

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 26

"NO CASO DAS REPACTUAÇÕES SUBSEQUENTES À PRIMEIRA, O INTERREGNO DE UM ANO DEVE SER CONTADO DA ÚLTIMA REPACTUAÇÃO CORRESPONDENTE À MESMA PARCELA OBJETO DA NOVA SOLICITAÇÃO. ENTENDE-SE COMO ÚLTIMA REPACTUAÇÃO A DATA EM QUE INICIADOS SEUS EFEITOS FINANCEIROS, INDEPENDENTEMENTE DAQUELA EM QUE CELEBRADA OU APOSTILADA." g.n

É cediço que a IN 02/2008-MPOG tem aplicação compulsória para os órgãos e entidades da Administração Federal, e sabe-se, não obriga aos Estados e aos Municípios. Todavia, não há impedimento legal aos Entes para adotar tais procedimentos, avaliada a conveniência de fazê-lo.

Pois bem. O Estado do Amazonas, conforme citado ao norte, adotou o reajuste para esses contratos, com base na data da proposta, método autorizado em lei, à época. Ressalte-se que o Estado efetua o pagamento retroativo a que faz jus o Contratado. Ou seja, a contagem do interregno de um ano, para possibilitar a concessão do reajuste, contar-se-á a partir da data da proposta, e não da data do orçamento, esta que considera a data da homologação da convenção, acordo ou dissídio coletivo.

Sucedee que, na prática, os Contratados, muitos dos quais mantêm contratos de execução contínua com a Administração Federal, têm manifestado seu inconformismo com o entendimento sustentado pela PGE em adotar como data inicial para contagem do direito à repactuação a data da proposta, embora seja efetuado o pagamento retroativo. Isto em razão dos custos a que se obrigam, a partir da data da convenção, acordo ou dissídio coletivo, que estipula o novo percentual para reajuste dos salários da categoria de empregados, vinculada à execução do contrato.

Realizada pesquisa sobre o tema, junto ao Tribunal de Contas da União, verifiquei que a Corte Federal acolhe a figura da repactuação, contida na IN 02/2008-MPOG. A título de exemplificação, citem-se os seguintes Acórdãos, que tratam de repactuação e dão orientações:

Acórdão nº 602/2009-Plenário: Relator Ministro José Jorge²
“... A repactuação tem por finalidade justamente compensar o contratante pela elevação de seus custos, sendo que, nesse caso, a elevação deve ser efetivamente demonstrada.”

Acórdão nº 2.408/2009-Plenário (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues):

“Sumário

RELATÓRIO DE AUDITORIA. MANUTENÇÃO E RECUPERAÇÃO DE SISTEMAS DE PRODUÇÃO DE ÓLEO E GÁS NATURAL. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADE. DÉBITO. MULTA.

1. A comprovação da necessidade de repactuação de preços, decorrente da elevação anormal de custos, exige a apresentação de planilhas detalhadas de composição dos itens contratados, com todos os seus insumos, assim como dos critérios de apropriação dos custos indiretos.

2. Não se admite a repactuação de preços, sob o argumento de compatibilizá-los aos praticados em outros ajustes do contratante, porque a adoção de preços diferentes em contratos distintos não implica ruptura do equilíbrio econômico-financeiro da proposta formulada pela contratada e faz parte do contexto da apresentação da proposta e da competição.

3. Descabida a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, no próprio mês de apresentação da proposta, porque fatos contemporâneos a sua elaboração

² Apud Marçal Justen Filho in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p.194.

não atendem aos critérios de superveniência e imprevisibilidade.

4. A repactuação de preços contratuais, que superestima os quantitativos dos itens cujos preços unitários sofreram desconto e subestima as quantidades de itens com preços majorados, configura a ocorrência de "jogo de planilha", irregularidade gravíssima, merecedora de punição severa." g.n.

ACÓRDÃO 1827/2008 ATA 34 - PLENÁRIO³

Relator: BENJAMIN ZYMLER - SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. AUDITORIA NO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES COM O OBJETIVO DE AVALIAR A TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR DE INFORMÁTICA. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONTRATO CUJO OBJETO FOI A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUTAR SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE SISTEMAS DE INFORMÁTICA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. 1. No caso de empresas tributadas sobre o lucro real, obrigatoriamente enquadradas no regime não-cumulativo do PIS, o percentual reservado ao PIS nas planilhas de custo e formação de preços, conforme expressamente determina o artigo 2º da Lei nº 10.637/02, é de 1,65%. Em acréscimo, o artigo 30 da Lei nº 10.833/03 determina que os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, dentre outros, estão sujeitos à retenção na fonte da contribuição para o PIS/PASEP com o percentual de 0,65%, de acordo com o disposto no artigo 31 da mesma Lei. 2. O artigo 2º da Lei Complementar nº 110/01 majorou a contribuição vinculada ao FGTS devida pelos empregados em 0,5%. Todavia, o § 2º do mesmo diploma legal estabeleceu que a contribuição majorada seria devida por 60 (sessenta) meses, a contar de sua exigibilidade (1/1/2002), sendo extinta, por consequência, em 1/1/2007. 3. A repactuação de preços não foi editada pelo Decreto nº 2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços, a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de

³ www.tcu.gov.br. Acesso em 15/10/2012.

preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. 4. Sendo a repactuação contratual um direito que decorre de lei (artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/93) e, tendo a lei vigência imediata, forçoso reconhecer que não se trata, aqui, de atribuição, ou não, de efeitos retroativos à repactuação de preços. A questão ora posta diz respeito à atribuição de eficácia imediata à lei, que concede ao contratado o direito de adequar os preços do contrato administrativo de serviços contínuos aos novos preços de mercado. 5. A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica. Diário Oficial da União: 29/08/2008 27/08/2008.

Como se percebe da jurisprudência coligida a repactuação é instituto de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato cuja aplicação não lavra qualquer controvérsia no âmbito do Tribunal de Contas da União. Neste último Acórdão, inclusive, o Ministro Benjamin Zymler explica claramente que “a partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito à repactuação de preços.”

Não resta dúvida, assim, que a repactuação pode ser concedida a contar da data do evento que a motivou, na espécie, a data da homologação do acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, que fixou o novo valor do salário da categoria.

A questão que ora se põe, ante o requerimento da empresa VISAM, é a partir de quando deve ser contado o interstício anual para concessão da repactuação e se é possível assentir pela possibilidade, em virtude da previsão de cláusula contratual em contrário.

Sobre o primeiro ponto, infere-se que a legislação sobre a matéria (IN 02/2008 e o Decreto Federal nº 2271/97) prevê a possibilidade de ocorrer a repactuação ou partir da data da proposta ou do orçamento a que ela se referir. O art. 37 da IN 02/2008 faz referência à data do orçamento para mão de obra e da proposta para os demais custos envolvidos.

No art. 38, cuja redação foi alterada pela IN 3/2009, no que diz respeito à contagem do lapso de um ano, traz a seguinte diretriz:

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.

Por sua vez, o art. 39, traz expressa previsão acerca das repactuações subsequentes à primeira. Nesse caso a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

O modo de se operar a repactuação está previsto no art. 40 e parágrafos, nos quais se lê:

Art. 40. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo, convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

1º É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva.

§ 2º Quando da solicitação da repactuação para fazer jus a variação de custos decorrente do mercado, esta somente será concedida mediante a comprovação pelo contratado do aumento dos custos, considerando-se

I - os preços praticados no mercado ou em outros contratos da Administração;

II - as particularidades do contrato em vigência;

III - (revogado)

IV - a nova planilha com a variação dos custos apresentada;

IV - indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalente;

V - indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes; e

VI - a disponibilidade orçamentária do órgão ou entidade contratante.

§ 3º A decisão sobre o pedido de repactuação deve ser feita no prazo máximo de sessenta dias, contados a partir da solicitação e da entrega dos comprovantes de variação dos custos.

§ 4º As repactuações, como espécie de reajuste, serão

formalizadas por meio de apostilamento, e não poderão alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento.

§ 5º O prazo referido no § 3º ficará suspenso enquanto a contratada não cumprir os atos ou apresentar a documentação solicitada pela contratante para a comprovação da variação dos custos.

§ 6º O órgão ou entidade contratante poderá realizar diligências para conferir a variação de custos alegada pela contratada.

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

Em síntese, a repactuação deverá ser objeto de requerimento do Contratado acompanhado da planilha que retrate, de forma analítica, a alteração dos custos, esta que será composta pelos custos e formação de preços ou do novo acordo, convenção ou dissídio coletivo, conforme a variação de custos objeto da repactuação.

No que concerne à vigência dos novos valores, ou seja, os **efeitos financeiros**, o art. 41 consigna que serão apenas para os itens que deram ensejo à repactuação, observado o seguinte: (i) da ocorrência do fato gerador; (ii) em data futura, por acordo entre as partes; (iii) em data anterior à do fato gerador, exclusivamente para mão de obra, desde que o efeito retroativo esteja previsto no acordo, convenção ou sentença normativa, *verbis*:

Art. 41. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas observando-se o seguinte:

I - a partir da ocorrência do fato gerador que deu causa à repactuação;

II - em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações futuras; ou

III - em data anterior à ocorrência do fato gerador, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra em que o próprio fato gerador, na forma de acordo, convenção ou sentença normativa, contemplar data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras;

§ 1º Os efeitos financeiros da repactuação deverão ocorrer exclusivamente para os itens que a motivaram, e apenas em relação à diferença porventura existente.

De todo o exposto, a conclusão inarredável é a de que a contagem do interregno de um ano para concessão da repactuação nos contratos de natureza contínua, a partir da redação alterada do art. 38, da IN 02/2008, deve considerar a ocorrência do evento e a que este se refere. Impõe-se a manifestação, por requerimento, da parte interessada. Assim têm-se:

- a) se for em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, a exemplo de materiais e equipamentos necessários à execução do serviço, a contagem será a partir da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório; e
- b) se a variação dos custos for decorrente da mão de obra e esta estiver vinculada às datas base dos instrumentos que estipularem o aumento salarial, será contado o prazo da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta.

Assim, do estudo empreendido, encaminho o entendimento pela necessidade de se readequar o posicionamento desta PGE, para admitir a repactuação, modalidade de reajuste, nos contratos de natureza contínua com dedicação exclusiva de mão de obra, da seguinte forma:

- a) Contar o prazo de 1 ano a partir da homologação do acordo, convenção coletiva ou sentença normativa que autorizar o aumento salarial da categoria, para a mão de obra; e
- b) Contar 1 ano a partir da data da proposta para reajustar os demais insumos que compõem a planilha de custos.

Fixada a primeira conclusão, passo à análise do questionamento levantado pelo Consultente, que se refere à existência de cláusula contratual vedando o reajustamento. Da leitura da Cláusula Décima Primeira: Reajustamento, verifiquei que a previsão, de fato, somente autoriza o reajuste do contrato na hipótese de prorrogação, utilizando-se *índice econômico adotado em lei, ou, na falta de previsão específica, pelo Índice Nacional de Preço ao Consumidor – INPC*. Faz-se importante pontuar que as minutas aprovadas desta PGE não contemplam tal previsão, do que se conclui que a redação foi alterada. Isso não obstante, há de se procurar solução ao problema apresentado.

Acerca desse assunto, a meu ver, há total inadequação da cláusula contratual à natureza do ajuste celebrado. É que, se a Administração está diante de contrato cujo prazo pode ser prorrogado até sessenta meses, portanto, a vigência do ajuste ultrapassará doze meses, o direito de reajustamento do respectivo valor está assegurado ao Contratado. Conquanto se reconheça tratar-se de cláusula opcional, a vedação ao reajustamento em contratos de natureza contínua não se

coaduna com o ordenamento jurídico vigente. E mais, o entendimento mais moderno é o de que o reajuste por índice se entremostra insuficiente a restabelecer o equilíbrio da relação econômica, no caso de contratos de execução continuada. Vigora a defesa de que o índice econômico setorial se presta para outros ajustes, os de execução instantânea.

Conforme demonstrado à farta, o direito ao reajuste é constitucional e legal, e de observância obrigatória pela Administração, sobretudo nos ajustes com dedicação exclusiva de mão de obra, com salários reajustáveis anualmente. Entender diversamente significa sujeitar o contratado a ônus excessivo, em descompasso com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e com o princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Conjugando o direito ao reajuste contratual com o instituto da repactuação, e presente a natureza do contrato, é de se entender pela necessidade de adequação da indigitada cláusula.

Em outras oportunidades, há algum tempo, já adotei o mesmo posicionamento, e entendi possível, excepcionalmente, a celebração de termo aditivo para amoldar à legislação de regência a cláusula do termo de contrato de prestação de serviços de natureza contínua com dedicação exclusiva de mão de obra. Frise-se que não é para qualquer contrato, mas, tão somente, para os de natureza contínua.

Importa aditar, ainda, que a cláusula de não reajustamento tem aplicação para contratos com vigência inferior a doze meses. Portanto, os órgãos devem ficar atentos para as minutas de contrato que integram o edital de licitação, as quais devem estar em harmonia com o objeto a ser contratado, evitando-se problemas futuros.

Para finalizar, em resposta objetiva, opino pela necessidade de alteração do entendimento sustentado por esta PGE acerca da contagem do prazo para concessão de repactuação nos contratos de natureza contínua, com dedicação exclusiva de mão de obra e pela feitura, excepcionalmente, de aditamento de re-ratificação ao precitado contrato, para modificar a Cláusula Décima Primeira - Do Reajustamento - adequando-a aos normativos vigentes.

É o parecer.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 17 de outubro de 2012.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora-Chefe-PA/PGE

PROCESSO Nº 5.246/2012-PGE

INTERESSADA: Unidade de Gerenciamento do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus.

ASSUNTO: Consulta, repactuação do Contrato Administrativo nº 001/2012 - UGPI

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 187/2012-PA/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dr.^a Heloysa Simonetti Teixeira.

DEVOLVAM-SE os autos à UGPI.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 18 de outubro de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JUNIOR

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 005793/2012-PGE**INTERESSADA:** Universidade do Estado do Amazonas**ASSUNTO:** Consulta sobre possibilidade de reequilíbrio econômico de Contrato Administrativo**PARECER Nº 197/2012-PA/PGE****ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. REPACTUAÇÃO CONTRATUAL. FATO DO PRÍNCIPE. LEI MAJORADORA DE TRIBUTO AINDA SEM EFEITOS PELA “VACATIO LEGIS”. POSSIBILIDADE.**

- Se o efetivo agravamento dos encargos tributários é posterior à abertura da licitação e data da apresentação da proposta, mesmo que a lei tenha sido publicada antes de tais eventos, há possibilidade de repactuação dos preços de serviços para manutenção das condições efetivas da proposta.
- É imprescindível a demonstração do impacto financeiro do “fato do príncipe” sobre o contrato a ser repactuado.

Senhora Procuradora-Chefe

Cuida-se de consulta encaminhada a esta Procuradoria Administrativa pelo Magnífico Reitor da Universidade do Estado do Amazonas, Senhor José Aldemir de Oliveira, por meio de ofício nº 2509/2012 – GR/UEA, sobre a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato nº 004/2011, cujo objeto consiste na prestação de serviços de telecomunicações para interligação dos Centros de Ensino Superior ao Centro de Tecnologia da Informação e Comunicação da UEA.

Instruídos os autos apenas com ofício do requerente (Embratel) e documentos correlatos, Projeto Básico do serviço contratado, Termo de Contrato, Proposta de Preço da Embratel no Pregão Eletrônico nº 022/2012, Parecer nº 787/2012 – PJ/UEA opinando pela impossibilidade da alteração vindicada, Pedido de Reconsideração, Promoção nº 677/2012 – PJ/UEA, Manifestação da Coordenadoria de Tecnologia da Informação e Comunicação, Parecer nº 1.071/2012 – PJ/UEA.

É o sucinto relatório. Passo à fundamentação.

Existem duas formas de manter o equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, com o intuito de que nem a Administração, nem o particular que com ela contrate tenham prejuízos. Em primeiro lugar, aquela decorrente de circunstâncias imprevisíveis, as quais tornam o contrato mais oneroso do que era inicialmente, e que está previsto no art. 65, II, d (recomposição dos preços) da lei 8.666/93. A segunda denomina-se reajuste e é decorrente de perdas inflacionárias.

Verifico que o caso concreto dirige ao primeiro tipo de reequilíbrio da equação econômico-financeira, ou seja, a recomposição de preços.

Trata-se de recomposição decorrente de alteração da carga tributária, autorizada pelo §5º do art. 65 de Lei de Licitações.

O artigo 65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 8.666/93, inciso II, alínea d, enuncia que;

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

II - Por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

O §5º do mesmo artigo assim dispõe:

§5º - Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

Acerca do tema Marçal Justen Filho ensina¹:

“A forma prática de avaliar se a modificação da carga tributária propicia desequilíbrio da equação econômico-financeira reside em investigar a etapa do processo econômico sobre a qual recai a incidência. Ou seja, a materialidade da hipótese de incidência tributária consiste em certo fato signo-presuntivo de riqueza. Cabe examinar a situação desse fato signo-presuntivo no processo econômico. Haverá quebra da equação econômico-financeira quando o tributo (instituído ou majorado) recair sobre atividade desenvolvida pelo particular ou por terceiro necessária à execução do objeto da

¹ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10ª ed. Dialética, São Paulo, 2004.

contratação. Mais precisamente, cabe investigar se a incidência tributária configura-se como “custo” para o particular executar sua prestação. A resposta positiva a esse exame impõe o reconhecimento da quebra do equilíbrio econômico-financeiro.”

Exatamente com o ICMS o mesmo autor exemplifica²:

“Assim, a elevação do ICMS produz desequilíbrio sobre contratos que imponham ao particular, como requisito de execução de sua prestação, a necessidade de participar de operações relativas à circulação de mercadorias.”

No caso concreto, a elevação de ICMS se deu alguns dias antes da abertura do Pregão Eletrônico nº. 022/2012, e, conseqüentemente, dias antes da apresentação da proposta pelo requerente.

Tal circunstância aparentemente retira o fator imprevisibilidade, necessário para a configuração do instituto Recomposição de Preços, conforme já decidido pelo STJ:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATO. AUMENTO DE CARGA TRIBUTÁRIA (ÁLIQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA). LEI ANTERIOR À ABERTURA DO CERTAME. APLICAÇÃO DO ART. 65, INC. II, ALÍNEA D, E § 5º DA LEI Nº 8.666/93. IMPOSSIBILIDADE.

No caso, o início das licitações ocorreu em 2000, com homologação da proposta vencedora no mesmo ano, e o diploma normativo que majorou a alíquota das contribuições previdenciárias foi a Lei nº 9.876, de 1999.

2. Portanto, se o agravamento dos encargos tributários foi anterior à própria abertura do certame, não há que se falar em aplicação do art. 65, inc. II, alínea d, da Lei nº 8.666/93, uma vez que não há imprevisibilidade do fato e de suas conseqüências, pois, para tanto, é necessário que a situação seja futura, nunca atual ou pretérita (daí o uso do verbo "sobrevier").

3. Também não cabe a aplicação do § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos porque, na hipótese em exame, o tributo não foi criado, alterado ou extinto depois da apresentação da proposta, mas sim antes da própria publicação do edital.

² Idem.

4. Recurso especial provido.

(RESP 686343 MG 2004/0065232-4, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 18/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/09/2009).

Considerando o que consta nos autos em epígrafe, observamos que não há absoluta identidade entre as circunstâncias de fato na comparação entre o caso ora analisado e o caso que deu origem ao precedente, fato que na Teoria dos Precedentes Judiciais autoriza a utilização do instituto “distinguishing”.

No presente caso, a elevação do tributo se deu após a publicação do edital do certame. E mais, a lei complementar estadual que veiculou tal elevação do ICMS previa uma “vacatio legis” de 90 dias. Assim, tal lei entrou em vigor apenas em 26 de março de 2012.

Denomina-se *vacatio legis* o período de tempo que se estabelece entre a publicação e a entrada em vigor da lei. A lei não produzirá efeitos durante a *vacatio legis* (artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil), incidindo a lei anterior no sistema.

Desse modo, por não produzir efeitos, a empresa requerente não poderia ter formulado proposta com base na nova alíquota de ICMS, nem poderia cobrar do Estado valores referentes ao aumento do tributo, que só seria efetivado em data futura.

Não há como aferir se a empresa requerente efetivamente utilizou, ou não, a nova alíquota na formulação de sua proposta.

Os contratos, inclusive os administrativos, são regidos pelo princípio da boa-fé. Presume-se que, durante a execução dos contratos, o Estado e as empresas contratadas agirão de acordo com a boa-fé objetiva, velando pela lealdade e ética contratual.

Até mesmo pelo fato de que a lei foi publicada poucos dias antes da apresentação da proposta e pelo fato de que tal lei ainda encontrava-se sem produzir efeitos no mundo jurídico, razoável acreditar na alegação da empresa contratada de que a proposta foi formulada de acordo com a alíquota anterior (25%).

Desse modo, o aumento inesperado e não sabido da alíquota para 30% alterou as condições da proposta e do contrato administrativo, gerando a obrigação para o Estado de recomposição do preço do serviço contratado, para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A estabilidade econômico-financeira (proporcionalidade entre encargo/remuneração) é uma garantia que também existe nos pactos privados, mas que incide com maior ênfase nos contratos administrativos, já que o particular contratado está mais vulnerável ao *ius variandi* decorrente das prerrogativas do ente contratante, como p. exemplo, aumentar tributos.

A não observância dessa relação de proporcionalidade acarreta prejuízos para os dois entes contratantes, já que, tanto o particular não obterá o lucro previsto para realizar a atividade, como a Administração

Pública não terá também um serviço eficiente e completo a seu alcance, prejudicando, dessa forma, o interesse coletivo.

O próprio artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República assegura, ao contratado, a manutenção das condições efetivas da proposta.

Assim, desde que a contratada demonstre, inequivocamente, através de planilha financeira detalhada, o exato aumento de custo decorrente do aumento de ICMS, entendo que é devido a repactuação contratual.

Na planilha supracitada deverão constar separadamente todas as despesas decorrentes da execução dos serviços (equipamentos, materiais de consumo, salários, etc), para que se visualize qual foi o exato impacto financeiro do aumento de 5% do ICMS.

Por todo exposto, opino pela possibilidade de recomposição de preços conforme solicitado pela empresa requerente, desde que fique comprovada a exata repercussão do “fato do príncipe” na equação econômico-financeira do contrato administrativo.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PGE, em Manaus (AM), 13 de novembro de 2012.

LEANDRO VENICIUS FONSECA ROZEIRA

Procurador do Estado

PROCESSO Nº 5.793/2012-PGE

INTERESSADA: Universidade do Estado do Amazonas - UEA

ASSUNTO: Consulta sobre reequilíbrio econômico-financeiro, em face de aumento de alíquota de tributo.

DESPACHO:

Acolho o Parecer nº 197/2012-PA-PGE, subscrito pelo Dr. Leandro Venicius Fonseca Rozeira, Procurador do Estado, que orienta pela possibilidade de concessão de reequilíbrio econômico financeiro do contrato, condicionado à demonstração analítica da repercussão da majoração da alíquota de ICMS sobre os custos que compõem a planilha orçamentária da execução dos serviços.

Insta frisar que a matéria apresenta, de fato, elevado grau de complexidade, uma vez que ausente o requisito da imprevisibilidade. Todavia, é de se ponderar, em acréscimo aos aspectos mencionados no Parecer, que a inclusão antecipada dos referidos custos na planilha de preços, exigida no certame licitatório, ou seja, antes da entrada em vigência da lei que autorizou a majoração do tributo, geraria ônus desnecessário e excessivo para a UEA desde a contratação. Nessa senda, é de se entender pela obrigatoriedade de pagamento do novo encargo somente quando de sua efetiva exigibilidade.

Ao Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 14 de novembro de 2012.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 5.793/2012-PGE

INTERESSADA: Universidade do Estado do Amazonas.

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato nº 004/2011.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 197/2012-PA/PGE, do Procurador do Estado Leandro Venicius Fonseca Rozeira, acolhido com acréscimo pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dr.^a Heloysa Simonetti Teixeira.

DEVOLVAM-SE os autos à UEA.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 19 de novembro de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JUNIOR
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 6.469/2012-PGE**INTERESSADA:** Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos.**ASSUNTO:** Exigência de CNDT em Contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei.**PARECER Nº 207/2012-PA/PGE****ADMINISTRATIVO. CONTRATO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS. PRORROGAÇÃO. NATUREZA CONTÍNUA.**

A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, como documento de habilitação jurídica, não se constitui somente exigência de regularidade fiscal, mas se impõe como mecanismo de mitigar a responsabilidade subsidiária do Ente Público, por débitos trabalhistas não honrados pelas empresas contratadas.

Em relação aos contratos em andamento, que tenham como objeto serviços contínuos, com dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração pode exigir a apresentação da CNDT como condição para prorrogar, com suporte no princípio da razoabilidade, da vantajosidade, por conveniência e oportunidade, visando ao atendimento do interesse público.

Senhor Procurador-Geral

Por meio do ofício nº 1062/2012-GAB/SECEX/SEJUS, o Secretário Executivo da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos, Cel PM Louismar de Matos Bonates, aguarda manifestação acerca da legalidade, ou não, de exigência de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, nos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 12.440/2011.

A consulta tem por objetivo esclarecer a situação da empresa Auxílio Agenciamento de Recursos Humanos e Serviços Ltda, exposta por meio de correspondência ao Representante daquela Pasta, acerca da exigência da CNDT para os contratos já firmados com o Estado do Amazonas, uma vez que tal exigência não “compunha os editais de licitação que deram origem aos contratos”.

Instruem os autos: ofício nº 1062/2012-GAB/SECEX/SEJUS; carta da empresa Auxílio Agenciamento de Recursos Humanos Ltda; Manifestação nº 378/2012-AJURI.

A empresa Auxílio Agenciamento de Recursos Humanos enviou correspondência à SEJUS com o intuito de obter resposta acerca da exigência, ou não, de Certidão Negativa de Débito Trabalhista referente aos contratos que celebrou com o Estado do Amazonas, Contrato nº 006/2008, Contrato nº 015/2009, Contrato nº 010/2010, Contrato nº 001/2011 e Contrato nº 003/2011, para prestação de serviços nas Unidades Prisionais

– Unidade Prisional de Puraquequara, COMPAJ – Complexo Penal Anísio Jobim, UPI – Unidade Prisional de Itacoatiara, CPDM – Centro de Detenção Provisória de Manaus e IPAT – Instituto Penal Antônio Trindade.

A Contratada argumenta que a Lei n.º 12.440/2011, que passou a vigor a partir de janeiro de 2012, exige a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), para comprovação da regularidade de pessoas físicas e jurídicas perante a Justiça do Trabalho. Considerando que os contratos firmados com o Estado do Amazonas são anteriores à vigência da citada Lei, defende que tal exigência não se aplica a esses ajustes, uma vez que não constou do edital de licitação.

Ao final, arremata:

Assim, para que não paire dúvida acerca do assunto e para evitar que, de repente, se exija ilegalmente a CNDT nos contratos celebrados entre Auxílio Agenciamento de Recursos Humanos Ltda e a SEJUS para pagamento dos serviços já prestados, realiza-se a presente consulta, de modo que, solicita desta Secretaria a resposta para os seguintes questionamentos;

Diante do que estabelece a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, e a Lei nº 8.666/93, em seu art. 55, XIII, a Lei nº 12.440/2011, que instituiu a necessidade de apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, poderá ser aplicada em contratos anteriores à sua vigência? Se sim, a ausência de tal certidão poderá acarretar a suspensão/retenção do pagamento pelos serviços já prestados? (grifo original)

A Assessoria Jurídica da SEJUS, por meio da Manifestação nº 378/2012/AJURI, da lavra do Dr. Bruno Guterres A. F. Franco, entendeu pela impossibilidade de exigência da CNDT para os contratos celebrados pela Contratada.

É o sucinto relatório.

Em análise a alteração dos arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, introduzida pela Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, com reflexo direto sobre os editais de licitação e as contratações públicas.

A exigência, incluída dentre os documentos para habilitação jurídica nas licitações públicas, vem ao encontro da preservação do interesse público. Mais que um simples documento adicional, a isso está subjacente a tentativa de se evitar que empresas inadimplentes com suas obrigações trabalhistas sejam contratadas e, no futuro, causem prejuízos à Administração, gerando a responsabilização subsidiária do Estado por débitos trabalhistas.

No âmbito desta PGE, a matéria de fundo, responsabilização subsidiária do Estado, tem sido motivação de várias manifestações desta Casa. Citem-se: Promoção nº 38/2003-PEDF/PGE; Promoção nº 2/2010-

PE/DF; Promoção nº 33/2011-PA-PGE; Promoção nº 117/2011-PPT/PGE; Promoção nº 113/2011-PA-PGE, razão por que o tema merece exame com mais detença.

A fim de tornar mais claro o entendimento, transcrevo o texto legal sob enfoque:

TÍTULO VII-A DA PROVA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS TRABALHISTAS

Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.”

Art. 2º O inciso IV do art. 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.27 (...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

Art. 3º O art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

(...)

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.” (NR) (g/n)

Por seu turno, a redação original da Lei nº 8.666/93 traz a seguinte previsão:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

V – cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal](#).

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Comentando a Lei nº 8.666/93, calha colacionar as lições de Jessé Torres¹, ao afirmar que a norma legal (art. 27 a 30) deve ser compreendida em sintonia com o inciso XXI do art. 37, da CF/88. que exige a apresentação de documentos de qualificação técnica e econômica aos participantes em licitação indispensáveis ao cumprimento das obrigações a serem assumidas.

A habilitação do participante, aí inserida a regularidade fiscal,

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª. ed., p.19. Lumen Juris.

é indispensável como meio de garantir à Administração o cumprimento da obrigação sob o ponto de vista econômico, uma vez que determinada empresa comprometida com elevada monta de débitos fiscais pode inviabilizar a execução do objeto contratual.

Também em favor da relevância da exigência da regularidade fiscal pelas futuras contratadas com a Administração está o art. 195, §3º da Constituição Federal, que proíbe a contratação, pelo Poder Público, de empresas em débito com a seguridade social, o que implica impossibilidade de participar de licitação.

Dito isto, é de se considerar o caráter geral da norma. Tomando como norte as bem lançadas opiniões de Jessé Torres¹, a Lei nº 8.666/93 é classificada como norma geral *“toda disposição que se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais reitores da Administração Pública e os básicos arrolados como em seu art. 3º. Definindo-se princípio como proposição geral e abstrata que permeia e orienta todo o sistema de normas ou de conhecimentos a que se refere, não se compreenderá desrespeito a qualquer deles, sob pena de fraudar-se a diretriz magna de submeter à competição pública todos aqueles que pretendam contratar com a Administração.”*

Neste enfoque, o art. 27 e seguintes estão classificados na modalidade de “norma geral”, eis que tais exigências atendem aos princípios da legalidade e da isonomia, previstos constitucionalmente, de observância obrigatória por todos os Entes.

Em assim sendo, não subsiste dúvida acerca da regularidade da exigência da CNDT para as licitações estaduais posteriores à vigência da lei, visto que os dispositivos legais foram alterados.

Todavia, o problema levantado nesta consulta se circunscreve à exigência da CNDT para os contratos firmados antes da vigência da Lei nº 12.440/2011, ou seja, que já estão em andamento.

Em defesa da impossibilidade da exigência, os argumentos jurídicos consideram o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, que prevê “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, também os dispositivos da Lei nº 8.666/93, art. 41, que trata do princípio da vinculação ao edital, o art. 55, XII, que se reporta às condições de habilitação exigidas na licitação e o art. 66, que traz a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações na forma avençada (*pacta sunt servanda*).

Em outro sentido, está no cerne da questão a Súmula 331 do TST, da qual ressaí a responsabilidade subsidiária da Administração em relação às obrigações trabalhistas, nos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, não obstante a doutrina rechaçar tal entendimento e o assunto já ter sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93.

O art. 71, § 1º expressamente preconiza que a inadimplência do contratado concernente aos encargos trabalhistas não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento. Reconhecida a constitucionalidade do precitado parágrafo, restaria afastada a controvérsia quanto à subsidiariedade da responsabilidade do

Estado. Na prática tal não se operou de forma automática, apenas passou a se evitar a generalização da responsabilidade subsidiária da Administração, como outrora ocorria, isto porque somente seria reconhecida a responsabilidade subsidiária do Estado na hipótese de ausência da fiscalização na execução do objeto contratual.

É cediço que a Administração não se porta com o zelo desejável em matéria de fiscalização de contratos, por inúmeros motivos os quais não convém debater neste momento, o que dá ensejo a diversas irregularidades por parte do Contratado, sobretudo em relação ao cumprimento de seus deveres trabalhistas.

Em resumo, se a Administração não atuar de modo eficiente na fiscalização, em caso de inadimplência da Contratada no pagamento dos encargos trabalhistas de seus empregados, o Estado será chamado a honrar os compromissos.

Segundo o Prof. Sidney Bittencourt, reconhecendo que a Administração não dispunha de mecanismos sólidos para se precaver contra tal ocorrência, surgiu a exigência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, como um meio útil de se tentar coibir a inadimplência das empresas em relação a essas obrigações.

Nessa ótica, reconhece-se o espírito moralizador da norma, que contém em seu bojo um instrumento adequado para extirpar das contratações com a Administração empresas com o perfil de devedoras contumazes, que provocam a transferência para a Administração da responsabilidade pelo pagamento de suas obrigações trabalhistas.

Em comentário ao primeiro entendimento coligido, de fato, reconhece-se que os indigitados dispositivos legais aludidos autorizam a não exigência do documento para os contratos posteriores à vigência da Lei nº 12.440/2011. Em outras palavras, em se tratando de ajuste decorrente de licitação já homologada, cujo edital não exigiu a CNDT, não cabe à Administração cobrar a obrigação no momento da feitura do contrato.

No entanto, a meu ver, impõe-se refletir acerca de tal exigência, em se tratando de contratos cujo objeto é de trato sucessivo, com dedicação exclusiva de mão de obra, como é a situação que estes autos cuidam.

Estes ajustes podem ter seu prazo dimensionado para até 60 meses, na forma do art. 57, II, da lei n.º 8.666/93. No mesmo dispositivo, o §2º exige a prévia e autorizada justificativa da prorrogação. Entendido que essas prorrogações são, de fato, **renovações contratuais**, defendendo que, por ocasião das negociações travadas entre o Poder Público e a Contratada, com vistas a prorrogar, pode a Administração condicionar a apresentação da CNDT. Isto porque este é o momento em que a Administração negocia condições mais favoráveis à execução do contrato, principalmente porque há necessidade de se justificar as vantagens para a Administração. Tais condições de vantajosidade não estão adstritas somente às vantagens econômicas, ou seja, em relação ao preço. Também outras condições se permitem ser incluídas, em especial porque a renovação, ou não, se insere no âmbito do poder discricionário do administrador.

A vantajosidade abrange a economicidade, que se traduz no dever de eficiência. Para Marçal Justen Filho²,

A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. A economicidade consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico. Como os recursos públicos são extremamente escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público. Ele tem o dever de buscar todas as informações pertinentes ao problema enfrentado.

O princípio da economicidade adquire grande relevo na disciplina do exercício das competências discricionárias atribuídas ao Estado. O legislador não se encontra em condições de definir, de antemão, a solução mais adequada em face da economicidade. [...] Concede-se liberdade ao agente administrativo precisamente para assegurar que opte pela melhor solução possível, em face do caso concreto.

Na primorosa lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao fazer a distinção entre atos vinculados e discricionários:

“Atos 'discricionários', pelo contrário, seriam, os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p.67.

satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar³.

Assim, a Contratada em não concordando com as condições propostas pela Administração, pode se abster de prorrogar e, então, caberá a realização de novo certame licitatório. De outra mão, é preciso consignar que a exigência da CNDT, nas renovações, não se afigura prejuízo à Contratada, uma vez que esta possui o dever de cumprir suas obrigações trabalhistas, caso contrário, o prejudicado será o trabalhador, com o reflexo financeiro para o Estado, conforme restou demonstrado.

Importa frisar que a Administração possui a faculdade de manter o atual contrato ou realizar nova licitação. Não se está diante de um direito subjetivo do Contratado. Em assim sendo, ante o princípio da razoabilidade, deve a Administração decidir o que é mais conveniente ao interesse público. Sobreleva citar que este entendimento tem sido sustentado também em juízo por esta PGE, como no Mandado de Segurança nº 0715385-39.2012.8.04.0001, impetrado pela empresa Castelinho Refeições Ltda – ME.

Na mesma esteira cite-se a jurisprudência a seguir colacionada:⁴

A prorrogação do contrato administrativo em períodos iguais e sucessivos não é obrigatória. Assim o fará a Administração em atenção ao princípio da razoabilidade, conforme o que for mais conveniente para o interesse público. A decisão de prorrogar o contrato administrativo cabe à Administração, segundo critério da necessidade, da conveniência e da oportunidade. (TJ/SC, AC nº 2004.018051-9, Rel. Jânio Machado, j. em 24.01.2008).

Contrato de prestação de serviços. Renovação. Licitação. Como um dos requisitos do serviço é a continuidade de sua prestação, a autarquia previdenciária não precisa aguardar a extinção do contrato para abrir licitação para que outro contrato se faça. Ao abrir licitação para celebrar novo contrato de prestação de serviços, em substituição a outro prestes a expirar e não convindo à Administração prorrogar indefinidamente o existente, não ocorre violação do direito da contratada. (TRF 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 92.02.09182-0/RJ, DJ de 06.07.1993).

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 430.

⁴ *Apud* Mendes, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 8ª edição. Curitiba: Zênite, p. 867.

Corroboram o posicionamento aqui defendido, outros julgados, colhidos da petição de contestação na ação mandamental citada ao norte:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRORROGAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. O contratado não tem direito subjetivo (e menos ainda potestativo) de prorrogar contrato administrativo, de prestação de serviços de transporte, no caso celebrado com a Universidade Federal do Rio de Janeiro. UFRJ. Com o advento do termo contratual, sem a manifestação expressa, não se pode concluir pela renovação tácita ou automática do contrato. Artigo 57 da Lei nº 8.666/93. É faculdade da Administração decidir sobre a conveniência e oportunidade de uma nova prorrogação. No caso, a Administração de pronto fez novo pregão, e obteve acerto mais vantajoso. Apelação desprovida. (TRF 02ª R.; AC 0008429-69.2009.4.02.5101; Sexta Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Guilherme Couto; Julg. 30/01/2012; DEJF 06/02/2012; Pág. 267) LEI 8666, art. 57. (g/n)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E TRANSPORTE DE VALORES. PRORROGAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE QUE NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO DE NOVA EMPRESA E DE LESÃO AO DIREITO DA AGRAVANTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. Cuida-se de agravo de instrumento oposto em face de decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento. Pretendia a agravante que se determinasse, em sede de tutela antecipatória, a proibição de a Administração contratar nova empresa para o serviço antes prestado pela agravante, no intuito de assegurar a prorrogação do contrato anteriormente existente entre as litigantes. O contrato assinado entre as partes foi inteiramente cumprido e findo está o seu prazo de vigência. A prorrogação dos contratos administrativos é faculdade conferida à Administração pela Lei; faculdade esta de que deve lançar mão, ou não, o administrador, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade, balizado pelos princípios que regem a atividade da Administração Pública. Nesse caso, não cabe a interferência do Poder Judiciário. Inexistindo comprovação de irregularidade na contratação de nova empresa para a prestação de serviços em questão e ausente qualquer lesão a direito da agravante, não há que se falar prorrogação obrigatória do contrato administrativo. Agravo de

instrumento a que se nega provimento. (TRF 05ª R.; AGTR 0011361-52.2011.4.05.0000; PE; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha; Julg. 24/01/2012; DEJF 03/02/2012; Pág. 316). (g/n)

Na esfera administrativa, convém transcrever o entendimento do Tribunal de Contas da União:

9.2.3. justifique a conveniência de eventual prorrogação do Contrato 24/03 firmado com a empresa Cris Informática Ltda., demonstrando que o preço a ser praticado é o mais vantajoso. (Acórdão nº 771/2005 – Segunda Câmara)⁵.

Também impende citar que a discricionariedade no ato de prorrogação tem sido reconhecida por esta Casa, ao assentar que a Administração **pode** (ao invés de **deve**) prorrogar, avaliadas a oportunidade e a conveniência, presente o interesse público, do que é exemplo recente manifestação, por meio do Parecer nº 170/2012-PA-PGE, da lavra do Dr. Rafael Cândido da Silva, aprovado por essa Chefia máxima, assim ementado:

PARECER N.º 170/2012-PA/PGE

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE NATUREZA CONTÍNUA. PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL.

- Os contratos de serviço de natureza contínua podem ser prorrogados por sucessivos e iguais períodos, após demonstrada vantajosidade, até atingir o prazo máximo de sessenta meses.

Verificada a possibilidade de prejuízo ao interesse público, é possível a prorrogação excepcional por mais doze meses.

O raciocínio a ser feito é simples. A vantajosidade da prorrogação, entenda-se renovação, no contrato de natureza contínua, não se traduz apenas no atendimento ao interesse público sob seu aspecto econômico restrito ao preço cobrado, ao revés, devem ser consideradas as outras repercussões em relação ao contrato.

A exigência da CNDT se impõe pelo seu caráter moralizador e preventivo, conforme sobejamente demonstrado, sobretudo como

⁵ Conforme Furtado, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.583.

mecanismo hábil a inibir, ou pelo menos mitigar, a responsabilidade subsidiária do Estado, em casos de inadimplência do Contratado. Portanto, sendo juridicamente possível, com arrimo no art. 57, II e §2º, e no princípio da razoabilidade, torna-se, a meu pensar, conveniente e oportuno cobrar o referido documento a partir das prorrogações.

Nesse sentido, a empresa, se não concordar, terá o contrato expirado por implemento do prazo, e à SEJUS cumprirá realizar licitação.

O exame do segundo questionamento se preordena a fixar orientação no sentido da possibilidade, ou não, de retenção dos créditos, por serviços prestados, em face da irregularidade fiscal da Contratada.

Acerca do assunto esta PGE possui entendimento consolidado de que, em virtude dos julgados da Corte Superior de Justiça, não se entremostra indicado, juridicamente, reter os pagamentos pelos serviços prestados e atestados, em homenagem ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Com essa conclusão, registrei o seguinte despacho ao acolher o Parecer nº 130/2012-PA-PGE, no Processo nº 3.499/2012-PGE, de interesse da Casa Civil:

Acolho o Parecer nº 130/2012-PA/PGE, da lavra do Dr. Leandro Venícius Fonseca Rozeira, Procurador do Estado, que, conquanto reconheça o dever de pagar a Contratada, recomenda a aplicação das sanções administrativas cabíveis, por descumprimento de cláusula contratual, em consonância com a jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça. Remarque-se que o entendimento da Corte, em síntese, é no sentido de que a irregularidade fiscal se constitui descumprimento de cláusula avençada na forma do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93.

Em assim sendo, caberá aplicação das penalidades previstas contratualmente, sobretudo porque o objeto do contrato é essencial ao Estado, impossibilitando a rescisão.

Em que pese a impossibilidade de retenção dos créditos, à exceção das hipóteses de rescisão, com fundamento no art. 80, a SEJUS deverá instaurar processo administrativo, por inadimplemento contratual da contratada, para imposição de sanções. Acresça-se que a inexecução de cláusulas contratuais rende ensejo, também, à rescisão do contrato, na forma do art. 78, I, c/c art. 80, da Lei de Licitações e Contratos.

À conclusão, considerando os argumentos expendidos, encaminho o entendimento pela possibilidade de exigência da CNDT, nos contratos de execução continuada, a partir das prorrogações que venham a se efetivar e não recomendo a retenção dos créditos referentes a serviços prestados e atestados, em face de irregularidade fiscal. Insta remarcar, neste último caso, a necessidade de abertura do processo administrativo para aplicação de sanções, e/ou de rescisão.

É a minha opinião.

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO
AMAZONAS/PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA**, em Manaus, 5 de
dezembro de 2012.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora do Estado do Amazonas - Chefe/PA

PROCESSO Nº 6.633/2012-PGE

INTERESSADA: Secretaria do Estado de Justiça e Direitos Humanos.

ASSUNTO: Consulta atinente à exigência de Certidão Negativa de Débitos
Trabalhistas - CNDT em Contratos celebrados anteriormente à
vigência da Lei nº 12.440/2011.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 207/2012-PA/PGE, da Procuradora-
Chefe da Procuradoria Administrativa, Dr.^a Heloysa Simonetti Teixeira.

ENCAMINHEM-SE os autos à SEJUS.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 7 de dezembro de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JUNIOR

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 4467/2012 – PGE**INTERESSADA:** Christiane Pinto Gouveia de Menezes**ASSUNTO:** Redução da carga horária de trabalho**PARECER Nº 421/12-PPE/PGE****DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA DA SEDUC. PEDIDO DE REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.**

- Por não constituir benefício previsto em lei, não há como a Administração conceder a redução da carga horária solicitada, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Senhora Procuradora-Chefe,

Por meio do Ofício nº 1134-GSE/SEDUC, a ilustre Secretária de Estado de Educação e Qualidade do Ensino, Senhora Shirlei Alves Ferreira Henrique, encaminha a esta Casa, para fins de manifestação, o processo nº 011.17171.2012/Seduc de interesse da servidora Christiane Pinto Gouveia de Menezes, no qual solicita a redução de carga horária em 50% de suas atividades docentes.

A Interessada sustenta, no documento de fls. 04-PGE, que:

1. A Requerente, por meio de aprovação em concurso público realizado em 22 de maio de 2011, para provimento do cargo de professor 40 (quarenta) horas, ingressou em caráter efetivo no serviço público estadual em 23 de janeiro de 2012.

2. Conforme fazem prova certidão de nascimento e laudo médico em anexo, o menor DANIEL HENRIQUE PINTO GOUVEA DE MENEZES, nascido em 28 de maio de 2005, é filho da Requerente e portador de Síndrome de Down.

(...)

7. A esse respeito, o Estado de São Paulo, nos termos da proposta de emenda nº 15, de 2011, à Constituição local, avança quando permite ao servidor público, que cuide diretamente do portador de necessidade especial, reduzir em 50% (cinquenta por cento) sua carga horária de trabalho, sem prejuízo da percepção da remuneração integral. Confira:

(...)

Por ser dever do Estado assegurar assistência social a quem dela necessitar, através da realização de ações integradas, requer a Requerente a redução de sua carga horária de trabalho em 50% (cinquenta por cento), sem prejuízo do ganho de sua remuneração integral, com vistas a permitir sua participação efetiva no cuidado e educação do menor DANIEL HENRIQUE PINTO GOUVEA DE MENEZES, cuja condição especial exige na medida e grau correspondentes.

A Assessoria Jurídica da SEDUC, ao examinar a questão, foi desfavorável ao pleito, argumentando que:

Considerando a inexistência de regulamentação nas Leis nºs 1.778/1987 (Estatuto do Magistério do Estado do Amazonas), 2.871/2004 (Plano de Classificação de Cargos, Carreiras e Remuneração dos Servidores da SEDUC) e 3.432/2009 (Política Estadual de Atenção à Pessoa com Deficiência) e demais legislações no âmbito estadual acerca da jornada de trabalho diferenciada para os servidores públicos estaduais que possuam como dependente portador de deficiências físicas e/ou mentais, a fim de assegurar maior proteção e amparo a estes;

Considerando que a legalidade, como princípio da Administração, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso;

Ante o exposto, opinamos pelo indeferimento do pedido em tela, posto a sua carência de amparo legal. Contudo, sugerimos o encaminhamento dos autos em tela à Procuradoria Geral do Estado, nos termos do artigo 15, inciso V da Lei nº 1.639, de 30/12/1983, a fim de que esta venha a emitir pronunciamento no âmbito da Administração Estadual, dele somente podendo discordar o Governador do Estado, consoante o artigo 3º, caput da legislação correspondente.

No mesmo sentido, foi o posicionamento adotado pela SEAD (Parecer nº 1.754/2012), *in verbis*:

In casu, Christiane Pinto Gouveia de Menezes é professora com 40 (quarenta) horas na SEDUC, portanto, regida pela Lei 1778, de 08 de janeiro de 1987, que em nenhum momento se reporta à redução de carga horária para que o servidor público possa cuidar do portador de necessidade especial.

No mesmo sentido o artigo 60 da referida lei estabelece a jornada de trabalho dos professores especialistas, *in verbis*:
Art. 60 - A jornada de trabalho do Especialista de Educação será de até 40 horas semanais.

Registre-se por oportuno que a Lei 1.778, de 08 de janeiro de 1987, prevê de forma clara quais as licenças que a servidora poderá dispor em caso de doença em pessoa da família, vejamos:

DA LICENÇA POR MOTIVO DE DOENÇA EM PESSOA DA FAMÍLIA

Art. 108 - O membro do Magistério poderá obter licença por motivo de doença em parente consanguíneo ou afim até segundo grau, e do cônjuge ou companheiro, quando provado que a sua assistência pessoal é indispensável e não pode ser prestada sem se afastar da repartição.

Parágrafo único - A licença dependerá de inspeção por junta médica oficial e será concedida com vencimento ou remuneração integral até um ano, reduzida para dois terços quando exceder esse prazo.

Assim, pelas razões fáticas e jurídicas expostas, opino no sentido da impossibilidade de redução da carga horária da servidora Christiane Pinto Gouvea de Menezes por falta de amparo legal. Recomenda-se o retorno à oitiva da d. PGE, fls. 17-SEAD.

Até aqui, é o Relatório. Passo a opinar.

A Interessada é professora do quadro de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação e Qualidade do Ensino, a qual busca a redução de sua carga horária de trabalho em 50%, sem prejuízo do ganho da remuneração integral, pelo fato de seu filho menor ser portador de Síndrome de Down.

Fundamenta o seu pleito no art. 137-A da Proposta de Emenda à Constituição do Estado de São Paulo nº 15/2011, *in verbis*:

Art. 137 - A. O servidor público que seja responsável legal e cuide diretamente de portador de necessidade especial que, comprovadamente, necessite de assistência permanente, independente de estar sob tratamento terapêutico, terá redução de 50% (cinquenta por cento) de sua carga horária, sem prejuízo de sua integral remuneração.

Todavia, não encontro a previsão deste direito em nenhuma legislação baré (Constituição Estadual, Lei nº 1.778/87 – Estatuto do Magistério, Lei nº 2.871/04 – Plano de Classificação de Cargos, Carreiras e Remuneração dos Servidores da SEDUC e Lei nº 3432/09 – Política Estadual de Atenção à Pessoa com Deficiência), o que me faz opinar pelo indeferimento do pleito.

Além disso, encontro, como já mencionado pela SEAD, a jornada de trabalho fixada em 40 horas, *in verbis*:

Art. 60 - A jornada de trabalho do Especialista de Educação será de até 40 horas semanais.

Assim, por não constituir benefício previsto em lei, não há como a Administração conceder a redução da carga horária a servidor com filho portador da Síndrome de Down, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, justo porque a Administração Pública, em toda a sua atividade, está sujeita aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar. Em outras palavras: na Administração Pública não há vontade pessoal, sendo-lhe permitido fazer apenas o que a lei autoriza.

Não devo finalizar sem antes registrar a relevância social da matéria aqui tratada, o que me fez sugerir a sua análise por parte da Administração Pública (SEDUC) e, entendendo por viável, deve propor à Autoridade Máxima do Estado, Senhor Governador, a elaboração de projeto de lei.

Diante do exposto opino pelo indeferimento do pleito por falta de amparo legal, o que implicaria afronta ao princípio da legalidade.

É o parecer. S.M.J.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO – PPE/PGE, em Manaus - AM, 11 de outubro de 2012.

GLÍCIA PEREIRA BRAGA

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 4.467/2012-PGE (6148/2012-SEAD; 011.17171/2012-SEDUC)

INTERESSADAS: SEDUC / Christiane Pinto Gouvea de Menezes

ASSUNTO: Redução de carga horária. Pedido.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 421/2012-PPE/PGE, lavrado pela nobre Procuradora do Estado, Dra. Glícia Pereira Braga, por todos os seus bem lançados fundamentos.

À superior consideração do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO, em Manaus (AM), 11 de outubro de 2012.

ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA

Procuradora-Chefe da PPE/PGE

PROCESSO Nº 4.467/2012-PGE

INTERESSADA: Christiane Pinto Gouvea de Menezes.

ASSUNTO: Consulta sobre redução de carga horária de trabalho

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 421/2012-PPE/PGE, da Procuradora do Estado Glícia Pereira Braga, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, Dr.^a Ellen Florêncio Santos Rocha.

DEVOLVAM-SE os autos à SEDUC.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 16 de outubro de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 2212/2012-PGE (3363/2012 - SEAD; 373/2012 - SEC)**INTERESSADAS:** Secretaria de Estado de Cultura-SEC e Carlakysssa Anjos Chinelato**ASSUNTO:** Pedido de licença para tratamento de interesse particular formulado por servidor integrante do Quadro Suplementar a que se refere a Lei nº 2.624/2000.**PARECER N.º 309/2012-PPE/PGE-AM****EMENTA: SERVIDOR INTEGRANTE DE QUADRO SUPLEMENTAR OBJETO DA LEI N.º 2.624/00. DIREITOS E DEVERES.**

1. Os direitos e deveres dos servidores integrados em Quadro Suplementar por força da Lei nº 2.624/00 se restringem, em regra, às normas fixadas pela própria Lei.
2. Entretanto, desde que demonstrada a igualdade de situações e do motivo da norma, e observado o princípio da razoabilidade dos atos do Poder Público, pode-se legitimamente assegurar, à luz da analogia *legis* e sem temor de favorecimento ilícito ou desacato ao princípio da legalidade, a extensão, aos servidores públicos nessa situação, algumas das regras constantes da Lei nº 1.762/86 que não hajam sido referidas na Lei n.º 2.624/00;
3. O ato de concessão de licença para tratar de interesses particulares é discricionário, cabendo ao Administrador decidir, por critério de conveniência e oportunidade, mérito do ato administrativo, sobre o deferimento ou não do pedido formulado pelo(a) servidor(a).

Senhora Procuradora-Chefe

A Interessada, integrada pelo Decreto nº 21.712, de 23.02.2001, no cargo de Assistente Técnico do Quadro Suplementar da Secretaria de Estado da Cultura, por força da Lei nº 2.624, de 22.12.2000, atualmente lotada na Diretoria Técnica do Centro Cultural dos Povos da Amazônia, requer ao Titular daquele Órgão a concessão de licença para Tratamento de Interesses Particulares por um período de 10 anos, a contar de 1º/05/2012 (fl. 04-PGE/AM).

A Assessoria Jurídica da SEC opinou pelo deferimento do pedido, havendo os autos chegado ao exame desta d. Casa de Procuradores por solicitação do Titular daquela Pasta (fl. 08/09-verso/PGE/AM).

Considerando-se a disciplina legal insculpida no inciso II, do § 4º, do artigo 3º da Lei Orgânica da PGE, e, ainda, as finalidades e competências da SEAD fixadas na Lei Delegada n.º 75/2007, o processo foi encaminhado à SEAD para receber a necessária manifestação, sendo que a sua d. Consultoria Jurídica, por meio do Parecer nº 1.079/2012-CJ/SEAD,

opinou, também, pelo deferimento do pedido, e o fez com azo em manifestações favoráveis da PGE/AM levadas a termo em processos onde se discutiam casos semelhantes (fls. 10/12 e 14/16).

Em síntese, é o relatório.

A Lei nº 2.624, de 22.12.2000, que dispõe sobre a integração dos servidores em Quadro Suplementar, estabelece que os servidores que pertenciam ao regime especial instituído pela Lei nº 1.674/84 ou admitidos na forma do § 1º do art. 108 da Constituição do Estado passam a integrar o Quadro Suplementar do Poder correspondente, transformando as funções que desempenhavam em cargos, havendo estendido, também, sua aplicação, aos servidores regidos pela CLT que contassem, à data de sua publicação, com mais de cinco anos de serviço público continuado.

O artigo 3º da referida Lei estabeleceu que:

“Art. 3º - Os servidores de que trata esta Lei serão regidos pelo disposto nos artigos 54, I, II, VII e VIII; 55, I; 56, I, II, III, IV, V e XI; 57 e 58; 60, 61, 62, 64; 65, I, II, III e IV; 68 a 74; 80 e 81; 83 a 89; 90, I, V, VI, X e XI; 91 a 93; 100 a 110; 113 e 114; 118 a 127; 131 a 138; 144 a 148; 149; 150; 151 a 155; 156, I, II, III e IV, primeira figura; e 157 a 201, todos da Lei n.º 1.762, de 14 de novembro de 1986.”

Das disposições legais acima transcritas, vê-se que os servidores regidos pela Lei nº 2.624/00 possuem um regime jurídico próprio, *sui generis*, uma vez que a referida Lei não os integrou no regime estatutário, havendo estabelecido apenas que esses servidores serão regidos pelas normas legais do Estatuto que ela mesma disse quais são.

Merece destaque, ainda, o fato de que os cargos atualmente ocupados por esses servidores não poderão mais ser providos quando de suas aposentadorias, visto tratar-se de Quadro Suplementar.

Assim, numa primeira análise a respeito desses dispositivos legais, a ilustre Procuradora do Estado, Sra. Ana Eunice Carneiro Alves, por meio do Parecer nº 099/05-PPE/PGE/AM (Processo nº 1028/05-PGE/AM), firmou conclusão no sentido de que os direitos e deveres dos servidores integrados em Quadro Suplementar por força da Lei nº 2.624/00 se restringiam às normas fixadas pela própria Lei, opinando, assim, pelo indeferimento de pedido de concessão de licença para tratamento de interesses particulares formulado por servidor apanhado por tal disciplina legal.

Entretanto, no mesmo Processo, ainda no ano de 2005, examinando pedido de reconsideração formulado pelo Interessado, dita Procuradora do Estado modificou o seu entendimento, por entender que o exame sobre a possibilidade de concessão daquela licença aos servidores integrados em Quadro Suplementar haveria de se dar não só adstrito ao princípio da legalidade, mas também, ao princípio da igualdade, já que esses princípios representam, inquestionavelmente, os postulados da relação entre a Administração e o administrado.

Restou dito, em síntese, ali, ser possível, “*em razão de seu caráter excepcional, a concessão desse tipo de afastamento para os servidores integrados em Quadro Suplementar por força do que dispõe a Lei n.º 2.624/00, na medida em que essa excepcionalidade só é possível em vista da inexistência de ônus para a Administração ou de qualquer direito suplementar para o servidor. Não é demais repetir, o afastamento se dará sem ônus para a Administração e o período do afastamento não será computado para nenhum fim, já que suspenso o vínculo do servidor com a Administração*”.

Por essa razão, e atenta ao princípio da isonomia, e, sobretudo, em razão do caráter excepcional da licença em questão, reconsiderou-se a conclusão firmada no Parecer n.º 099/05-PPE/PGE, para definir que, “*em razão de a licença para tratamento de interesses particulares não importar em ônus para a Administração Pública, já que tal afastamento se dará sem remuneração e o período correspondente não será computado para qualquer fim, pode o Administrador, consultando critérios de conveniência e oportunidade, conceder ao servidor integrado em Quadro Suplementar por força do que dispõe a Lei n.º 2.624/00 o afastamento do exercício das atribuições de seu cargo, sem remuneração, pelo período a ser fixado no ato concessivo.*”

Concluindo o raciocínio, restou dito ali que, “*a ausência de dispositivo legal específico poderá ser suprida, em face da excepcionalidade da licença, sem agravos ao princípio da legalidade, à luz da analogia legis, aplicando-se as disposições legais constantes do artigo 75 da Lei n.º 1.762/86*”.

O referido Parecer foi aprovado pela d. Chefia desta Especializada, sendo essa então a orientação que, **regra geral**, deve ser seguida pela Administração Pública do Estado do Amazonas, observando-se, para tanto, que:

- (1) a licença para o trato de interesses particulares suspende o vínculo laboral mantido com a Administração Pública e se dá sem pagamento de salários;
- (2) o período correspondente não deve ser levado em conta para qualquer efeito;
- (3) O servidor deve aguardar em exercício a avaliação de seu pedido de licença e somente se afastar do cargo após o respectivo ato de concessão;
- (4) Finda a licença o servidor deverá reassumir o cargo de imediato.

Note-se, entretanto, que o caso *sub analisis* parece fugir à regra geral. Senão vejamos:

Consta dos autos à fl. 09/verso, despacho exarado por Sua Excelência, o Senhor Secretário de Cultura do Estado do Amazonas, donde sobressai afirmação taxativa acerca da necessidade de serviço naquela Pasta que exige, inclusive, a realização de concurso público.

Com efeito, fulcrados no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, poder-se-ia pensar que as razões declinadas acima são suficientes ao indeferimento de plano do pedido de concessão de licença para o trato de assuntos particulares.

Todavia, este simplório argumento de “falta de servidores”, por mais verdadeiro que seja, se nos afigura absolutamente genérico e não suficiente ao indeferimento do pleito *sub analysis*. Para tanto, necessário se faz uma motivação sólida, clara e aceitável, com descrição concreta e detalhada, e, em especial, relativamente à servidora postulante, Sra. Carlakyssia Anjos Chinelato, haja vista que falta de pessoal é argumento que serviria como justificativa em qualquer repartição pública municipal, estadual e federal para podar ou suspender direitos de funcionários, diante de urgente necessidade de contratação de pessoal em todos os setores.

Ressalte-se que o ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado. Decisões genéricas, abstratas e baseadas em critérios absolutamente subjetivistas, são sem dúvidas, atos ilegais e arbitrários do Administrador, contrários, portanto, aos postulados de um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

De outro modo, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público deve ser pautada no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, incumbindo ao Administrador ponderar os interesses em jogo, uma vez que o particular deve ser reconhecido como um ser social possuindo legítimas prerrogativas individuais.

Assim, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, deve o Administrador Público buscar alcançar uma solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convenciamos chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública¹.

A par desses argumentos, podemos concluir:

(1) em que pese não haver, em princípio, óbices jurídicos ao deferimento do pleito, a matéria encerra caráter eminentemente de mérito administrativo, logo, a concessão da licença sem remuneração à servidora CarlaKyssia Anjos Chinelato, integrada em Quadro Suplementar por força do que dispõe a Lei nº 2.624/00, deve ser compatibilizada com o interesse da Administração em aferir a oportunidade e conveniência de permitir o seu

¹ BINENBOJM, Gustavo. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007, p. 151.

afastamento do exercício das atribuições de seu cargo, sem remuneração, pelo período a ser fixado no ato concessivo;

(2) havendo regra prevendo direito à licença para o trato de assuntos particulares, deve a Administração, ao negar – se este for o caso –, agindo sob a ótica do regime administrativo, **motivar consistentemente o ato**, se, de fato, restar comprovada a partir de dados analíticos a real necessidade de serviço e/ou o risco na continuidade do serviço público prestado pela SEC, fatos que somente poderão ser demonstrados e avaliados pela própria Secretaria Consulente.

É o parecer, *sub censura*.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em Manaus, 06 de agosto de 2012.

RUTH XIMENES DE SABÓIA

Procuradora do Estado do Amazonas

PROCESSO Nº 2212/2012-PGE (3363/2012-SEAD; 373/2012-SEC)

INTERESSADAS: SEC / Carlakissia Anjos Chinelato

ASSUNTO: Licença para tratamento de interesse particular. Pedido.

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 309/2012-PPE/PGE, lavrado pela nobre Procuradora do Estado, Dra. Ruth Ximenes de Sabóia, por todos os seus bem lançados fundamentos.

Destaco, por oportuno, que consoante precedentes desta Especializada, embora aos servidores pertencentes ao quadro suplementar regidos pela Lei nº 2.624/2000 não haja sido estendido o direito à licença para tratamento de interesse particular, sob o ponto de vista estritamente legal, é de ser-lhes concedido esse benefício, em razão de sua excepcionalidade, fundamentada a concessão nos princípios da isonomia e da razoabilidade.

Fixada a possibilidade, em tese, de concessão à interessada de licença para trato de interesse particular, é de se observar, como o fez a digna Parecerista, que o culto titular da Secretaria consulente afirma taxativamente a necessidade de servidores naquela Pasta, estando o órgão em vias de realização de concurso público.

Assim, o pedido poderá ser atendido, como visto, mas também poderá ser indeferido, *se restar comprovada a real necessidade de serviço e/ou o risco na continuidade do serviço público prestado pela SEC*, circunstâncias estas que só podem ser avaliadas e certificadas nos autos, em caso de negativa, pelo titular da Secretaria, inclusive quanto ao período solicitado – 10 anos.

Devem os autos ser encaminhados para a SEC, portanto, para a manifestação de seu titular.

À superior consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUÁRIO/PGE, em Manaus(AM), 9 de agosto de 2012.

ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
Procuradora-Chefe da PPE/PGE

PROCESSO Nº 2.212/2012 – PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado de Cultura - SEC

ASSUNTO: Consulta sobre pedido de licença para tratamento de interesse particular formulado por Carlakysia Anjos Chinelato

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 309/2012-PPE/PGE, da Procuradora do Estado Ruth Ximenes de Sabóia, acolhido com acréscimos pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, Dr.^a Ellen Florêncio Santos Rocha.

DEVOLVAM-SE os autos à SEC.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 16 de outubro de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
Procurador-Geral do Estado

***TRABALHOS
FORENSES***

**MEMORIAIS DAS INFORMAÇÕES APRESENTADAS PELO
GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS NA ADI Nº 4.832
(LEI DE INCENTIVOS FISCAIS DO ESTADO DO AMAZONAS)**

Quem conheceu o clima político econômico brasileiro anterior a 1967, sabe a expectativa que cercou a criação da Zona Franca de Manaus, como pólo de desenvolvimento, tendo por objetivo estimular a fixação do homem, atrair capitais, consumir matéria-prima local, criar um centro industrial e econômico-demográfico na região. Com isso, lançaram-se bases e meios propícios ao estabelecimento objetivo de condições concretas, de estável ocupação do território, tendo em vista também a segurança nacional.

Daí o espírito estimulante da vasta e ampla legislação que veio implantar tais objetivos, implicando sacrifícios à União e até a Estados alheios à região, a bem da realização daqueles desígnios. O desenvolvimento da Amazônia foi, nesse momento, qualificado, acertadamente, como “de interesse nacional”¹.

I – SÍNTESE DA AÇÃO DIRETA PROPOSTA:

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO ingressou com a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando os preceitos da Lei nº 2.826, de 29 de setembro de 2003, e do Decreto nº 23.994, de 29 de dezembro de 2003, editados pelo Estado do Amazonas, para regular a política estadual de incentivos fiscais e extrafiscais do Estado do Amazonas, em especial aqueles que (i) concedem crédito estímulo às indústrias; e (ii) autorizam a formação do denominado “corredor de importação”.

Segundo a inicial, tais incentivos foram concedidos unilateralmente pelo Estado do Amazonas, sob o entendimento de que os artigos 40 e 92, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e 15, da Lei Complementar 24/75 autorizaram “a concessão de benefícios e incentivos fiscais relativos à Zona Franca de Manaus, sem a necessidade de autorização do CONFAZ”.

Defende-se, outrossim, que “a menção expressa a 'incentivos fiscais', presente na disposição do artigo 40, do ADCT, só pode guardar relação com os 'incentivos fiscais' presentes na norma de criação da Zona Franca de Manaus (DL 288/67), *que, por sua vez, só pode dizer respeito com a ordem de benefícios fiscais (em sua acepção ampla) dos tributos federais*, pois se fosse de modo diverso, a expressividade para alcançar os tributos estaduais, deveria, também, estar presente.”

¹ ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. Isenção para vendas para a ZFM – Finsocial e imposto sobre transporte. *Revista de direito tributário*. n. 41. Revista dos Tribunais, jul.-set./1987, p. 206-207.

II – DAS RAZÕES PARA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO:

II.1 – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA ZONA FRANCA DE MANAUS:

No atual sistema tributário nacional, a manutenção da Zona Franca de Manaus foi expressamente assegurada até o ano de 2023 pelos arts. 40 e 92 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Brasileira.

É importante observar que as regras inseridas no ADCT, apesar de temporárias – assim entendidas aquelas que, já “ao nascer”, tem prefixado um prazo de vigência limitado, seja pelo anúncio expresso de sua provisoriedade, seja por estar sua vigência condicionada a determinadas circunstâncias –, encontram-se no mesmo nível que as normas constantes do corpo permanente da Constituição, ou seja, não sendo em nada diferentes destas no que respeita à sua força, carecendo, como estas, de um tratamento científico, qual seja o correto uso das regras de interpretação.

A interpretação dos art. 40 e 92 do ADCT reclama, pois, a utilização de regras próprias de hermenêutica constitucional de modo a não cercear o exercício dos direitos ali preservados.

Da combinação dos referidos artigos do ADCT, merecem destaque as previsões no sentido da: (i) manutenção da Zona Franca de Manaus; (ii) com sua característica de área livre de comércio, de exportação e importação e de incentivos fiscais; (iii) assim permanecendo até 2023.

Afora isso, a Constituição, nos arts. 40 e 92 do ADCT, manteve mais do que o simples texto da legislação vigente à data de sua promulgação. Com efeito, as referidas normas constitucionais têm duas dimensões:

a) uma, conservativa, voltada para a legislação existente à data da promulgação da Constituição, que impede a legislação superveniente de diminuir o alcance das normas definidoras do regime jurídico da ZFM existente àquela data;

b) e outra, dinâmica, que projeta efeitos em relação à legislação que vier a ser editada posteriormente à promulgação da CF/1988 (ou seja, no curso do prazo mencionado no art. 40 e prorrogado pelo art. 92 do ADCT).

II.2 – OS INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS:

A Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, determinava, no § 6.º de seu art. 23, que as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICM) somente poderiam ser “*concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar*”.

Assim, já no sistema constitucional anterior ao atual, para conceder isenção relativa ao citado imposto deveriam os Estados cumprir o seguinte rito: (i) primeiramente celebrar um convênio, no qual seriam fixados os termos para a concessão da isenção; (ii) depois conceder, nos termos fixados no convênio interestadual, a isenção, o que deveria ser feito por lei editada por cada unidade da Federação.

Para disciplinar a primeira fase de tal procedimento (a celebração do convênio interestadual), exigia o § 6.º do art. 23 da CF/1967 (com a redação estabelecida pela EC 1/1969) a edição de uma lei complementar, o que restou atendido com a promulgação da Lei Complementar nº 24, de 07.01.1975, que, segundo sua ementa, “*dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências*”.

Tal sistemática não foi alterada pela Constituição de 1988. O § 6.º do art. 150 da vigente Carta, logo após estabelecer que a competência exonerativa tributária tem a lei como instrumento hábil para seu exercício, traz o seguinte texto: “*sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g*”.

Assim, especificamente no caso do ICMS (art. 155, II, CF/1988), além do § 6.º do art. 150 da Constituição, há outro enunciado constitucional que delinea a produção normativa de exoneração tributária e segundo o qual a disciplina de benefício fiscal relativo ao citado imposto pressupõe consenso entre as unidades da Federação.

Essa é a regra geral no disciplinamento da matéria, o que não exclui a possibilidade de haver exceções e, no caso específico da Zona Franca de Manaus, há uma exceção expressa na Lei Complementar nº 24/75, mas, antes de se ingressar na análise dessa questão específica, cumpre demonstrar que tal norma foi recepcionada pela atual Constituição.

II.3 – A RECEPÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 24/1975 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988:

A Constituição de 1988, tal como a anterior, exige a edição de lei complementar para regular a forma como as deliberações interestaduais autorizadas de incentivos fiscais de ICMS serão realizadas, mas não foi editada uma nova lei complementar para regular a matéria em questão após a promulgação da CF/1988. A solução para tal problema encontra-se no próprio Texto Constitucional, mais precisamente no § 5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em que se prevê que “*... fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos § 3º e § 4º.*” (Grifouse).

Assim, por não ter sido editada, posteriormente à Constituição de 1988, uma nova lei complementar para regular a matéria em questão, e por ser a Lei Complementar 24/1975 compatível com o vigente Sistema Tributário Nacional, conclui-se ter sido a referida legislação recepcionada pelo atual sistema constitucional, permanecendo, pois, em pleno vigor para

regular a concessão ou revogação de incentivos fiscais no âmbito do ICMS².

Além disso, o próprio Texto Constitucional de 1988 a menciona expressamente, reconhecendo, assim, de modo explícito a sua recepção, consoante se infere da leitura do § 8º do art. 34 do ADCT, conforme reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes (**ADI-MC 902/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 03.03.1994, *DJ* 22.04.1994, p. 8941; **ADI-MC 1179/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 29.02.1996, *DJ* 12.04.1996, p. 11071; **ADI-MC 2376/RJ**, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 15.03.2001, *DJ* 04.05.2001, p. 3; STF, **ADI 1179/SP**, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 13.11.2002, *DJ* 19.12.2002, p. 69).

Assim, por todo o exposto, conclui-se que a CF/1988, ao fazer remissão, no seu art. 150, § 6.º, ao art. 155, § 2º, XII, g, manteve o requisito – já exigido no sistema constitucional anterior – de lei complementar para regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais referentes ao ICMS serão concedidos ou revogados. Tais competências exonerativas, por sua vez, continuam subordinadas às regras fixadas pela Lei Complementar 24/1975.

II.4 – O DIREITO DO ESTADO DO AMAZONAS DE CONCEDER EXONERAÇÕES DE ICMS SEM PRÉVIO CONVÊNIO:

A Lei Complementar 24/1975, que dispõe sobre os convênios para a concessão de incentivos fiscais de ICMS e foi recepcionada pela atual Carga Magna, ao regulamentar o art. 155, § 2º, XII, g, da CF/1988, assim dispôs em seu art. 15:

Art. 15. O disposto nesta Lei não se aplica às indústrias instaladas ou que vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus, sendo vedado às demais Unidades da Federação

² Nesse sentido, na doutrina: ARZUA, Heron. A questão da legitimidade dos convênios no ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 47. São Paulo: Dialética, agosto/1999, p. 130; BORGES, José Souto Maior. Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 6. São Paulo: Dialética, março/1996, p. 72-73; CARVALHO, Paulo de Barros. ICMS – Incentivos – Conflitos entre Estados – Interpretação. cit. p. 100 e 107-108; GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. *Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43 e 55; MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 337; ROTHMANN, Gerd Willi. A guerra fiscal dos Estados na (des)ordem tributária e econômica da Federação. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.) *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 478. Em sentido contrário é o entendimento de Fernando Facury Scaff, que sustenta a revogação (não-recepção) da Lei Complementar 24/1975 (O ICMS e a delegação de competência legislativa ao CONFAZ. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março/1994, p. 85-86).

determinar a exclusão de incentivo fiscal, prêmio ou estímulo concedido pelo Estado do Amazonas.

A primeira parte do dispositivo legal transcrito é enfática: o regramento estabelecido na Lei Complementar 24/1975 não alcança (i) as indústrias que, ao tempo da promulgação da referida legislação, já se encontravam instaladas na Zona Franca de Manaus, nem (ii) aquelas que, após o início da vigência da referida legislação e enquanto vigente esta, viessem a instalar-se naquela região.

Portanto, a própria lei que, em atendimento ao § 6.º do art. 23 da CF/1967 (com a redação dada pela EC 1/1969), regula a celebração dos acordos interestaduais necessários para a concessão ou revogação de incentivos referentes ao ICMS, exclui expressamente de sua aplicação os incentivos concedidos pelo Estado do Amazonas às indústrias da Zona Franca de Manaus.

Logo, o art. 15 da Lei Complementar 24/1975 dispensou o Estado do Amazonas da observância dos demais dispositivos da mesma lei, o que, por conseguinte, implica a possibilidade daquela unidade da Federação conceder, sem prévia autorização de convênio interestadual celebrado no âmbito do CONFAZ, incentivos fiscais de ICMS.

Em outras palavras, atua o citado art. 15 como exceção feita por lei à sistemática geral dos convênios interestaduais, limitando o âmbito de aplicação da Lei Complementar 24/1975 ao excluir expressamente a hipótese nele prevista do campo de incidência da lei em questão, por motivos de política fiscal.

Tal disposição, vale ressaltar, foi recebida pela Constituição Federal, pois embora o art. 155, § 2.º, XII, *g*, não contemple qualquer exceção – a exemplo do que já ocorria com o preceito contido na Constituição de 1967 –, o fato é que a interpretação sistemática da Constituição leva a um raciocínio diverso.

Com efeito, se o Texto Constitucional é um sistema, uma totalidade, devendo como tal ser interpretado, faz-se necessário, pois, verificar se há, na CF/1988 outras disposições – específicas em relação ao disposto no art. 155, § 2º, XII, *g* – que forneçam respaldo constitucional ao art. 15 da Lei Complementar 24/1975.

Ora, o referido dispositivo legal integrava, no ordenamento jurídico anterior à atual Carta Constitucional, o quadro de características da Zona Franca de Manaus, juntamente com o Decreto-Lei nº 288, de 28.02.1967.

Assim sendo, o art. 15 da Lei Complementar 24/1975 foi recepcionado pelo art. 40 do ADCT, que, manteve até 2023 (conforme art. 92 do ADCT) a “Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais” (grifo nosso).

Ora, entre as “características” que tipificam a Zona Franca destaca-se a disposta no art. 15 da Lei Complementar 24/1975, segundo o qual “o disposto nesta Lei não se aplica às indústrias instaladas ou que vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus”, tendo sido, pois, tal

característica recepcionada pela CF/1988 por força do comando contido no art. 40 do ADCT.

Nesse sentido é a lição de ÉLSON RODRIGUES DE ANDRADE, que, ao enumerar as conclusões a que chegou em estudo doutrinário sobre a ZFM, assevera que “*ao CONFAZ é defeso legislar sobre isenção ou revogação de ICMS relacionada com operações realizadas com as atividades da ZFM (art. 15 da Lei Complementar 24, de 7.1.75)*” e que “*todo o conjunto normativo informador da ZFM, inclusive as Leis Complementares 4, de 2.12.69 e 24, de 7.1.75, que constituíram normas de interação à Constituição de 1967-1969, foi recepcionado pelo art. 40 do ADCT da Constituição de 1988 (...)*”³.

Com efeito, a disposição do art. 15 da Lei Complementar 24/1975 somou-se aos incentivos fiscais previstos no Decreto-Lei nº 288, de 28.02.1967, para, destarte, ampliar o quadro de características inerentes à Zona Franca de Manaus.

Assim, a disposição do art. 15 da Lei Complementar 24/1975, apesar de não encontrar expressa guarida no art. 155, § 2º, XII, g, CF/1988, foi recepcionada pelos arts. 40 e 92 do ADCT, que, por serem específicos em relação àquele outro, sobre ele prevalecem no que disser respeito às situações por eles reguladas. Isto porque, consoante destaca MARCO AURÉLIO GRECO, a norma transitória é, por definição, incompatível com a norma permanente: “*Daí a necessidade de ser expressamente mantida no ADCT, até que ocorra o evento nela previsto que implique em seu desaparecimento*”⁴.

II.5 – IMPROCEDÊNCIA DO ARGUMENTO DE QUE OS INCENTIVOS DA ZFM SOMENTE SE REFEREM AOS TRIBUTOS ADUANEIROS:

Na sua petição, o Autor da presente ADI alega que a Zona Franca de Manaus seria apenas um “regime aduaneiro atípico”, com o que parece pretender sustentar que os incentivos referentes à citada área somente poderiam referir-se aos tributos ditos “aduanheiros”, isto é, incidentes sobre o comércio exterior.

Tal argumento, todavia, não resiste a uma simples leitura da legislação de regência da Zona Franca de Manaus, pois o art. 3.º do Decreto-Lei 288/1967 concede às operações de entradas de mercadorias estrangeiras na Zona Franca de Manaus não apenas isenção do Imposto

³ ANDRADE, Elson Rodrigues de. SUFRAMA – Incentivos fiscais – Art. 40 do ADCT. *Revista de Direito Tributário*. n. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro/1990, p. 182-183.

⁴ GRECO, Marco Aurélio. ICMS – Operações com destino à Zona Franca de Manaus – Interpretação do art. 40 do ADCT – Caráter conservativo e caráter dinâmico. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho/1993, p. 110.

de Importação (I.I.), mas também isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), *que não é um tributo aduaneiro*.

Também para demonstrar a improcedência do citado argumento esboçado pelo autor da presente ADI, registre-se que às operações de saídas de mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus é concedida isenção do IPI, nos termos do art. 9º do Decreto-Lei 288/1967.

Como se vê, é errônea a tese de que a Zona Franca de Manaus é apenas um “regime aduaneiro”, pois seu quadro de incentivos abarca outros tributos além daqueles relativos ao comércio exterior.

II.7 – IMPROCEDÊNCIA DO ARGUMENTO DE QUE O DECRETO-LEI 288/1967 SOMENTE SE REFERE A TRIBUTOS FEDERAIS:

Alega, ainda, o autor da presente ADI que as disposições do Decreto-Lei 288/1967 somente teriam relação “*com os tributos federais (imposto de importação, de exportação e sobre produtos industrializados), restando silentes, por qualquer disposição, acerca de incentivos da tributação estadual*” (Grifou-se).

Equívoca-se, também quanto a este aspecto, o autor desta ADI. E são dois os argumentos que evidenciam o erro em que incorre.

Primeiramente, há que se ressaltar que o art. 4.º do Decreto-Lei 288/1967, ao equiparar a uma exportação para o exterior a remessa de mercadorias de origem nacional, a ZFM acabou por desonerar tal operação do ICMS.

Ao estatuir que a citada equiparação é estabelecida “*para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor*”, quis o art. 4.º do Decreto-Lei 288/1967 submeter as operações com destino à ZFM ao *mesmo regime jurídico tributário* aplicável às exportações brasileiras para o exterior, consoante asseveram GERALDO ATALIBA e CLÉBER GIARDINO:

“Qual o efeito da equiparação? É atribuir ao ato equiparado o mesmo regime jurídico do equiparante. Assim, a operação da remessa de mercadorias à ZFM tem, desde então, para fins fiscais, os efeitos de uma exportação brasileira para o exterior”⁵.

Portanto, considerando que as operações de remessas de mercadorias com destino à Zona Franca de Manaus são, para todos os

⁵ ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. ICM – ZFM – Remessa de produtos *in natura* para a Zona Franca de Manaus – Equiparação a exportação. *Revista de direito tributário*. n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1988, p. 84.

efeitos fiscais, equivalentes a uma exportação brasileira para o exterior e considerando que todas as exportações são atualmente desoneradas do ICMS (art. 155, § 2º, X, a, CF/1988), conclui-se que todas as mercadorias remetidas para a ZFM são também desoneradas do referido imposto, pouco importando tratar-se ou não de produto industrializado, desde que as mesmas sejam enviadas para os fins de consumo ou industrialização naquela região ou reexportação para o estrangeiro.

Outro argumento para demonstrar que o Decreto-Lei 288/1967 também se referia a tributos de competência estadual é o disposto no art. 49, I, do Decreto-Lei 288/1967.

Segundo essa norma, ficou estabelecida como condição para que os incentivos fiscais da ZFM fossem aplicados que o Estado do Amazonas concedesse crédito fiscal de ICMS relativo a tais remessas. Dito de outro modo, a concessão pelo Estado do Amazonas de tal incentivo era pressuposto para a eficácia daqueles outros.

Tal crédito fiscal de ICMS concedido pelo Estado do Amazonas é qualificado como presumido (ou simbólico), pois, ao contrário dos créditos reais, não corresponde ao montante do imposto cobrado em operação anterior.

Como se vê, é errônea a tese de que a Zona Franca de Manaus, recepcionada pela CF/1988, somente se refira a tributos federais, pois até mesmo o Decreto-Lei 288/67 contempla disposições a respeito do ICMS.

II.8 – DO PRECEDENTE DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 310 E SUA RELEVÂNCIA:

O Autor da presente Representação de Inconstitucionalidade, ciente da relevância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da deliberação a respeito da Medida Cautelar na ADI 310-DF⁶, busca negar esse fato afirmando que objeto daquela controvérsia seria outro.

É evidente que o objeto daquela representação era outro, pois,

⁶ Eis a ementa do julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Convênios ICMS 1, 2 e 6, de 1990. Alegação plausível de ofensa ao artigo 40 do ADCT/88, que, em face da ponderação dos riscos contrapostos, oriundos da pendência do processo, aconselha a suspensão liminar dos atos normativos impugnados. Liminar deferida.

2. Ação direta de inconstitucionalidade de convênios interestaduais sobre o ICMS, celebrados em reunião do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária: litisconsórcio passivo dos Estados pactuantes. (STF, Pleno, ADI-MC 310/DF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 25.10.1990, DJ 16.04.1993, RTJ 146:1/21).

se fosse o mesmo, sequer se poderia cogitar da propositura da presente Ação Direta, haja vista o efeito vinculante e *erga omnes* que a liminar ali concedida possui.

Isso não obscurece, no entanto, que o fundamento utilizado pelo Pretório Excelso para reconhecer a plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade aproveita integralmente à discussão travada na presente demanda.

Com efeito, dentre os fundamentos da causa de pedir daquela Ação Direta se inseria a alegação de que “ao CONFAZ é defeso legislar sobre isenção ou revogação de ICMS relacionada com operações realizadas com as atividades da Zona Franca de Manaus (art. 15 da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975)”, conforme bem apontou o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em seu relatório.

Em seu voto, o Ministro pontuou que, para análise da alegada inconstitucionalidade, fazia-se “necessário o seu cotejo com preceitos subconstitucionais: em particular (...) o artigo 15 da Lei Complementar 24/75 que reservou aos convênios interestaduais a concessão de isenções de ICM, mas excluiu de sua aplicação *as indústrias instaladas ou que vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus, sendo vedado às demais Unidades da Federação determinar a exclusão de incentivo fiscal, prêmio ou estímulo concedido pelo Estado*”.

Ao reconhecer a plausibilidade da tese, inclusive à luz do art. 15 da LC 24/75, o Excelentíssimo Senhor Ministro Relator ponderou que, “constituída a Zona Franca de Manaus pelo conjunto de incentivos fiscais indutores do desenvolvimento regional e mantida, com esse caráter, pelas Disposições Constitucionais Transitórias, pelo prazo de vinte e cinco anos, admitir-se que preceitos infraconstitucionais reduzam ou eliminem os favores fiscais existentes parece, à primeira vista, interpretação que esvazia de eficácia real o preceito constitucional.”

Sua Excelência teve ainda a oportunidade de pontuar que, se “norma transitória mandou preservar, a título excepcional, por tempo determinado, o elenco pré-constitucional de incentivos à Zona Franca de Manaus, é razoável que não lhes possa opor normas de caráter permanente. As normas constitucionais transitórias se explicam precisamente pela necessidade, cujo único juiz é o constituinte, de subtrair temporariamente determinadas situações preexistentes à incidência imediata da nova disciplina constitucional permanente.”

O precedente em questão encampa, portanto, o entendimento no sentido de que (a) o art. 15 da Lei Complementar nº 24/75 foi recepcionado pelo Texto Constitucional de 1988 e que (b) ao CONFAZ falece competência para deliberar sobre os incentivos fiscais concedidos às indústrias da Zona Franca de Manaus. À vista disso, conclui pela plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade dos Convênios CONFAZ nºs 1, 2 e 6, pois neles houve deliberação a respeito do tema.

Dessas duas premissas decorre a conclusão no sentido de que, não estando a matéria sujeita à alçada do CONFAZ, cabe ao Estado do Amazonas conceder incentivos fiscais a suas indústrias de forma unilateral

e, ainda, que tais incentivos não podem ser questionados pelas demais unidades da Federação, *ex vi* do art. 15, *in fine*, da LC 24/75.

Resta claro, portanto, que o precedente firmado no julgamento da ADI-MC 310 possui, ao contrário do que se apregoa, relevância quanto ao mérito da presente causa, sendo que as teses ali consagradas descredenciam por completo as pretensões formuladas na exordial.

III – DA MANIFESTA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA CAUTELAR:

O entendimento jurisprudencial desse Supremo Tribunal Federal a respeito dos requisitos da medida cautelar em sede de ADI registra orientação no sentido de que “a suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive de preceitos consubstanciados em textos constitucionais estaduais, traduz medida cautelar cuja concretização deriva do grave exercício de um poder jurídico que a Constituição da República deferiu ao Supremo Tribunal Federal. A excepcionalidade dessa providência cautelar impõe, por isso mesmo, a constatação, *hic et nunc*, da cumulativa satisfação de determinados requisitos: a plausibilidade jurídica da tese exposta e a situação configuradora do *periculum in mora*. Precedente: ADIN 96 (Medida Liminar, DJ de 10.11.89).” (ADI 127-MC-QO, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 20.11.1989, DJ de 4.12.1992).

No que diz respeito ao requisito da relevância da arguição de inconstitucionalidade, as razões expostas nos tópicos precedentes revelam, *quantum satis*, a sua inocorrência na hipótese, pois é manifesta a recepção, pela ordem constitucional vigente, do art. 15 da Lei Complementar nº 24/75 e, por conseguinte, a constitucionalidade dos benefícios fiscais previstos na Lei nº 2.826, de 29 de setembro de 2003, e no Decreto nº 23.994, de 29 de dezembro de 2003, editados pelo Estado do Amazonas.

Outrossim, em relação ao *periculum in mora*, deve-se destacar inicialmente que as normas impugnadas estão em vigor há quase 10 (dez) anos e esse fato, embora não faça inadmissível o controle concentrado, revela que a aplicabilidade deles não se mostra apta a causar qualquer dano irreparável ou de difícil reparação, conforme já decidido por essa Corte (ADI 1.857-MC, rel. min. MOREIRA ALVES, j. em 27.8.1998, DJ de 23.10.1998).

Com efeito, a existência da Zona Franca de Manaus, a despeito das sistemáticas tentativas levadas a efeito no sentido de esvaziar o modelo, inclusive por meio da prática da chamada “guerra fiscal”⁷, jamais

⁷ Vale citar a recente proposição, pelo Governador do Estado do Amazonas, da ADI 4635/AM, por meio da qual são impugnados dispositivos do ordenamento jurídico paulista (arts. 84-B, III e 112 da Lei nº 6.374/89 e art. 1.º, XXIII, do Dec. 51.624/07, com a redação do Dec. nº 57.144, de 18/07/2011, e art. 26, I, do Anexo II, do Dec. nº 45.490/00), editados com a finalidade de atrair a indústria de “tablets” para aquele Estado.

se revelou como empecilho ao desenvolvimento de outras regiões do país, em especial do Estado de São Paulo, cuja pujança econômica fala por si só.

De outro lado, resta claro que a suspensão da eficácia das normas impugnadas colocaria em risco a própria viabilidade da Zona Franca de Manaus enquanto modelo de desenvolvimento econômico-social, pois a carga tributária a que estariam sujeitas as indústrias instaladas no Polo Industrial de Manaus (PIM) não gozaria de maior atratividade em relação a outros pontos do território nacional.

Logo se vê, portanto, que o *periculum in mora* inverso é, na espécie concreta, bem maior que o risco de ineficácia do provimento final em relação ao Estado de São Paulo.

Por todas essas razões, resta clara a inviabilidade de concessão da medida cautelar pleiteada.

IV – DA CONCLUSÃO:

Diante das razões expostas, o Governador do Estado do Amazonas reitera o pleito no sentido de que seja indeferido o pedido de medida cautelar, haja vista a ausência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, e de que sejam julgados improcedentes os pedidos para assim se declarar constitucionais os dispositivos legais impugnados.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 28 de agosto de 2012.

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR

Procurador-Geral do Estado

CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO

Procurador do Estado

MEMORIAIS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2012.000819-9

REQUERENTE: Associação dos Notários e Registradores do Estado do Amazonas.

REQUERIDO: Governador do Estado do Amazonas e Assembléia Legislativa do Amazonas.

Senhor Desembargador,

I – DOS FATOS:

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pela Associação dos Notários e Registradores do Estado do Amazonas – ANOREG/AM contra a Lei Estadual nº 3.698, de 26 de dezembro de 2011, que criou o Fundo Especial da Procuradoria Geral do Estado – FUNDPGE.

A referida ADI fundamenta-se, exclusivamente, na tese de que a lei estadual retromencionada padeceria de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, tendo em vista a disposição contida na alínea “d” do inciso IX do art. 71 da Constituição do Estado do Amazonas, segundo a qual compete privativamente ao Tribunal de Justiça propor ao Poder Legislativo “*as normas específicas para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços judiciais, notariais e de registro*”.

Sustenta a entidade autora da ADI em questão que a Lei Estadual nº 3.698/2011 teria afrontado o citado dispositivo da Constituição Amazonense, por tratar da matéria nele mencionada e não ter sido a proposta de lei que a originou oriunda do Poder Judiciário.

Tal argumentação, contudo, não resiste a uma análise, ainda que superficial da questão.

II – DA MANIFESTA AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA:

Sabe-se que a legitimidade conferida a certas entidades ou agentes para fins de propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade não é universal, *i.e.*, não permite o manejo de tais instrumentos para a discussão de quaisquer temas, mas somente daqueles que possuem especial relação de pertinência quanto à entidade ou às pessoas por ela representadas.

Segundo precedente do Supremo Tribunal Federal, “o requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.” (ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.12.1994, Plenário, DJ de 17-11-2006).

No caso sob exame, a Associação Autora ingressou com a presente demanda sob o argumento de que a norma impugnada teria

alterado a quantificação dos emolumentos, ao retirar do seu valor a parcela de 5% destinada ao Fundo Especial da Procuradoria Geral do Estado – FUNDPGE. A pertinência temática residiria, portanto, no alegado prejuízo que notários e registradores sofreriam em razão da diminuição do valor de seus emolumentos.

Sucedee que essa Egrégia Corte possui entendimento já consolidado, em decorrência da instituição do Fundo Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – FUNETJ (Lei nº 2.620/00, art. 3.º, V) e do Fundo Especial da Defensoria Pública do Estado do Amazonas – FUNDPAM (Lei nº 3.257/08, art. 3.º, III) no sentido de que as parcelas de, respectivamente, 10% e 5% incidentes sobre os emolumentos pela prática dos atos extrajudiciais destinadas àqueles fundos deveriam ser calculadas “por fora”.

Vale dizer: tais percentuais, por deliberação dessa Egrégia Corte, foram adicionados ao valor dos emolumentos e repassados aos usuários dos serviços notariais e registrais, de sorte que a sua implementação não trouxe qualquer prejuízo aos notários e registradores, pois seguiu inalterado o valor dos emolumentos que eram devidos.

Considerando que a mesma sistemática deve ser aplicada ao percentual de receita destinado ao FUNDPGE, resta claro que a implementação desta não trará, ainda que potencialmente, qualquer prejuízo aos associados da Autora, vez que o valor dos emolumentos devidos a notários e registradores não sofrerá qualquer redução.

Do exposto, não há a relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato.

II – DA IMPROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:

É por todos sabido que os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, tratando-se, no dizer do Supremo Tribunal Federal, de “serviço público não-privativo” (ADI 2602/MG, Rel. p/ Acórd. Min. Eros Grau, j. em 24.11.2005, DJ 31.03.2006, p. 6).

Afora isso, a jurisprudência do STF firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos (ADI-MC 2129/MS, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 10.05.2000, DJ 11.03.2005, p. 6).

No que diz respeito especificamente ao cerne da presente demanda, o art. 71 da Constituição do Estado do Amazonas assim dispõe:

“Art. 71. Compete, privativamente, ao Tribunal de Justiça:

(...).

IX – propor ao Poder Legislativo:

(...).

d) as normas específicas para a fixação dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços judiciais, notariais e de registro;
(...).”

Como se vê, a alínea “d” do inciso IX do art. 71 da Constituição do Estado do Amazonas atribuiu privativamente ao Tribunal de Justiça a legitimidade para instaurar o processo legislativo apenas no que tange à “**fixação de emolumentos** relativos aos atos praticados pelos serviços judiciais, notariais e de registro” (grifamos).

O referido dispositivo versa apenas sobre a **fixação** dos emolumentos, não sobre a **destinação** da receita auferida com a cobrança dos mesmos.

A fixação dos emolumentos diz respeito à definição da base de cálculo e alíquotas necessárias para a determinação do *quantum* a pagar. Já a destinação diz respeito ao emprego, à utilização, ao fim da verba arrecadada.

A Lei Estadual nº 3.698, de 26 de dezembro de 2011, ao criar o Fundo Especial da Procuradoria Geral do Estado – FUNDPGE, não dispôs, em nenhum dos seus oito artigos, sobre a fixação dos emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais. A única passagem da referida lei em que os tais emolumentos são mencionados é para dizer que uma parcela dos mesmos deverá ser destinada ao citado fundo, senão vejamos:

Art. 3º. Constituem receitas do FUNDPGE:

(...).

III – 5% (cinco por cento) oriundo das receitas incidentes sobre recolhimento de custas e emolumentos extrajudiciais;

(...).

Como se vê, tal dispositivo legal não versa sobre a fixação das custas e emolumentos extrajudiciais, pois não define nem a base de cálculo nem as alíquotas de tais exações.

Versa, isto sim, sobre a destinação de parte da citada receita, matéria que não é alcançada pela disposição restritiva da art. 71, inciso IX, alínea “d”, da Constituição Estadual.

Esse raciocínio com maior razão se impõe diante do fato de que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, **os percentuais destinados aos fundos especiais possuem a natureza jurídica de taxa pelo exercício do poder de polícia**, conforme revelam os seguintes julgados:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO V DO ART. 28 DA LEI COMPLEMENTAR 166/99 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. TAXA INSTITUÍDA SOBRE AS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO. PRODUTO

DA ARRECAÇÃO DESTINADO AO FUNDO DE REAPARELHAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O Supremo Tribunal Federal vem admitindo a incidência de taxa sobre as atividades notariais e de registro, tendo por base de cálculo os emolumentos que são cobrados pelos titulares das serventias como pagamento do trabalho que eles prestam aos tomadores dos serviços cartorários. Tributo gerado em razão do exercício do poder de polícia que assiste aos Estados-membros, notadamente no plano da vigilância, orientação e correição da atividade em causa, nos termos do § 1º do art. 236 da Constituição Federal.

2. O inciso V do art. 28 da Lei Complementar 166/99 do Estado do Rio Grande do Norte criou taxa em razão do poder de polícia. Pelo que não incide a vedação do inciso IV do art. 167 da Carta Magna, que recai apenas sobre os impostos.

3. O produto da arrecadação de taxa de polícia sobre as atividades notariais e de registro não está restrito ao reaparelhamento do Poder Judiciário, mas ao aperfeiçoamento da jurisdição. E o Ministério Público é aparelho genuinamente estatal ou de existência necessária, unidade de serviço que se inscreve no rol daquelas que desempenham função essencial à jurisdição (art. 127, caput, da CF/88). Logo, bem aparelhar o Ministério Público é servir ao desígnio constitucional de aperfeiçoar a própria jurisdição como atividade básica do Estado e função específica do Poder Judiciário.

4. Ação direta que se julga improcedente.

(ADI 3028, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel.(a) p/ Acórd. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-120, Divulg. 30-06-2010 Public. 01-07-2010).

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO III DO ART. 4º DA LEI Nº 4.664, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2005, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TAXA INSTITUÍDA SOBRE AS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO. PRODUTO DA ARRECAÇÃO DESTINADO AO FUNDO ESPECIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de polícia sobre as atividades notariais e de registro, ora para tonificar a musculatura econômica desse ou daquele órgão do Poder Judiciário, ora para aportar recursos financeiros para a jurisdição em si mesma.

O inciso IV do art. 167 da Constituição passa ao largo do instituto da taxa, recaindo, isto sim, sobre qualquer modalidade de imposto.

O dispositivo legal impugnado não invade a competência da

União para editar normais gerais sobre a fixação de emolumentos. Isto porque esse tipo de competência legiferante é para dispor sobre relações jurídicas entre o delegatário da serventia e o público usuário dos serviços cartorários.

Relação que antecede, logicamente, a que se dá no âmbito tributário da taxa de polícia, tendo por base de cálculo os emolumentos já legalmente disciplinados e administrativamente arrecadados.

Ação direta improcedente.

(ADI 3643, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. em 08/11/2006, DJ 16-02-2007, p. 134, RTJ 202-01/108, RDDT n. 140, 2007, p. 240).

Exatamente porque tais parcelas possuem natureza de taxa, a sua instituição não importa em modificar o valor dos emolumentos, conforme decidiu o STF no último dos precedentes citados, pois a fixação destes antecede logicamente a relação que se dá no âmbito tributário (taxa de poder polícia).

Como se trata, portanto, da instituição de um tributo, não há norma na Constituição Federal e, por simetria, na Constituição Estadual que contemple iniciativa reservada quanto à propositura de leis destinadas à sua instituição ou majoração, conforme reconhecido pela jurisprudência do STF:

“A análise dos autos evidencia que o acórdão mencionado diverge da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na matéria em referência. **Com efeito, não mais assiste, ao chefe do Poder Executivo, a prerrogativa constitucional de fazer instaurar, com exclusividade, em matéria tributária, o concernente processo legislativo.** Esse entendimento – que encontra apoio na jurisprudência que o STF firmou no tema ora em análise (RTJ 133/1044 – RTJ 176/1066-1067) – consagra a orientação de que, sob a égide da Constituição republicana de 1988, também o membro do Poder Legislativo dispõe de legitimidade ativa para iniciar o processo de formação das leis, quando se tratar de matéria de índole tributária, não mais subsistindo, em consequência, a restrição que prevaleceu ao longo da Carta Federal de 1969 (art. 57, I).” (RE 328.896, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-10-2009, DJE de 5-11-2009.) No mesmo sentido: ADI 352-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 29-8-1990, Plenário, DJE de 8-3-1991. (Grifou-se).

Ressalte-se que as normas constitucionais que dispõem sobre iniciativa privativa para a instauração de processo legislativo devem ser interpretadas restritivamente, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca” (STF, ADI-MC 724/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 07.05.1992, DJ 27.04.2001, p. 56).

Podem ser citados, no mesmo sentido, os seguintes julgados do STF: ADI-MC 776/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 23.10.1992, DJ 15.12.2006, p. 80; ADI-MC 2364/AL, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 01.08.2001, DJ 14.12.2001, p. 23.

Assim, considerando que a disciplina jurídica do processo de formação das leis estaduais tem matriz essencialmente constitucional, pois residem, no texto da Constituição Estadual – e nele somente –, os princípios que regem o procedimento de elaboração legislativa, inclusive aqueles que concernem ao exercício do poder de iniciativa das leis, e considerando que a disposição da alínea “d” do inciso IX do art. 71 da Constituição Amazonense deve ser interpretada restritivamente, tem-se a improcedência da presente ADI, razão pela qual falta à ação o indispensável requisito do *fumus boni juris* para a concessão da medida cautelar requerida.

III – PEDIDO:

Ante o exposto, demonstrada a ausência do *fumus boni juris* à vista da constitucionalidade da norma, aqui demonstrada de forma evidente, não merece guarida o pedido de medida cautelar, razão pela qual se espera por sua improcedência.

Respeitosamente,

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR

Procurador-Geral do Estado do Amazonas

FABIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS

Subprocurador-Geral do Estado do Amazonas

CARLOS ALEXANDRE M.C.M. DE MATOS

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado do Amazonas

CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO

Procurador do Estado do Amazonas

DOCTRINAS

AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO FISCAL (AINF): ANÁLISE DE SEUS ELEMENTOS E PRESSUPOSTOS

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho¹
Procurador do Estado

1. INTRODUÇÃO

Quando os agentes incumbidos das atividades de fiscalização tributária constatarem, no decorrer do referido procedimento, que o fiscalizado deixou de cumprir obrigação tributária, têm o dever de ofício de exigir não somente o cumprimento daquela obrigação, mas também de sancionar a infração ocorrida.

A Secretaria de Fazenda do Estado do Amazonas (SEFAZ/AM) utiliza um mesmo instrumento material para ambas as exigências, instrumento este que recebe a denominação de “Auto de Infração e Notificação Fiscal” (AINF), o qual, segundo o art. 237 do Código Tributário do Estado do Amazonas – CTE (instituído pela Lei Complementar nº 19, de 29.12.1997), será lavrado sempre que verificada qualquer infração à legislação tributária.

O presente estudo propõe-se a analisar, em suas linhas gerais, o Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), tal como disciplinado pela legislação tributária do Estado do Amazonas, que o qualifica como a peça básica do procedimento contencioso tributário-administrativo estadual².

2. AUTO DE INFRAÇÃO E LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

A grande maioria dos doutrinadores brasileiros procura estabelecer distinção entre lançamento tributário e ato impositivo de multa (usualmente conhecido como “auto de infração”): enquanto o primeiro seria ato impositivo de caráter *não-sancionatório*, relativo à cobrança de tributo, o

¹ *Doutor em Direito do Estado (Direito Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da SEFAZ/AM. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT) e do Conselho Científico da Associação Paulista de Estudos Tributários (APET).*

² *Nesse sentido é o disposto no art. 240 do CTE. No mesmo sentido é o disposto no art. 47 do Regulamento do Processo Tributário-Administrativo – RPTA (aprovado pelo Decreto nº 4.564, de 14.03.1979): “O Procedimento Contencioso Tributário-Administrativo tem como peça básica principal o Auto de Infração e Notificação Fiscal”.*

segundo seria *ato impositivo sancionatório*, assim considerado por aplicar penalidade em decorrência da prática de infração à legislação tributária³.

Apesar de tributo e multa serem institutos diametralmente opostos – o segundo decorre da prática de atos ilícitos, ao passo que o primeiro não possui caráter sancionatório (art. 3º, CTN) – entendemos não haver impropriedade em considerar o ato de imposição de multa como espécie de lançamento tributário.

Com efeito, o § 1º do art. 113 do CTN, ao definir a chamada “obrigação tributária principal”, disse ter a mesma por objeto “o pagamento de *tributo* ou penalidade *pecuniária* e extingue-se juntamente com o *crédito dela decorrente*” (grifo nosso).

Ora, se considerarmos que, segundo o CTN, a) a obrigação tributária principal pode ter por objeto o pagamento de multa (art. 113, § 1º); b) o crédito tributário decorre da obrigação principal (art. 139); e c) o crédito tributário é constituído pelo lançamento (art. 142), chegaremos à conclusão que o ato de imposição de penalidade pecuniária (usualmente conhecido como “auto de infração”) pode ser considerado lançamento tributário⁴. O adjetivo “tributário”, no caso, não se refere ao conceito de tributo (art. 3º, CTN) – no qual a figura da multa não se subsume –, mas ao conceito de *obrigação tributária*, esta, como visto, abrangente da noção de penalidade pecuniária⁵.

Aliás, o próprio CTN parece ter reconhecido a procedência do raciocínio acima exposto, posto que, ao definir o lançamento, estatuiu que o mesmo pode, quando for o caso, “propor a aplicação da penalidade cabível”

³ Nesse sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 276-277; MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 202; HORVATH, Estevão. *Lançamento tributário e “autolancamento”*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 59-60.

⁴ GUSMÃO, Omara Oliveira de. *Aspectos do processo administrativo tributário*. I Seminário de Assuntos Tributários. Manaus: Conselho de Recursos Fiscais, 1998, p. 14-15. Nesse sentido é o disposto no art. 236 do CTE: “O Procedimento Contencioso Tributário-Administrativo instaura-se na órbita administrativa por: I - reclamação, por escrito, do contribuinte ou seu representante legal, contra lançamento de crédito tributário, decorrente de: a) Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF)” (grifo nosso).

⁵ Sobre o conceito de obrigação tributária, pondera Heleno Taveira Torres: “(...) temos obrigações tributárias em sentido estrito (que decorrem de atos lícitos, tendo como objeto prestações de tributos) e obrigações tributárias em sentido amplo. E neste modo, tanto se encontram aquelas, como as que decorrem de atos ilícitos, qualificadas como verdadeiras ‘obrigações tributárias’ em sentido amplo (...)” (Crédito tributário e lançamento. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Curso de direito tributário*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 192). O referido autor, contudo, entende que o ato de aplicação de multa não pode ser nominado de lançamento (ob. cit. p. 192), mas reconhece que o mesmo, “enquanto atividade de incidência do direito ao caso concreto, reveste-se da mesma dinâmica do ato formalizador do crédito tributário” (Ob. cit. p. 196).

(art. 142, *caput*)⁶. Ressalte-se, no entanto, a impropriedade da expressão empregada pelo legislador, porquanto “os funcionários do Fisco se encontram qualificados não só para *propor* penalidades, mas para *aplicá-las* quando for o caso” (grifo nosso)⁷.

3. O AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO FISCAL SEGUNDO A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL

Com a lavratura do Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) considera-se iniciado o procedimento tributário-administrativo de apuração das infrações à legislação tributária, para o fim de excluir a espontaneidade da iniciativa do sujeito passivo (art. 235, II, CTE).

De acordo com o art. 55 do Regulamento do Processo Tributário-Administrativo – RPTA (aprovado pelo Decreto nº 4.564, de 14.03.1979), o AINF deverá conter:

- a) menção do dia, hora e local de sua lavratura;
- b) nome, qualificação e domicílio do autuado e das testemunhas, se houver⁸;
- c) relato minucioso da infração;
- d) citação expressa do(s) dispositivo(s) legal(is) infringido(s), inclusive do que fixa a respectiva sanção;
- e) referência aos elementos que serviram de base para sua lavratura;
- f) referência expressa ao Termo de Fiscalização ou ao Auto de Apreensão;
- g) demonstrativo dos tributos devidos;
- h) cálculo dos tributos e multas devidos;
- i) intimação do autuado para defender-se ou recolher os tributos e multas apurados, no prazo de defesa, com a redução cabível;

⁶ A idéia exposta também é confirmada pela leitura do inciso VI do art. 149 do CTN, que manda a autoridade administrativa lançar de ofício a penalidade pecuniária cominada para infrações da legislação tributária.

⁷ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 247. No mesmo sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Ob. cit.* p. 288-289. Em sentido contrário é o entender de Bernardo Ribeiro de Moraes, que assim procura justificar a expressão empregada no art. 142 do CTN: “No nosso entendimento, matéria de penalidade tributária deve ser resguardada pelo contraditório. No caso, o artigo 142 do Código Tributário Nacional houve por bem resguardar o contraditório, competindo à Administração Pública apenas ‘propor’ a aplicação da penalidade cabível, se for o caso, aguardando a impugnação por parte do contribuinte ou autuado, para, então, se for o caso, conformar a penalidade, aplicando a lei” (*Compêndio de direito tributário*. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 393). Para o autor referido, “no caso de exigência de penalidade pecuniária, (...) o lançamento traz simples proposta de aplicação da penalidade cabível” (grifo no original) (*ob. cit.* p. 399).

⁸ Ressalte-se que a ausência de testemunhas não invalida o AINF (art. 237, CTE).

j) descrição de quaisquer outras ocorrências que possam melhor esclarecer o processo.

O AINF deve ser lavrado com clareza, sem entrelinhas, rasuras ou emendas não ressalvadas no próprio auto (art. 54, RPTA).

As incorreções, omissões ou irregularidades no AINF não o prejudicam nem o anulam, quando da peça fiscal constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator, e serão sanadas em diligências subseqüentes, mandadas efetuar por quem exercer a função julgadora⁹.

Lavrado o AINF, terão os agentes fiscais autuantes o prazo de 72 (setenta e duas) horas para entregá-lo a registro (art. 242, *caput*, CTE)¹⁰.

4. ANÁLISE DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO FISCAL ENQUANTO ATO ADMINISTRATIVO

Apresentando-se o Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) como um ato administrativo¹¹, é evidente que se aplicam a ele, como espécie, os princípios e as regras que compõem o regime jurídico do gênero, isto é, dos atos administrativos em geral.

Os autores costumam decompor o ato administrativo em partes, divergindo, contudo, entre si, sobre a denominação de tais componentes. Há os que falam em “requisitos”¹², os que preferem o termo

⁹ Nesse sentido é o disposto no art. 239 do CTE e no art. 48 do RPTA.

¹⁰ Em caso de descumprimento de referido dever funcional, será aplicada ao agente responsável a pena de suspensão, por tantos dias quantos forem os de atraso, se o fato não constituir falta maior (art. 242, parágrafo único, CTE).

¹¹ Ato administrativo, no dizer de Hely Lopes Meirelles, é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim produzir algum efeito jurídico para os administrados ou para si própria (Direito administrativo brasileiro. 18ª ed. Atualiz. por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 133). Na definição de Carlos Garcia Oviedo, ato administrativo é “una declaración especial de voluntad de um órgão público, preferentemente de um órgão administrativo, encaminada a producir, por via de autoridad, um efecto de Derecho, para la satisfacción de um interés administrativo” (Derecho administrativo. v. 1. 5ª ed. Atualizada por Enrique Martínez Useros. Madrid, 1955, p. 167)

¹² GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 56; MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 134. Este último autor, no entanto, também emprega como sinônimo o termo “elementos” (ob. cit. p. 134).

“elementos”¹³, havendo, ainda, os que não distinguem entre ambas as expressões¹⁴.

Também não há entre os doutrinadores concordância total sobre a identificação e o número de tais componentes. O que frequentemente ocorre, no entanto, são discordâncias terminológicas entre os autores, também acontecendo de, por vezes, estes mesmos doutrinadores englobarem em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados.

Apesar da controvérsia mencionada, a maioria dos autores aponta como elementos (ou requisitos) do ato administrativo os seguintes, embora diverjam quanto à sua denominação: a) agente competente; b) forma; c) finalidade; d) motivo; e e) objeto¹⁵.

Todavia, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre os tais “elementos”, nem todos realmente o são, tendo em vista que o termo “elementos” expressa a idéia de “partes componentes de um todo”, ao passo que alguns deles são exteriores ao ato¹⁶.

Distinguem-se, assim, segundo tal concepção, os *elementos* e os *pressupostos* do ato administrativo.

Como elementos do ato administrativo (e, pois, do lançamento tributário enquanto espécie daquele gênero) temos o *conteúdo* e a *forma*. Sem os elementos não há *ato algum*, administrativo ou não. Inexistirá, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o próprio ser que se designa pelo nome de ato jurídico”¹⁷.

Os pressupostos do ato administrativo, por seu turno, classificam-se em pressupostos de *existência* e de *validade*.

São pressupostos de existência do ato administrativo (e, pois, do lançamento tributário): a) o objeto; e b) a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Sem os pressupostos de existência, faltará o

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 74; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 156; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 333. Este último autor, contudo, também emprega o termo “requisitos” (ob. cit., p. 333).

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 251; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 96.

¹⁵ Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 134; FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 37; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 187; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 96-101; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit. p. 74; MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 156.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit. p. 335.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit. p. 336.

indispensável para a produção jurídica do ato constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido) – no caso da falta de objeto –, ou então, faltarão o necessário para a qualificação dele como ato administrativo (válido ou inválido) – no caso da falta de pertinência do ato ao exercício da função administrativa¹⁸.

Já os pressupostos de validade do ato administrativo (e, pois, do lançamento tributário) são os seguintes: a) agente (pressuposto subjetivo); b) motivo e requisitos procedimentais (pressupostos objetivos); c) finalidade (pressuposto teleológico) d) causa (pressuposto lógico) e) formalização (pressuposto formalístico). Sem os pressupostos de validade não haverá *ato administrativo válido*.

4.1. ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO: CONTEÚDO E FORMA

Elementos do ato administrativo são as partes que o compõem. São, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “realidades intrínsecas do ato”¹⁹.

Seriam, assim, apenas dois os componentes do ato administrativo: o *conteúdo* e a *forma*²⁰.

O *conteúdo* do ato consiste naquilo que é determinado ou executado pela Administração Pública²¹.

O conteúdo também é conhecido como o objeto do ato²². Todavia, Celso Antônio Bandeira de Mello, acolhendo o ensinamento de Zanobini, distingue ambas as expressões: “o *conteúdo* dispõe sobre *alguma coisa*, que é, esta sim, o objeto do ato” (grifos no original)²³.

Tomando por base os ensinamentos doutrinários anteriormente referidos, pode-se dizer que o conteúdo do AINF é, em linhas gerais, a formalização da obrigação tributária principal²⁴, com a constituição

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 336.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 335.

²⁰ Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 336-337; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 173; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 194; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 61.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.* p. 198.

²² Nesse sentido, tomando as expressões como sinônimas: FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 78; BASTOS, Celso Ribeiro. *Ob. cit.* p. 97; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 438.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 337. No mesmo sentido, também citando Zanobini: FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Ob. cit.* p. 180.

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Ob. cit.* p. 272.

do crédito tributário. Desdobrando tal conceito, e com base no *caput* do art. 142 do CTN, pode-se dizer que o conteúdo do AINF compreende: a) a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente; b) a determinação da matéria tributável; c) o cálculo do montante do tributo devido; d) a identificação do sujeito passivo; e) a aplicação da penalidade cabível.

O conteúdo do AINF é determinado pela legislação vigente na data da ocorrência do fato gerador da obrigação (ainda que posteriormente modificada ou revogada) (art. 144, *caput*, CTN), devendo ser observado, no que tange à aplicação de penalidades, o disposto no inciso II do art. 106 do CTN, que disciplina as hipóteses de retroatividade benigna da legislação²⁵.

Já a *forma*, o outro elemento do ato administrativo, é o revestimento do ato, isto é, o modo pelo qual o mesmo se exterioriza²⁶.

A forma dos atos administrativos geralmente é escrita²⁷, podendo, todavia, ser tácita, como no caso de um sinal de trânsito que, com cada uma de suas cores, desencadeia seus efeitos²⁸.

No caso específico do AINF, o mesmo reveste-se de forma escrita (art. 54, RPTA).

4.2. PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO

4.2.1. OBJETO DO ATO ADMINISTRATIVO

O primeiro pressuposto de existência do ato administrativo é o seu *objeto*, que é aquilo sobre que o conteúdo do ato dispõe²⁹.

Se o conteúdo do ato dispõe sobre algo, é este algo que constitui o objeto do ato administrativo, não se confundindo com aquele (conteúdo). O objeto consiste, pois, naquilo de que o conteúdo trata³⁰.

²⁵ De acordo com o referido dispositivo legal, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

²⁶ MEDAUAR, Odete. Ob. cit. p. 158.

²⁷ A Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determina que os atos do processo administrativo devem ser produzidos por escrito (art. 22, § 1º), mas não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir (art. 22, *caput*).

²⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ob. cit. p. 182.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit. p. 338.

³⁰ GUERRA, Cláudia Magalhães. Lançamento tributário e sua invalidação. Curitiba: Juruá, 2003, p. 70; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ob. cit. p. 180. Em sentido contrário é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, para quem “o objeto identifica-se com o conteúdo do ato” (Ob. cit. p. 137). Em posição isolada na doutrina, entende Mário Masagão que o objeto é o próprio fim do ato (Curso de direito administrativo. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 133).

Todo ato jurídico, administrativo ou não, pressupõe um objeto. Sem este, faltarão o indispensável para a produção jurídica do ato jurídico (administrativo ou não, válido ou inválido) constituído pelos elementos.

No caso específico do AINF, seu objeto é a obrigação tributária principal (o dever de entregar certa quantia em dinheiro aos cofres públicos)³¹, nascida com a ocorrência do fato gerador. A constituição do crédito tributário relativo a tributo e penalidade (art. 142, *caput*, CTN) não é o objeto, mas o conteúdo do AINF.

4.2.2. PERTINÊNCIA DO ATO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

O segundo pressuposto de existência do ato administrativo é a sua *pertinência ao exercício da função administrativa*, isto é, que se trate de um ato tipologicamente qualificável como administrativo.

Sem tal pertinência, faltarão a indispensável qualificação do ato jurídico produzido como *ato administrativo* (válido ou inválido). Neste caso, poderá haver ato jurídico, mas não haverá *ato administrativo*³².

No caso do AINF, tal pressuposto de existência encontra-se sempre presente, tendo em vista que o referido ato é privativo da autoridade administrativa. Não há como, por conseguinte, pretender impugnar um AINF sob o argumento de que o mesmo não tem pertinência ao exercício da função administrativa, tendo em vista que se trata de um ato tipologicamente qualificado como administrativo.

4.3. PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

4.3.1. PRESSUPOSTO SUBJETIVO: SUJEITO (AGENTE)

O *agente* é o sujeito produtor do ato administrativo. Sujeito competente é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato. Por ser exterior ao ato administrativo, o agente não pode ser considerado como elemento dele, como nota Marçal Justen Filho: “Quem pratica o ato administrativo não passa a fazer parte do ato praticado”³³.

Enquanto no direito civil, o sujeito tem que ter a *capacidade* – ou seja, tem que ser titular de direitos e obrigações que possa exercer, por si ou por terceiros –, no direito administrativo é necessário que também tenha *competência*³⁴.

A capacidade de fato do sujeito passivo é um requisito quanto à validade dos atos jurídicos em geral e segue a disciplina do direito civil³⁵.

³¹ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 94.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 339.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.* p. 194.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. cit.* p. 188; JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.* p. 195.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.* p. 197.

A competência, em direito público, segundo Ruy Cirne Lima, é “a medida do poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada”³⁶. Na definição de Lucia Valle Figueiredo, é o “plexo de atribuições outorgadas pela lei ao agente administrativo para a consecução do interesse público postulado pela norma”³⁷.

Sobre o pressuposto subjetivo do ato administrativo, deve-se analisar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador do ato e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto³⁸.

No caso específico do lançamento, deve o mesmo ser praticado por agente público da repartição fazendária responsável pela administração e arrecadação do tributo a que se refira. Não é qualquer servidor que estará capacitado a produzi-lo, mas aquele a quem o legislador conferiu a atribuição de “lançar”³⁹.

Em se tratando de AINF, deve ser lavrado por Auditor Fiscal de Tributos Estaduais (AFTE), cuja assinatura deve constar do documento (art. 56, § 1º, RPTA).

Com efeito, o Código Tributário do Estado do Amazonas – CTE (instituído pela Lei Complementar nº 19, de 29.12.1997), indica no *caput* do seu art. 90 de quem é a competência para atuar na fiscalização dos tributos estaduais:

Art. 90. A fiscalização do imposto compete, privativamente, aos *Agentes Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda*, será exercida sobre todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, que estiverem obrigadas ao cumprimento de disposição da legislação do ICMS, bem como em relação aos que gozarem de não-incidência ou isenção.
(...) (grifo nosso)

Semelhante é o teor do art. 121 do Regulamento do ICMS do Estado do Amazonas – RICMS/AM (aprovado pelo Decreto nº 20.686, de 28.12.1999), que, referindo-se especificamente à fiscalização de estabelecimento, assim dispõe:

³⁶ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 139.

³⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Ob. cit.* p. 175.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 339-340.

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 272.

Art. 121. A fiscalização de estabelecimento compete, privativamente, aos *Audidores Fiscais de Tributos Estaduais* que, no exercício de suas funções, deverão, obrigatoriamente, exibir ao contribuinte sua identificação funcional, e será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, que estiverem obrigadas ao cumprimento de disposições da legislação do ICMS, bem como em relação aos que gozarem de não-incidência ou isenção deste imposto. (grifo nosso)⁴⁰.

No mesmo sentido é o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 2.750, de 23.09.2002 (regulamentada pelo Decreto nº 23.990, de 22.12.2003), que dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração da Secretaria de Fazenda do Estado do Amazonas:

Art. 3.º (...)

Parágrafo único - O lançamento de tributos, através de lavratura de Auto de Infração e Notificação Fiscal, é de competência privativa dos ocupantes dos cargos de *Auditor-Fiscal de Tributos Estaduais*. (grifo nosso)

Todavia, ao contrário do que possa parecer, *não é qualquer Auditor Fiscal de Tributos Estaduais que detém competência para desenvolver qualquer procedimento fiscalizatório*.

Com efeito, a anteriormente citada Lei nº 2.750/2002, assim disciplina o tema:

Art. 2.º (...)

Parágrafo único - Para os efeitos desta Lei:

(...)

IV - Classe é a subdivisão da carreira que agrupa os cargos e seus ocupantes *em função das atribuições, bem como do grau e tipo de conhecimento e experiência para seu exercício*;

(...) (grifo nosso)

⁴⁰ Nova redação dada ao caput do art. 121 pelo Decreto nº 26.438/2006, com efeitos a partir de 1º. 01.2007. A redação original era: "Art. 121. A fiscalização de estabelecimento compete, privativamente, aos *Fiscais de Tributos Estaduais e Inspetores Fiscais da SEFAZ* que, no exercício de suas funções deverão, obrigatoriamente, exibir ao contribuinte sua *Identificação Funcional* e será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, que estiverem obrigadas ao cumprimento de disposições da legislação do ICMS, bem como em relação aos que gozarem de não-incidência ou isenção deste imposto".

Como se vê, o cargo de Auditor Fiscal de Tributos Estaduais é dividido em *classes*, de acordo com as atribuições a elas conferidas, bem como segundo o nível de conhecimento e experiência para o desempenho de tais atribuições.

É por tal razão que o art. 26 da mesma lei assim dispôs:

Art. 26 (...)

§ 1º - Observar-se-á, em relação ao cargo de Auditor Fiscal de Tributos Estaduais, a seguinte distribuição de atribuições entre suas classes:

I - 4ª e 3ª Classes - vistoria e fiscalização de mercadorias em trânsito e instrução processual oriunda dessas atividades, orientação e supervisão em unidades descentralizadas;

II - 2ª Classe:

a) além das previstas no inciso anterior, as atividades relacionadas com gestão tributária, auditoria fiscal e contábil *em estabelecimentos*, julgamento do processo administrativo tributário; e

b) subsidiariamente, as atividades de tributação, revisão fiscal, estudos econômicos-tributários e, quando cabível, corregedoria funcional.

III - 1ª Classe - com preferência sobre a 2ª Classe, as atividades previstas na alínea *b*, do inciso anterior, *além das previstas na alínea a do mesmo inciso*. (grifo nosso)

Como se vê, a fiscalização em estabelecimentos a que se refere o art. 121 do RICMS/AM é privativa dos Auditores Fiscais de Tributos Estaduais de 1ª e 2ª Classes (art. 26, § 1º, II, a, e III, Lei 2.750/2002).

Aos Auditores Fiscais de Tributos Estaduais de 3ª e 4ª Classes cabe apenas – em concorrência com os ocupantes das demais classes – a chamada “fiscalização de mercadorias em trânsito” de que trata o art. 139 do RICMS/AM, assim redigido:

Art. 139. Ficam sujeitos à apreensão, pelos Auditores Fiscais de Tributos Estaduais, as mercadorias, bens ou documentos fiscais em trânsito, bem como os existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, que constituam prova material de infração à legislação tributária⁴¹.

⁴¹ Nova redação dada ao caput do art. 139 pelo Decreto nº 26.438/2006, com efeitos a partir de 1º.01.2007. A redação original era: “Art. 139. Ficam sujeitos a apreensão, pelos Fiscais de Tributos Estaduais e Inspetores Fiscais, os bens móveis existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, ou em trânsito, que constituam prova material de infração à legislação tributária, sem prejuízo da cobrança do imposto e acréscimos legais”.

Ressalte-se que, na hipótese das mercadorias estarem em trânsito no interior do Estado, o Secretário da Fazenda poderá delegar a outros funcionários da SEFAZ a competência para apreendê-las, conforme autoriza o RICMS/AM:

Art. 139. (...)

§ 1º São também competentes para efetuar a apreensão dos bens de que trata o *caput* deste artigo, quando estiverem em trânsito no interior do Estado, outros funcionários da Secretaria da Fazenda para isso designados pelo titular deste Órgão público⁴².

Pelo exposto, conclui-se que a interpretação do dispositivo legal transcrito deve ser a seguinte: (i) o lançamento de tributos, através de lavratura de AINF, é de competência privativa dos Auditores Fiscais de Tributos Estaduais de 1ª e 2ª Classes quando decorrente de fiscalização em estabelecimentos; e (ii) o lançamento de tributos, através de lavratura de AINF, é de competência dos Auditores Fiscais de Tributos Estaduais de 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Classes quando decorrente de fiscalização de mercadorias em trânsito.

Ressalte-se que o parágrafo único do art. 90 do CTE, em sua atual redação (determinada pela Lei Complementar nº 103, de 13.04.2012, com efeitos a partir de 1º.03.2012), assim dispõe:

Art. 90. (...)

Parágrafo único. No interesse da Administração Tributária, o Auditor Fiscal de Tributos Estaduais em exercício de atividade de fiscalização de mercadorias em trânsito ou em atividade de fiscalização indireta poderá ser designado, excepcionalmente, para realizar auditoria fiscal e contábil sobre contribuintes ou responsáveis, ou demais atividades correlacionadas à competência definida no *caput* deste artigo, para verificação do cumprimento das obrigações tributárias relativas ao imposto⁴³.

⁴² Nova redação dada ao § 1º pelo Decreto nº 26.438/2006, com efeitos a partir de 1º.01.2007. A redação original era: "§ 1º É também competente para efetuar a apreensão, quando mercadorias ou bens e documentos fiscais em situação irregular estiverem em trânsito, o Fiscal Auxiliar de Tributos Estaduais e, em relação ao interior do Estado, outros funcionários da Secretaria da Fazenda para isso designados pelo titular deste Órgão público".

⁴³ A redação original era: "Parágrafo único. Na hipótese de operações de importação de mercadorias do exterior, para comercialização, industrialização, consumo ou ativo permanente a fiscalização de que trata o *caput* deste artigo terá início com a lavratura do seu termo de vistoria física, pelos agentes do Fisco Estadual".

Como se vê, a Lei Complementar nº 103/2012, ao alterar a redação do citado dispositivo, relativizou a até então rígida separação de atribuições levada a efeito pelo art. 26 da Lei nº 2.750/2002.

Assim, desde 1º.03.2012⁴⁴, os Auditores Fiscais de Tributos Estaduais de 3ª e 4ª Classes podem ser designados em caráter excepcional para realizar fiscalização em estabelecimentos, conforme autoriza a atual redação do parágrafo único do art. 90 do CTE.

4.3.2. PRESSUPOSTO OBJETIVO (I): MOTIVO

Motivo é o pressuposto de fato (situação do mundo empírico) que autoriza ou exige a prática do ato administrativo. Trata-se, em outras palavras, do suporte fáctico da respectiva motivação⁴⁵. Por ser anterior (e, portanto, exterior) ao ato administrativo, não pode o motivo ser considerado como elemento dele.

No caso específico do lançamento tributário, o motivo que enseja a sua efetivação é apontado por Cláudia Magalhães Guerra, nestes termos: “O seu motivo, o acontecimento que deu ensejo à expedição da norma individual e concreta com determinado conteúdo, é o próprio evento subsumido à hipótese abstrata da regra matriz de incidência tributária. Trata-se, portanto, do *pressuposto de fato*, ocorrido no mundo fenomênico, e que, uma vez vertido em linguagem competente, integra a motivação como o próprio fato jurídico tributário do ato administrativo de lançamento tributário” (grifo nosso)⁴⁶.

No mesmo sentido é a doutrina de Heleno Taveira Torres, que leciona: “Como ato de aplicação do direito, o lançamento, ato administrativo que é, tem como 'motivo' a incidência das normas gerais e abstratas que veiculam critérios definidores de ocorrência do fato (subsunção) e do efeito de implicação para os fins de constituição de uma relação jurídica típica, de conteúdo patrimonial, definida como 'obrigação tributária', quando da ocorrência do fato gerador previsto na hipótese”⁴⁷.

O motivo do AINF é, assim, o nascimento da obrigação tributária principal (relativa a tributo e/ou a penalidade pecuniária), em decorrência da realização do fato gerador (art. 113, § 1º c/c art. 114, ambos do CTN).

⁴⁴ Lei Complementar nº 103/2012: “Art. 3.º Esta Lei Complementar entra em vigor em 1º de março de 2012”.

⁴⁵ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 73.

⁴⁶ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 96. Nesse sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Ob. cit.* p. 272; HORVATH, Estevão. *Ob. cit.* p. 44-45.

⁴⁷ TORRES, Heleno Taveira. *Ob. cit.* p. 189.

4.3.3. PRESSUPOSTO OBJETIVO (II): REQUISITOS PROCEDIMENTAIS

Dentre os pressupostos objetivos de validade do ato administrativo destacam-se, ainda, os chamados *requisitos procedimentais*, que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato”⁴⁸. Consistem, pois, como se vê, em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um determinado ato administrativo não pode ser praticado.

No caso específico do AINF, os requisitos procedimentais seriam os atos *preparatórios* praticados pela Fazenda Pública (naquelas hipóteses em que o AINF decorra de um anterior procedimento) e que constituem o *procedimento fiscalizatório (também chamado de ação fiscal)*.

O procedimento fiscalizatório em matéria tributária, quanto aos atos praticados, pode ser classificado em *simplex* (quando independe do atendimento de formalidades, p.ex., consulta por telefone ao plantão fiscal da repartição fazendária) e *complexo* (quando demanda um esforço maior, residindo a complexidade justamente na sequência de atos indispensáveis ao cumprimento do procedimento, p.ex., a notificação do sujeito passivo para apresentar documentos fiscais, a análise dos documentos apresentados etc.)⁴⁹.

Relativamente ao local de sua realização, o procedimento fiscalizatório pode ser *interno* (quando as atividades de fiscalização são realizadas exclusivamente dentro das repartições fiscais), *externo* (quando as atividades são necessariamente realizadas fora do âmbito das repartições fazendárias, p.ex., inspeções em estabelecimentos empresariais) ou *misto* (quando compreende a realização de atos interligados que se realizam interna e externamente às repartições fiscais)⁵⁰.

O início da ação fiscal produz como efeito a impossibilidade do contribuinte oferecer, a partir de então, denúncia espontânea da infração por ele cometida, consoante dispõe o art. 138, parágrafo único, do CTN.

É importante frisar que o procedimento fiscalizatório não pode ser considerado integrante do AINF, mas seu *pressuposto* – daí ser chamado de “procedimento preparatório”⁵¹ –, tendo em vista que antecede

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 346.

⁴⁹ FRANÇA, Reginaldo de. *Fiscalização tributária: prerrogativas e limites*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 75.

⁵⁰ FRANÇA, Reginaldo de. *Ob. cit.* p. 76.

⁵¹ O CTN respalda o emprego do termo “preparatório” para adjetivar o procedimento fiscalizatório em matéria tributária, ao estatuir que o início do prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário – que, em regra, é contado “do primeiro dia do

a elaboração deste último. Antes do último ato da série, não teremos AINF⁵², pois é aquele último ato que tem o condão de inserir no mundo jurídico o efeito que se pretende pelo AINF⁵³. Existem, com efeito, circunstâncias nas quais, embora ocorra todo o procedimento fiscalizatório, resulta em nenhum AINF, quando, por exemplo, não se constatar a prática de infração à legislação tributária.

Saliente-se que o procedimento fiscalizatório (isto é, o procedimento administrativo que antecede o AINF), diferentemente do processo administrativo de revisão do lançamento (que se instaura com a impugnação ao AINF), possui caráter *inquisitório*, o que significa que, nessa fase, não se admitem as garantias do contraditório e da ampla defesa. No entanto, mesmo nessa fase, não pode ser negado ao contribuinte o direito de acesso a todos os documentos e informações colhidas por ocasião da fiscalização, atendendo-se ao *princípio da cientificação*, segundo o qual a Administração Tributária deve agir com transparência, assegurando ao contribuinte a não surpresa na ação administrativa⁵⁴.

Com efeito, os poderes de investigação do Fisco não são ilimitados, encontrando barreiras no campo dos direitos e garantias individuais, dentre as quais destacam-se, por exemplo, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF/1988) e da residência (art. 5º, XI, CF/1988)⁵⁵. A violação a qualquer dessas garantias constitucionais consistirá em vício do procedimento preparatório do AINF (requisito procedimental do ato administrativo em questão) e, por conseguinte, o ato que daquele procedimento resultar.

4.3.4. PRESSUPOSTO LÓGICO: CAUSA

A *causa* é o vínculo de pertinência (correlação) lógica entre o motivo e o conteúdo do ato administrativo⁵⁶.

exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) – pode ser antecipado, de modo a ser considerada como tal a "data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento" (art. 173, parágrafo único – grifo nosso).

⁵² "Aparece, pois, no procedimento uma distinção fundamental entre decisão final ou resolução (...) e atos procedimentais, os quais adotam uma posição instrumental a respeito daquela" (grifo nosso) (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. de Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 484).

⁵³ EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Procedimentos fiscalizatórios e a defesa do contribuinte*. Campinas: Copola, 1995, p. 97-98.

⁵⁴ MARINS, James. *Ob. cit.* p. 231; VALERO, Luiz Martins. *Fiscalização tributária: poderes do fisco e direitos dos contribuintes*. In: TÔRRES, Heleno Taveira et. al. (coord.). *Direito tributário e processo administrativo aplicados*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 242.

⁵⁵ MARINS, James. *Ob. cit.* p. 178.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 350.

A causa do ato administrativo de lançamento tributário é a relação de adequação entre o motivo do ato e seu conteúdo, sendo reconhecida, consoante leciona Cláudia Magalhães Guerra, “mediante a observância da descrição deste motivo inserido no antecedente da norma jurídica (motivação), isto é, do fato jurídico tributário, e da relação jurídica tributária instalada, cujo liame deve corresponder ao disposto na regra matriz de incidência aplicável à espécie”⁵⁷.

A apreciação da causa do ato administrativo, notadamente no caso do lançamento tributário, como adverte a autora citada, “é imprescindível no que diz respeito às questões relativas a erro de fato e de direito”⁵⁸.

A causa do AINF não é declarada de plano, no próprio ato, como o são a motivação e o conteúdo (aspectos a partir dos quais se verifica a causa do lançamento), mas pressupõe um trabalho hermenêutico de construção e comprovação da relação de pertinência entre aqueles fatores (motivação/conteúdo)⁵⁹.

4.3.5. PRESSUPOSTO TELEOLÓGICO: FINALIDADE

A *finalidade* é o resultado prático a ser alcançado mediante a prática do ato administrativo. No dizer de Marçal Justen Filho, é a consequência visada pelo ato administrativo⁶⁰.

No caso específico do AINF, sua finalidade é aquilo que se pretende com a exação tributária, ou seja, proporcionar recursos aos cofres do Estado para o cumprimento de suas finalidades e encargos.

É importante destacar que a finalidade do AINF, assim como a causa, não é declarada explicitamente no próprio ato, mas é plenamente verificável a partir da indicação, no ato de lançamento, da norma geral e abstrata que lhe serviu de fundamento de validade (“motivo legal”)⁶¹.

4.3.6. PRESSUPOSTO FORMALÍSTICO: FORMALIZAÇÃO

A *formalização* é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado. Não se confunde com a forma, pois enquanto esta significa exteriorização, a formalização significa o modo específico desta exteriorização, ou seja, uma dada solenização requerida para o ato⁶².

⁵⁷ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 97.

⁵⁸ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 79.

⁵⁹ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 98.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob. cit.* p. 200.

⁶¹ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 98.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.* p. 337 e 351-352.

A forma é a exteriorização do ato, pouco importando a formalidade de que ele se reveste. Nesse sentido, procurando distinguir entre forma e formalização, exemplifica Regis Fernandes de Oliveira: “se a lei dispõe que determinado ato deverá ser praticado por meio de decreto e vem ele exteriorizado por meio de portaria, poderá ser anulado por vício de formalidade. Já a forma é qualquer exteriorização”⁶³.

A maneira específica pela qual o ato de exigência de tributo e/ou multa deve ser externado é determinada pela legislação de cada pessoa política tributante. Em se tratando, por exemplo, de lançamento de ofício em decorrência de conduta que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária (art. 149, VI, CTN), a Secretaria de Fazenda do Estado do Amazonas (SEFAZ/AM) utiliza como instrumento material do lançamento um documento que recebe a denominação de Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF).

4.4. MOTIVAÇÃO DO AINF

A motivação do ato administrativo é a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que lhe dão embasamento⁶⁴. Trata-se, pois, da exposição formal do seu pressuposto de fato, ocorrido no mundo fenomênico (motivo do ato administrativo), e dos dispositivos legais aplicáveis (“motivo legal”)⁶⁵.

A motivação dos atos administrativos, nos casos em que é exigida, integra o conteúdo destes⁶⁶. No caso do lançamento tributário, por se tratar de ato administrativo vinculado (arts. 3º e 142, parágrafo único, CTN), a motivação é indispensável à validade do mesmo.

Enquanto o motivo é algo exterior e que antecede o ato administrativo de lançamento tributário, “a motivação, elemento interno, corresponde à descrição em linguagem jurídica do evento pelo sujeito competente, assim como a declaração de que houve a subsunção à hipótese da regra matriz de incidência tributária”⁶⁷.

Poderá, em determinado caso, inexistir correspondência perfeita entre a motivação do ato e o acontecimento ocorrido no mundo

⁶³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ob. cit.* p. 62.

⁶⁴ *Tal definição decorre do disposto no caput do art. 50 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal.*

⁶⁵ *No dizer de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, “motivar um ato obriga fixar, em primeira forma, os fatos de cuja consideração se parte e a incluir tais fatos no hipótese (sic) de uma norma jurídica; e, em segundo lugar, a raciocinar como tal norma jurídica impõe a resolução que se adota na parte dispositiva do ato” (Ob. cit. p. 488).*

⁶⁶ *No entender de Marçal Justen Filho, a “motivação relaciona-se a forma do ato administrativo” (Ob. cit. p. 199)*

⁶⁷ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 96.

fenomênico, como, por exemplo, no caso em que um lançamento de ofício (auto de infração) declara a ocorrência de operação de circulação de mercadoria, quando, na verdade, se tratava de mera saída de bens para demonstração com posterior retorno ao local de origem. Tal ato seria passível de invalidação em razão de erro de fato⁶⁸.

De acordo com o disposto no inciso IV do art. 55 do RPTA, o AINF deve citar expressamente o dispositivo infringido e o dispositivo legal que fixa a respectiva sanção, devendo, pois, a motivação ser explícita.

4. A NOTIFICAÇÃO AO SUJEITO PASSIVO COMO CONDIÇÃO DA EFICÁCIA DO AINF

Sendo o AINF um ato privativo da autoridade administrativa, faz-se necessário que o sujeito passivo dele tenha conhecimento, daí decorrendo a necessidade de notificá-lo⁶⁹.

O CTN não indica as formas pelas quais pode se dar a notificação do sujeito passivo, ficando, pois, a critério de cada Administração Tributária (federal, estadual e municipal) a escolha dos modos de comunicação do lançamento efetuado.

No Estado do Amazonas, de acordo com o art. 220 do CTE, a notificação do AINF pode ser feita de três modos: a) mediante documento escrito entregue por funcionário ou pelo correio; b) através de termo lavrado no próprio processo, quando o autuado comparecer à repartição fiscal; c) por edital.

A intimação por edital só pode ser utilizada em caráter excepcional e nos seguintes casos, arrolados taxativamente no § 1º do art. 220 do CTE: a) encontrar-se o intimado no exterior, sem mandatário ou preposto conhecido no país; b) o intimado não ser localizado no endereço declarado no CCA; c) ser inacessível o lugar onde se encontrar o intimado; d) recusa, por parte do autuado, em assinar o Auto de Infração.

Ressalte-se que a *notificação* do AINF ao sujeito passivo é da essência desse ato, só se considerando eficaz quando for comunicado ao sujeito passivo, por intermédio do ato de notificação, que “é a notícia que a Administração dirige ao sujeito passivo do tributo, dando-lhe conhecimento do ato de lançamento e dos termos de exigibilidade do crédito”⁷⁰. O AINF não atinge sua eficácia sem a notificação, a fim de cumprir o devido processo legal, outorgando-se ao contribuinte possibilidade de ampla defesa, que lhe é constitucionalmente assegurada (art. 5º, LV, CF/1988).

Há, com efeito, dois atos bem distintos: em primeiro lugar, a Administração verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária,

⁶⁸ GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 96-97.

⁶⁹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Ob. cit.* p. 393.

⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Ob. cit.* p. 273-274.

determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e, sendo o caso, propõe a aplicação da penalidade (*atividade interna de lançamento*); em seguida, dá a conhecer ao sujeito passivo o montante do tributo mediante a notificação do AINF (*atividade externa*). Não basta, assim, a existência do AINF para a constituição do crédito da Fazenda; é indispensável que tenha havido a regular notificação daquele ao sujeito passivo⁷¹.

O contribuinte, ao receber a notificação do AINF, verificará que nela existe um prazo para seu contraditório⁷², o que lhe permitirá ampla defesa. Sem esta ciência que se dá ao sujeito passivo, não se pode falar em exigibilidade do crédito tributário⁷³.

5. O AINF ELETRÔNICO

A Lei Complementar nº 108, de 30.08.2012 (com efeitos a partir da referida data), introduziu no Livro Segundo do CTE (denominado “Do Processo Tributário Administrativo”) o Capítulo XI, denominado “Processo Tributário Administrativo Eletrônico”.

O art. 281-N do CTE, introduzido pela lei anteriormente referida, dispõe que a lavratura do AINF e do Auto de Apreensão (A.A.) e a instrução dos referidos autos com demonstrativos e documentos poderão ser implementados em meio eletrônico, conforme previsto em regulamento.

Nos termos do art. 281-M do CTE, o AINF e o A.A. conterão o nome e a assinatura do autuante, dispensada esta quando grafada por meio eletrônico, nas situações expressamente previstas pela SEFAZ.

6. CONCLUSÕES

Por tudo quanto foi exposto no presente trabalho, pode-se, concluir, em síntese, que o AINF, peça básica do procedimento contencioso tributário-administrativo no Estado do Amazonas, apresenta-se como um ato administrativo privativo do sujeito ativo da relação jurídica tributária.

O AINF, declarando a ocorrência da obrigação tributária principal, constitui *ex officio* o crédito tributário correspondente, entendendo-se como crédito tributário, na sistemática do Código Tributário Nacional, a obrigação tributária principal revestida de liquidez e exigibilidade.

Definindo-se o AINF como espécie de ato administrativo, são aplicáveis a ele, enquanto espécie, os princípios e as regras que compõem o regime jurídico do gênero.

⁷¹ Nesse sentido: MARINS, James. *Ob. cit.* p. 203; GUERRA, Cláudia Magalhães. *Ob. cit.* p. 106.

⁷² OVIEDO, Carlos Garcia. *Ob. cit.* p. 203.

⁷³ “A notificação é pressuposto básico para que o ato de lançamento possa passar a produzir efeitos” (Ap. nº 333.766. 1º TACivSP, 7ª C, Rel. Juiz Régis de Oliveira. RT 593/149).

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Procedimentos fiscalizatórios e a defesa do contribuinte*. Campinas: Copola, 1995.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. de Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FRANÇA, Reginaldo de. *Fiscalização tributária: prerrogativas e limites*. Curitiba: Juruá, 2003.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GUERRA, Cláudia Magalhães. *Lançamento tributário e sua invalidação*. Curitiba: Juruá, 2003.
- GUSMÃO, Omara Oliveira de. Aspectos do processo administrativo tributário. *I Seminário de Assuntos Tributários*. Manaus: Conselho de Recursos Fiscais, 1998, p. 7-31.
- HORVATH, Estevão. *Lançamento tributário e "autolancamento"*. São Paulo: Dialética, 1997.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18ª ed. Atualiz. por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. v. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho administrativo*. v. 1. 5ª ed. Atualizada por Enrique Martinez Useros. Madrid, 1955.

TORRES, Heleno Taveira. Crédito tributário e lançamento. In: AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (coord.). *Curso de direito tributário*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 189-198.

VALERO, Luiz Martins. Fiscalização tributária: poderes do fisco e direitos dos contribuintes. In: TÔRRES, Heleno Taveira et. al. (coord.). *Direito tributário e processo administrativo aplicados*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 211-254.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL¹

Ticiano Alves e Silva
Procurador do Estado

Sumário: 1. Introdução - 2. Função de aperfeiçoamento e vocação democrática dos embargos de declaração - 3. Ampliação contínua das hipóteses de cabimento dos embargos de declaração - 4. A uniformidade na interpretação do direito objetivo, sistema de precedentes judiciais e direitos fundamentais - 5. Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial: a divergência no âmbito do STJ e do STF - 6. Cabimento dos embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial - 7. A dinâmica do procedimento - 8. Conclusão.

Resumo: Este artigo defende o cabimento dos embargos de declaração para ajustar decisão a superveniente entendimento jurisprudencial.

Palavras-chave: embargos de declaração - cabimento - omissão - decisão judicial - precedentes judiciais - segurança jurídica - igualdade - razoável duração do processo.

1. INTRODUÇÃO

Conforme o art. 535 do Código de Processo Civil (CPC), o recurso de embargos de declaração é cabível para suprir omissão, eliminar contradição e esclarecer obscuridade de sentença, acórdão, decisão interlocutória² e até despacho³, além de, excepcionalmente, servir à

¹ Tese aprovada por unanimidade no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em Belo Horizonte, no período de 27 e 30 de setembro de 2011.

² Neste caso, em que pese o silêncio da lei, entende-se plenamente possível a interposição do referido recurso, vez que: (i) o CPC só faz referência a sentenças e acórdãos nos casos de obscuridade e contradição (art. 535, I, CPC), nada dizendo nos casos de omissão (art. 535, II, CPC); (ii) é exigência constitucional que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), sendo o instrumento processual cabível para sanar omissão, obscuridade e contradição, viciadores de uma devida fundamentação, os embargos declaratórios e (iii) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) exige que não somente se garanta o acesso ao Judiciário, como também que a tutela a ser prestada seja clara, lógica, plena. Por todos, consultar DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 183 e 184.

³ Já se teve oportunidade de defender a relativização da cláusula de irrecorribilidade dos despachos prevista no art. 504 do CPC no caso de oposição de embargos de declaração, com ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial: SILVA, Ticiano Alves e. A relativização da

correção de erro material, de resto corrigível de ofício pelo juízo ou a pedido da parte, a qualquer tempo (art. 463, CPC)⁴.

Os embargos de declaração prestam-se, pois, a uma função de aperfeiçoamento dos pronunciamentos judiciais, embora não se ignore possam ter efeito (secundário) genuinamente revisional, a que se chama de efeito infringente ou modificativo do julgado.

O recurso de embargos de declaração tem, pois, vocação democrática, porquanto devolve ao juízo recorrido a oportunidade de prestar novamente jurisdição, dessa vez livre de vícios que comprometam sua compreensão pelos destinatários diretos (as partes) e indiretos da decisão (o povo).

Com isso, a função de aperfeiçoamento e a consequente vocação democrática dos embargos de declaração dão amparo à afirmação de que referido recurso tem suas hipóteses de cabimento continuamente ampliadas, de modo que sempre se preserve a higidez da prestação da jurisdição.

Assim sendo, defende-se, aqui, o cabimento dos embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial, dando cumprimento à ideia que permeia atualmente a (re) construção de nosso sistema jurídico, qual seja, de obediência aos precedentes em nome da igualdade e da segurança jurídica. Nada obstante, a própria noção de razoável duração do processo ampara a ideia aqui defendida. Antes, contudo, de se apresentarem os argumentos favoráveis à tese, serão fixadas algumas premissas e noticiada a divergência existente no âmbito tanto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como do Supremo Tribunal Federal (STF).

cláusula de irrecorribilidade dos despachos na oposição de embargos de declaração. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1253, 6 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9251>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

⁴ Segundo José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, “Por isso, nada impede que o erro material seja suscitado por simples petição, ou através de embargos de declaração”. E acrescentam: “Nada impede, até mesmo, que a alegação de erro material, veiculada através de embargos de declaração interpostos intempestivamente, seja conhecida e o vício seja sanado (mesmo porque os embargos de declaração, na hipótese, seriam dispensáveis)”. MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 207. Nesse sentido, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conferir: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. 1. Nos termos dos artigos 263 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça e 536 do Código de Processo Civil, em se tratando de matéria cível, o prazo para oposição de embargos declaratórios é de cinco dias. 2. O mero erro material é corrigível a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte, a teor do artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil. 3. Embargos de declaração não conhecidos e erro material corrigido de ofício”. (EDcl no REsp 530089/PB, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2004, DJ 15/03/2004, p. 311).

2. FUNÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO E VOCAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Como visto, os embargos de declaração possuem uma função de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Para tanto verificar, basta perceber que a oposição de referido recurso não enseja a modificação da decisão embargada, salvo em raríssimas hipóteses, quando (i) da correção de erro material, (ii) do reconhecimento de invalidade insanável e (iii) da integração do julgado decorrer efeito secundário modificativo, o que ocorre geralmente nos casos de omissão (alegação de prescrição não apreciada na sentença, por exemplo)⁵. Acresce-se, por oportuno, que tanto o erro material como a invalidade insanável são passíveis de serem alegados por simples petição, tratando-se de matérias conhecíveis de ofício e alegadas a qualquer tempo, independentemente de exceção processual.

Na maioria das vezes, contudo, o recurso de embargos de declaração desempenha papel de índole marcadamente integrativa, a partir do momento que se limita a, apontando omissão, obscuridade e/ou contradição, explicar o pronunciamento recorrido, buscando, em última análise, torná-lo mais inteligível e claro para os destinatários da decisão.

Deve-se notar, ainda, que, mesmo quando a oposição dos embargos de declaração enseja a modificação do julgado como efeito principal (não secundário), está a se operar verdadeiro aprimoramento da prestação jurisdicional, porquanto é inimaginável conceber que um pronunciamento judicial possuidor de erro material ou invalidade insanável possa subsistir no sistema jurídico, embora não se possa falar propriamente em “efeito integrativo” nestes casos, haja vista que a simples presença de erro material ou invalidade insanável não torna, por si, a decisão confusa ou incompreensível, mas, sim, recorrível. Reitera-se, contudo, que, nestas peculiares hipóteses, o manejo dos embargos de declaração é em si mesmo dispensável, cuidando-se de “questões de ordem pública”.

Seja como for, a verdade é que a função de aprimoramento ínsita ao recurso de embargos de declaração faz dele instrumento processual de vocação destacadamente democrática. É que, sob a égide de um Estado Constitucional, de perfil democrático e fundado na dignidade da pessoa humana, toda manifestação do Estado, além de procedimentalizada, deve ser necessariamente controlável pelo povo, de que emana “todo o Poder”, conforme prevê o parágrafo único do art. 1º da Constituição de República Federativa do Brasil (CRFB).

Dessa maneira, os pronunciamentos judiciais, como manifestação do Estado-juiz, devem também ser passíveis de controle pelo

⁵ No sentido do texto, MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 212.

povo, pelos destinatários diretos e indiretos. Como desdobramento necessário, isso implica na possibilidade de se recorrer em busca da integração da decisão judicial, vale dizer, pretendendo-se uma tutela jurisdicional clara, inteligível, compreensível e completa, garantida, inclusive, por força do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional, controle este que deve se realizar de forma íntegra, sem vícios que o comprometam.

Na perspectiva de quem presta a jurisdição, ou seja, os magistrados, a controlabilidade referida sugere possam ser os juízes detentores também de uma legitimidade democrática, posto que não eleitos direta e democraticamente pelo povo, mas escolhidos segundo critérios técnicos. Em outra oportunidade, deixou-se assentado que um dos “instrumentos legitimadores da atividade típica do judiciário” seria justamente a “fundamentação da decisão, a demonstrar a razoabilidade jurídica do entendimento judicial proferido e a comprovar a participação efetiva no processo dos destinatários do comando decisório”⁶.

A vocação democrática dos embargos de declaração é evidente porque referido recurso não se presta, como se disse, em regra, para revisar a decisão, mas, sim, para torná-la melhor no papel de manifestação da soberania estatal na prestação da jurisdição.

É claro que o provimento dos embargos de declaração acaba por beneficiar individualmente o embargante, o que não retira, nem mesmo diminui, a função de aperfeiçoamento que detém o recurso integrativo, de modo a fazer dele instrumento processual a serviço do melhoramento da função jurisdicional em si mesma considerada.

3. AMPLIAÇÃO CONTÍNUA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Justamente por isso - e também em razão da economia processual, à frente tratada - que o perfil dos embargos de declaração tem sido continuamente redesenhado, a fim de se incluir, dentre suas hipóteses de cabimento, novas situações sujeitas à embargabilidade.

Pode-se tentar argumentar, de forma contrária, que os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada, isto é, suas hipóteses estão previstas em lei, de forma exaustiva, cerrada e típica. Embargos de declaração que não sustentem omissão, contradição e obscuridade são inadmissíveis, por irregularidade formal.

Ocorre que as novas situações que legitimam a oposição dos embargos de declaração não são, verdadeiramente, novas hipóteses de

⁶ SILVA, Ticiano Alves e. Processo de ratificação perante o Senado Federal e legitimidade democrática dos Ministros do STF. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, nº 2176, 16 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12988>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

cabimento. Ao fim, consubstanciam situações reconduzíveis às hipóteses já existentes.

Tem-se, assim, preservada a fundamentação vinculada dos embargos de declaração. Por exemplo, a situação de erro material. Imagine-se que, na sentença, tenha sido fixado um termo inicial para o cálculo de correção monetária e na decisão embargada tenha sido adotado outro. Segundo o STJ, cuida-se de erro material, e sujeito à correção mediante a oposição de embargos de declaração⁷. Neste caso, o erro material alegado enquadra-se na hipótese de cabimento omissão.

Pense-se, agora, na situação de invalidade processual insanável, conhecível, como sabido, de ofício. Não ventilada na decisão, incide o juízo claramente em omissão, a desafiar a oposição dos aclaratórios com a finalidade de suprir tal vício.

De mais a mais, não se pode esquecer que tanto o erro material quanto a invalidade insanável podem ser alegados por simples petição e conhecidos de ofício.

Tem-se, também, situação reconduzível às hipóteses existentes quando os embargos de declaração cumprem a função prequestionadora, muitas vezes inexistentes as omissões, somente visando cumprir-se o requisito de admissibilidade “cabimento” (esgotando-se as instâncias) dos recursos extraordinários em sentido amplo (recurso especial e recurso extraordinário). A hipótese de cabimento é omissão.

Mais recentemente, o STF passou a admitir embargos de declaração opostos para modular os efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, mesmo que o legitimado não tenha requerido a modulação na petição inicial⁸.

⁷“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE. EQUIVOCO MANIFESTO. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. EMBARGOS ACOLHIDOS. I - A procedência do pedido que incluiu a correção monetária, ainda que transitada em julgado a sentença, não pode ser interpretada como tendo limitado o termo inicial da correção ao ajuizamento da ação, seja porque a correção monetária visa à mera reposição do valor da moeda, seja porque tal entendimento ensejaria o enriquecimento sem causa da instituição bancária. II - Os embargos declaratórios admitem a modificação do julgado, em situações excepcionais, como o erro manifesto no acórdão embargado”. (EDcl no REsp 259260/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 472)

⁸Informativo do STF nº 599, de 6 a 10 de setembro de 2010: “Embargos de Declaração e Modulação de Efeitos: Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, acolheu embargos de declaração para modular os efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Esclareceu-se que o acórdão embargado tem eficácia a partir da data de sua publicação (21.8.2009). Na espécie, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005, que dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal — v. Informativos 542 e 591. Reconheceu-se, de início, a jurisprudência da Corte, no sentido de inadmitir embargos de declaração para fins de modulação de efeitos, sem que tenha havido pedido nesse sentido antes do julgamento da ação. Entendeu-se que, no caso, entretanto, a declaração não deveria ser retroativa, por estarem configurados os requisitos exigidos pela Lei 9.868/99 para a modulação temporal dos

Indo mais longe, no Informativo nº 619, de 9 a 18 de março de 2011, o STF acolheu embargos de declaração para atribuir eficácia *ex nunc* a decisão proferida em sede de recurso extraordinário, “muito embora o recorrente não houvesse pleiteado a modulação dos efeitos da decisão quando da interposição do referido recurso extraordinário, quer nos autos, quer na sustentação oral”⁹. Diz-se, por oportuno, que não foi reconduzida a situação, nos julgamentos, a nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC, mas somente destacado o “interesse social” da questão, sendo importante “superar as dificuldades formais para o conhecimento dos embargos”.

Fato é que a função de aperfeiçoamento dos embargos de declaração tem se alargado, o que não leva necessariamente à criação de novas hipóteses de cabimento, desde que a nova situação seja enquadrável nos tipos legais já existentes no art. 535 do CPC.

Bem de ver, também, que certas questões (invalidade insanável, por exemplo) podem ser levadas ao conhecimento do juízo por qualquer instrumento processual imediatamente cabível, o que inclui evidentemente os embargos de declaração, em face da importância que estas referidas questões detêm.

4. A UNIFORMIDADE NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO OBJETIVO, SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste momento, passa-se à análise da transformação que se tem presenciado no sistema jurídico brasileiro do *civil law*, a fim de se ressaltar a importância da adoção de uma cultura dos precedentes judiciais.

efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas com base na lei distrital. Mencionou-se, no ponto, que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* acarretaria, dentre outros, a nulidade de todos os atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional, possibilitando que policiais civis que cometeram infrações gravíssimas, puníveis inclusive com a demissão, fossem reintegrados. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que não acolhiam os declaratórios, por não vislumbrar os pressupostos de embargabilidade, e rejeitavam a modulação dos efeitos. ADI 3601 ED/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 9.9.2010. (ADI-3601)”.

⁹ Informativo nº 619 do STF: “Embargos de declaração e modulação dos efeitos em RE: O Plenário, por maioria, acolheu embargos de declaração para atribuir eficácia *ex nunc* à decisão proferida em sede de recurso extraordinário, em que declarada a inconstitucionalidade da cobrança de taxas de matrícula em universidades públicas e editada a Súmula Vinculante 12 — v. Informativo 515. Aduziu-se que, muito embora o recorrente não houvesse pleiteado a modulação dos efeitos da decisão quando da interposição do referido recurso extraordinário, quer nos autos, quer na sustentação oral, seria necessário superar as dificuldades formais para o conhecimento dos embargos. Ponderou-se que, além de a decisão ser revestida de vasta abrangência e excepcional interesse social, haveria uma relevante questão de ordem prática a ser solucionada, tendo em vista a possibilidade de as instituições de ensino serem obrigadas a ressarcir todos os estudantes que eventualmente pagaram as citadas taxas no passado. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes destacou a delicada situação financeira das

Tem-se notado uma convergência dos sistemas jurídicos, uma aproximação recíproca entre as famílias do *civil law* e do *common law*. Institutos como a súmula vinculante, a repercussão geral, a súmula impeditiva de recursos, o julgamento por amostragem, o julgamento de improcedência liminar etc. demonstram que o Brasil caminha para a construção de um sistema precedentalista. Noutro giro, países de forte tradição no sistema do *common law*, em que a criação judicial do direito tem precedência, como por exemplo Inglaterra e Estados Unidos da América, observam uma crescente produção legislativa.

Certamente, estes institutos (súmula vinculante, repercussão geral etc.), todos eles originários, direta ou indiretamente, da Emenda Constitucional nº 45/2004, foram criados antes para imediatamente aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário, notadamente dos Tribunais Superiores, do que para criar um sistema de precedentes no Brasil, embora seja esta a consequência verificável a médio e longo prazo, ou seja, mediatamente.

Seja como for, é vergonhoso para o sistema judicial brasileiro ter que (tentar) explicar ao povo por que pessoas que titularizam relações jurídicas de direito material idênticas, ou seja, em que se discute a mesma questão de direito, recebem provimentos jurisdicionais diametralmente diferentes. Isso, à evidência, esvazia a jusfundamentalidade de um dos direitos mais básicos, porque de primeira dimensão: o direito fundamental à igualdade, mas especificamente a igualdade diante de decisões judiciais. O único discrimine existente - juízos diferentes - não justifica racionalmente a discriminação entre as pessoas. Vale dizer, se, no aspecto substancial, o direito fundamental à igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, a desigualdade existente no caso (Varas diferentes, Tribunais Estaduais diferentes) não é fundamento para um tratamento desigual. Forte nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, pode-se afirmar que:

Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de

universidades, bem como o fato de que tais recursos seriam, inclusive, destinados a fornecer bolsas aos próprios estudantes, atingindo, portanto, finalidade pública. Por fim, garantiu-se o direito de eventual ressarcimento aos que já houvessem ingressado, individualmente, com o respectivo pleito. Vencido o Min. Marco Aurélio que desprovia o recurso por entender inexistir omissão a ser sanada na via de embargos, cujo acolhimento implicaria mudança de manifestação da Corte, em contrariedade ao princípio da segurança jurídica. RE 500171 ED/GO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 16.3.2011. (RE-500171)".

se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a idéia imprescindível de igualdade perante a jurisdição¹⁰.

E, mais à frente, continua o citado autor, dizendo que:

Tudo isso quer dizer que, embora o juiz possa criar a norma jurídica, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade. Aplica-se aí, literalmente, a máxima do *common law*, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*)¹¹.

Por outro lado, o direito fundamental à segurança jurídica também fica comprometido. Previsto na cabeça do art. 5º da CRFB e, implicitamente, na previsão constitucional da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, o direito fundamental à segurança é ínsito a um Estado de Direito. Sem uniformidade na interpretação do direito, os sujeitos não sabem o que esperar nem que comportamento adotar. Falta previsibilidade. Se o entendimento sobre determinada questão de direito é um hoje e outro amanhã, ou se num mesmo Tribunal se têm entendimentos diversos, as pessoas não só não sabem o que esperar da outra, como também não têm certeza como elas mesmas devem se portar diante uma tal relação jurídica. Isso gera incerteza nas pessoas (aspecto subjetivo) e instabilidade do ordenamento jurídico (aspecto objetivo), que não possui uma (única) resposta pronta e segura às questões que lhe são postas (descontinuidade do ordenamento). O direito fundamental à segurança, aqui, pode ser visualizado, portanto, sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. Conforme Luiz Guilherme Marinoni,

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2011. Publicado também na coletânea: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 227 e seguintes.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2011. Publicado também na coletânea: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 227 e seguintes.

Não obstante, para que a idéia de segurança jurídica não se perca em uma extrema generalidade, convém discriminar dois elementos imprescindíveis à sua caracterização. Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se portar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às conseqüências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das conseqüências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso¹².

Nota-se, pois, que o direito fundamental à igualdade e o direito fundamental à segurança jurídica impõem a adoção de um sistema precedentalista, que, de mais a mais, já se encontra previsto nas competências constitucionais do STJ para uniformizar a interpretação da legislação federal e do STF para dar a última palavra no que se refere ao conteúdo das normas constitucionais¹³, sendo, ainda, a força dos precedentes carecedora de regulamentação infralegal, que vem sendo

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da segurança jurídica*. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2011. Publicado também na coletânea: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 211 e seguintes.

¹³ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, segundo quem: “Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra geral que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para darem origem a um sistema de precedentes vinculantes”. MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da segurança jurídica*. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2011. Publicado também na coletânea: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 211 e seguintes.

empreendida nos últimos anos mediante a criação de instrumentos como a súmula vinculante, a repercussão geral etc.

5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL: A DIVERGÊNCIA NO ÂMBITO DO STJ E DO STF

Antes de se defender a tese do cabimento dos embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial, impõe-se noticiar que o tema não é pacífico no âmbito do STF e do STJ.

Embora referida divergência não sirva para comprovar o acerto da tese, presta-se ao menos para revelar a importância da mesma, de inegável utilidade prática, conhecidos que são o tempo e o custo do processo.

Com efeito, existem duas posições bem delineadas no âmbito tanto do STJ como do STF.

Primeiramente, será objeto de análise a divergência existente no STJ. A ela, pois.

A primeira posição do STJ (mais tradicional, que se pode ter como majoritária) é aquela que defende não ser possível a oposição de embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial.

Segundo Miguel Josino e Rodrigo Leite,

Para esta corrente de pensamento, a existência de jurisprudência posterior favorável à tese defendida, bem como eventual mudança de entendimento jurisprudencial, por si só, não comporta o acolhimento de embargos de declaração, que são cabíveis somente nas hipóteses de omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535 do Código de Processo Civil¹⁴.

Por todos, conferir:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA ADEQUAR O ACÓRDÃO À NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL ANTERIOR À ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INADMISSIBILIDADE DOS ACLARATÓRIOS DOS CONTRIBUINTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL PARA FAZER

¹⁴ JOSINO, Miguel; LEITE, Rodrigo Costa Rodrigues. *Análise das divergências jurisprudenciais no STF e STJ*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 263.

CONSTAR DO ACÓRDÃO A INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. OMISSÃO CONFIGURADA. EMBARGOS ACOLHIDOS. **1. Os embargos de declaração somente são cabíveis para sanar omissão, obscuridade ou contradição na sentença ou acórdão. Quando assim interpostos e acolhidos, podem eventualmente gerar efeitos infringentes se o suprimento da omissão, o esclarecimento da obscuridade ou a supressão da contradição gerarem essa consequência.** Precedentes: EDcl na SEC 969 / AR, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 05 de março de 2008; EDcl no AgRg nos EAg 305.080 / MG, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 19 de fevereiro de 2003. **2. Não têm os embargos de declaração a faculdade de alterar decisão para ajustá-la a orientação posteriormente firmada.** Precedentes: EDcl nos EREsp 75.197 / SP, Corte Especial, Rel. Min. Hélio Mosimann, julgado em 07/05/1997; EDcl nos EREsp. N° 480.198 - MG, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 25 de agosto de 2004. **3. Exceção à regra acima se dá quando ocorre o julgamento do recurso especial em momento posterior à alteração da jurisprudência. Neste caso, é cabível, excepcionalmente, o manejo dos embargos de declaração para modificação do julgado.** Precedente: EDcl no REsp 554096 / SE, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 15 de setembro de 2005. 4. O julgamento do presente recurso especial se deu em data anterior à mudança de orientação jurisprudencial, impondo a não-acolhida dos aclaratórios. 5. O provimento do recurso especial importa na inversão do ônus da sucumbência havendo omissão no acórdão que assim não determina. 6. Embargos de declaração dos contribuintes rejeitados e embargos de declaração da Fazenda Nacional acolhidos, sem efeitos infringentes¹⁵. (destacou-se).

Como se nota, o argumento principal de que se vale esta corrente para rejeitar os embargos de declaração é que a alteração jurisprudencial superveniente à decisão embargada não se enquadra em nenhum dos tipos legais previstos no art. 535 do CPC, vale dizer, omissão, obscuridade e contradição.

¹⁵ EDcl no REsp 1044019/SC, Rel. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 01/12/2008.

Nesse sentido, colhe-se significativo excerto do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferido nos EDcl no AgRg no REsp 1.070.004, que bem retrata as razões desta posição conservadora:

Os Embargos de Declaração não podem ser utilizados com a finalidade de sustentar eventual incorreção do *decisum* hostilizado ou de propiciar novo exame da própria questão de fundo, em ordem a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido. A obtenção de efeitos infringentes a Embargos de Declaração somente é possível quando reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do art. 535 do CPC, e, da correção do vício, decorra a alteração do julgado.

A segunda posição, por sua vez, que parece minoritária, aduz ser possível a interposição do recurso de embargos de declaração para alinhar o resultado do julgamento à novel jurisprudência.

Como exemplo, cite-se julgado emblemático noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 406 do STJ, de 07 a 11 de setembro de 2009:

A Seção acolheu os embargos de declaração com efeitos infringentes a fim de reconhecer a incompetência deste Superior Tribunal para julgar conflito de competência estabelecido entre juizado especial federal e juiz de primeiro grau da Justiça Federal da mesma Seção Judiciária, determinando a remessa dos autos ao TRF da 4ª Região para deslinde do conflito. Essa decisão é contrária à Súm. n. 348-STJ e foi tomada em razão de julgamento do STF no RE 590.409-RJ, na sessão plenária de 26/8/2009. Aquele Tribunal considerou, nos termos do art. 105, I, d, da CF/1988, que a competência do STJ para julgar conflitos de competência está circunscrita aos litígios que envolvam tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos. Dessa forma, a competência para dirimir o conflito, nesses casos, é do TRF ao qual o juiz suscitante e o juizado suscitado estão vinculados. EDcl no AgRg no CC 103.085-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgados em 9/9/2009. (destacou-se).

No caso, cuidava-se de conflito de competência entre Juizado Especial Federal e Juízo de primeiro grau da Justiça Federal. O STJ, aplicando o enunciado nº 348¹⁶ da súmula de sua jurisprudência predominante, havia julgado o conflito.

¹⁶“Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária”.

Posteriormente, o STF, no RE 590.409, decidiu que:

Os juízes de primeira instância, tal como aqueles que integram os Juizados Especiais, estão vinculados ao respectivo Tribunal Regional Federal, ao qual cabe dirimir os conflitos de competência que surjam entre eles¹⁷.

Com isso, a parte interessada opôs embargos de declaração requerendo ao STJ fosse aplicado o superveniente entendimento do STF, que representava efetivamente uma alteração jurisprudencial. Com nítido caráter infringente, o embargante pretendia a alteração da decisão, a fim de ver declarada a incompetência do STJ para julgar o conflito.

Ao fim, “a Seção acolheu os embargos de declaração com efeitos infringentes a fim de reconhecer a incompetência deste Superior Tribunal para julgar conflito de competência”.

Em outro julgado, mais antigo, o STJ alterou o resultado do julgamento, após a parte embargante sustentar a alteração da jurisprudência do Tribunal a respeito do prazo de prescrição dos tributos lançados por homologação. Na decisão, da lavra da Ministra Eliana Calmon, restou consignado que:

Considerando a mudança de orientação jurisprudencial sobre o termo *a quo* da prescrição, necessária a adequação do presente julgamento, fazendo-se pertinente a medida em atenção ao princípio da economia processual, prevenindo a interposição de prováveis embargos de divergência.

Percebe-se, pois, que a economia processual foi o argumento de que se valeu o Tribunal para alterar a decisão, dando efeitos infringentes aos embargos de declaração.

¹⁷“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, PERTENCENTES À MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. JULGAMENTO AFETO AO RESPECTIVO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. JULGAMENTO PELO STJ. INADMISSIBILIDADE. RE CONHECIDO E PROVIDO. I. A questão central do presente recurso extraordinário consiste em saber a que órgão jurisdicional cabe dirimir conflitos de competência entre um Juizado Especial e um Juízo de primeiro grau, se ao respectivo Tribunal Regional Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. II - A competência do STJ para julgar conflitos dessa natureza circunscreve-se àqueles em que estão envolvidos tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, d, da CF). III - Os juízes de primeira instância, tal como aqueles que integram os Juizados Especiais estão vinculados ao respectivo Tribunal Regional Federal, ao qual cabe dirimir os conflitos de competência que surjam entre eles. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RE 590409, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-07 PP-01403 LEXSTF v. 31, nº 371, 2009, p. 275-288).

Deve-se dizer, ainda, que o STJ distingue os embargos de declaração que pretendem a revisão da decisão embargada a fim de alinhá-la com a mudança jurisprudencial superveniente e os aclaratórios opostos visando a alteração do julgado com fundamento em entendimento jurisprudencial mudado anteriormente ao julgamento do recurso.

Num caso, há o julgamento e depois a alteração jurisprudencial, manejando a parte interessada, em seguida, os embargos de declaração a fim de alterar o resultado do julgamento. Noutro, há a mudança de jurisprudência e depois o julgamento que desconsidera o precedente, opondo a parte os aclaratórios a fim de também alterar a decisão.

No primeiro caso, a jurisprudência do STJ, majoritariamente, inadmite os embargos de declaração; no segundo, o recurso integrativo é admitido. Como se verá à frente, a distinção não tem razão de ser. Nesse sentido, colhe-se do voto do Ministro Sidnei Beneti, nos EDcl nos EDcl no REsp 778912:

Inviável a atribuição de efeito infringente aos Embargos de Declaração, a pretexto de alteração da jurisprudência a respeito da matéria, mormente quando a mudança de orientação tiver ocorrido em data posterior ao julgamento do Recurso Especial que, com base no entendimento então prevalecente, decidiu a causa.

No STF, também, existe divergência sobre o tema.

No Supremo Tribunal, em sede de *habeas corpus*, foi dado provimento a embargos de declaração opostos visando o reexame da pretensão anteriormente apreciada justamente em razão da superveniência de entendimento jurisprudencial diverso daquele adotado na decisão embargada.

No caso, o embargante pedia que a decisão recorrida fosse alterada para reconhecer a possibilidade de progressão de regime a ele, condenado, por crime hediondo ou a este equiparado, na linha do quanto decidido pelo STF no histórico HC 82.959, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que previa cláusula vedatória.

Após reconhecer a excepcionalidade do caso, o Ministro Celso de Mello acolheu os aclaratórios, destacando “o altíssimo valor do bem jurídico tutelado (o direito de liberdade do condenado)”¹⁸.

¹⁸“CRIME HEDIONDO OU DELITO A ESTE EQUIPARADO - IMPOSIÇÃO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 - PROGRESSÃO DE REGIME - ADMISSIBILIDADE - EXIGÊNCIA, CONTUDO, DE PRÉVIO CONTROLE DOS DEMAIS REQUISITOS, OBJETIVOS E SUBJETIVOS, A SER

Noutra ocasião, porém, o STF rejeitou os embargos de declaração que buscavam o rejuízo da causa com fundamento em mudança de jurisprudência:

Alegação de mudança da orientação da Corte sobre os institutos da redução da base de cálculo e da isenção parcial. Distinção irrelevante segundo a nova postura jurisprudencial. Acórdão carente de vício lógico. Embargos de declaração rejeitados¹⁹.

6. CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA AJUSTAR DECISÃO A NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Conforme antecipado, defende-se, aqui, a tese segundo a qual é cabível o recurso de embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial.

O fundamento principal de referida tese não é outro que o adotado também pela posição minoritária do STJ: economia processual.

Notoriamente, as últimas reformas na legislação processual civil tiveram a preocupação com o aumento da efetividade (incluindo a produtividade) e a diminuição do tempo do processo, mediante, principalmente, a supressão das etapas mortas do processo, tempo em que este fica parado nas prateleiras esperando andamento.

EXERCIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO (LEP, ART. 66, III, "B"), EXCLUÍDA, DESSE MODO, EM REGRA, NA LINHA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (RTJ 119/668 - RTJ 125/578 - RTJ 158/866 - RT 721/550), A POSSIBILIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EXAMINANDO PRESSUPOSTOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA NA VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS", DETERMINAR O INGRESSO IMEDIATO DO SENTENCIADO EM REGIME PENAL MENOS GRAVOSO - RECONHECIMENTO, AINDA, DA POSSIBILIDADE DE O JUIZ DA EXECUÇÃO ORDENAR, MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO - IMPORTÂNCIA DO MENCIONADO EXAME NA AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE E DO GRAU DE PERICULOSIDADE DO SENTENCIADO (RT 613/278) - EDIÇÃO DA LEI Nº 10.792/2003, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 112 DA LEP - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE, EMBORA OMITINDO QUALQUER REFERÊNCIA AO EXAME CRIMINOLÓGICO, NÃO LHE VEDA A REALIZAÇÃO, SEMPRE QUE JULGADA NECESSÁRIA PELO MAGISTRADO COMPETENTE - CONSEQÜENTE LEGITIMIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DO EXAME CRIMINOLÓGICO (RT 832/676 - RT 836/535 - RT 837/568) - PRECEDENTES - **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS COM FUNDAMENTO EM SUPERVENIENTE ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE TORNA ACOLHÍVEIS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NÃO OBSTANTE O SEU CARÁTER INFRINGENTE, CONSIDERADO O ALTÍSSIMO VALOR DO BEM JURÍDICO TUTELADO (O DIREITO DE LIBERDADE DO CONDENADO) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS, COM EFEITO MODIFICATIVO, PARA O FIM DE DEFERIR, EM PARTE, O PEDIDO DE HABEAS CORPUS**". (HC 85963 ED, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2006, DJ 27-10-2006 PP-00062 EMENT VOL-02253-02 PP-00296 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 520-524). (destacou-se).

¹⁹ RE 174478 ED, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJE-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-02 PP-00243.

Com efeito, a tramitação do processo após a prática de qualquer ato processual consome muito tempo, sobretudo quando a apreciação do ato compete a outro órgão jurisdicional, como acontece na interposição de qualquer recurso, com exceção dos embargos de declaração.

Com isso, é mais do que evidente que a oposição dos embargos de declaração com pedido de alinhamento da decisão recorrida à alteração jurisprudencial dada posteriormente ao julgamento impõe-se por uma questão de economia processual.

Imagine-se a seguinte hipótese. De forma monocrática, um Ministro da 1ª Turma do STJ nega provimento a um recurso especial (art. 557, *caput*, CPC), em consonância com o entendimento já tantas vezes reiterado da Turma a que pertence, mas ciente de que se encontrava pendente de julgamento embargos de divergência na Primeira Seção sobre a mesma matéria²⁰. Logo após, referidos embargos de divergência são julgados, fixando-se entendimento diverso daquele adotado pela 1ª Turma. Adotando-se a posição que nega possam os embargos de declaração ser opostos para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial²¹, tem-se que a parte prejudicada deverá interpor agravo interno, a fim de que seu recurso seja julgado pelo colegiado da 1ª Turma e, enfim, seja aplicado o entendimento prevalecente. Se o julgamento do recurso especial tiver sido feito pelo colegiado da 1ª Turma, a situação será ainda pior, porque, aí, o acórdão desafiará o recurso de embargos de divergência, cuja tramitação será ainda mais lenta e dificultosa, obrigando a Primeira Seção a decidir questão recentemente pacificada.

Acolhendo-se a tese que aqui se defende, a parte prejudicada oporia embargos de declaração apontando a novel alteração jurisprudencial e pedindo a revisão da decisão ou do acórdão, a fim de alinhá-lo com o mais recente precedente da Corte, reforçando sua autoridade.

A economia processual aí é incomensurável. O número de etapas mortas do processo diminuiria sensivelmente, porquanto o ato jurídico processual - embargos de declaração - seria julgado pelo mesmo

²⁰ Regimento Interno do STJ: "Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos".

²¹ Para piorar, o STJ tem entendimento pacífico e reiterado no sentido de serem incabíveis embargos de declaração contra decisão monocrática de relator, embora, por força do princípio da fungibilidade, admita-os como agravo interno. Por todos, conferir: EDcl no REsp 1228463/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011.

órgão que exarou a decisão recorrida, de modo que a tramitação do processo seria bem menor e mais rápida. Igualmente, diminuiriam o número de servidores que trabalhariam no processo, o tempo das reuniões do colegiado, e, contando com a força que um precedente possui, desestimularia a impugnação recursal da parte contrária, acelerando o trânsito em julgado e, conseqüentemente, a efetividade da prestação jurisdicional.

O mesmo exemplo pode ser colhido dos Tribunais de Justiça locais e dos Tribunais Regionais Federais. Imagine-se que uma apelação foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que adotou entendimento que uma semana depois veio a ser alterado pelo STJ. Imaginar que a parte prejudicada deverá, primeiramente, opor embargos de declaração com fins prequestionadores e, depois, interpor o recurso especial é fazer do processo um martírio, um fim em si mesmo, em que a forma prevalece sobre tudo, inclusive sobre valores de índole constitucional. A economia processual autoriza que a parte lesada oponha embargos de declaração, pedindo a revisão do julgado, a fim de conformá-lo ao precedente do STJ.

Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier:

Os sistemas recursais são um meio pelo qual se entende ser possível obter uma forma mais qualificada de prestação jurisdicional. Essa é a única justificativa possível para a existência dos recursos. De fato, não se podem conceber os sistemas recursais como uma forma de se obterem, pura e simplesmente, várias “opiniões” sobre o caso, todas de igual valor.

Mas o tiro não pode *sair pela culatra*: sob o pretexto de se aprimorar a prestação jurisdicional, não se pode criar um sistema recursal que não rende, que, sobretudo, seja um fator de *emperramento* do processo.

É necessário que não se perca de vista que o processo é um método. Um método é um caminho *facilitado* para se chegar a algum lugar. Um método *complexo* é uma *contraditio in terminis*, ou seja, é uma expressão que contém, em si mesma, uma contradição.

Quer-se um processo que renda: um processo de resultados. Que renda em si mesmo e que renda para a sociedade. Que renda, no sentido de proporcionar o máximo de aproveitamento da atividade do poder Judiciário, vista como um todo²².

²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos como uma forma de fazer “render” o processo no Projeto 166/2010. Palestra proferida em curso organizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, ano 35, nº 189, p. 276, nov. 2010.

Como se percebe, a ideia de economia processual é uma constante na construção dos procedimentos, notadamente nos recursais, e é a tônica do Projeto de Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 166/2010).

Sem embargo, juntamente com a ideia de economia processual, o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB) também ampara a defesa da tese. Todo processo tem um tempo. Ao contrário do que se pensa, o tempo do processo não pode ser extremamente curto, sob pena de restar menoscabado o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa e a própria qualidade da atividade jurisdicional. A apresentação das teses, a comunicação dos atos processuais, a produção das provas, a resolução de incidentes, o julgamento da demanda etc. exigem tempo. Por outro lado, o processo não pode perdurar indefinidamente, dando ensejo a um estado de incerteza e tensão constantes, colocando em descrédito o Judiciário. Justiça tardia é o mesmo que injustiça. Daí se falar em duração razoável do processo. O direito fundamental não ampara a pretensão a um processo célere, mas, sim, o direito a um processo que dure o tempo certo, nem muito, nem pouco, só o razoável, o suficiente.

Nesta linha, as partes podem se valer dos embargos de declaração requerendo a reforma do julgado para fins de impor ao juízo recorrido a autoridade de um precedente judicial recentemente produzido por órgão superior, mesmo porque a orientação jurisprudencial, mais dia, menos dia, terminaria sendo aplicada ao caso. A duração do processo, aí, pode ser abreviada, sem nenhum prejuízo para a prestação jurisdicional. A duração da atividade jurisdicional não pode ser prolongada para além do razoável, impondo às partes um processo com dilações indevidas.

Argumenta-se, contrariamente, que a alteração jurisprudencial posterior ao julgamento não se enquadra num dos vícios do art. 535 do CPC, quais sejam, omissão, obscuridade e contradição.

Conforme o entendimento de Miguel Josino e Rodrigo Leite:

Acreditamos que a posição mais tradicional, por assim dizer, é também a mais adequada, visto que os embargos de declaração só são cabíveis quando presentes os vícios omissão, obscuridade e contradição, requisitos estes que devem estar contidos na decisão recorrida, sendo irrelevante a análise dos elementos externos como a eventual mudança na jurisprudência de determinado tribunal²³.

²³ JOSINO, Miguel; LEITE, Rodrigo Costa Rodrigues. *Análise das divergências jurisprudenciais no STF e STJ*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 266.

Aqueles que defendem a oposição dos embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial o fazem alegando contradição. Nesse sentido, existiria uma contradição entre a tese jurídica adotada na decisão embargada e a tese consagrada pelo Tribunal Superior, notadamente o STJ e o STF.

Defende-se, contudo, ser caso de omissão. Isso porque a contradição deve existir na própria decisão, entre a fundamentação e a conclusão, por exemplo. Seja como for, sendo o caso de omissão ou contradição, a verdade é que são cabíveis os embargos de declaração, e o efeito de seu provimento é o mesmo: a reforma do julgado, com a adoção da tese jurídica supervenientemente consagrada no âmbito dos Tribunais responsáveis pela uniformização da interpretação do direito.

Percebe-se que a situação ora tratada - embargos de declaração e alteração jurisprudencial - não é nova hipótese de cabimento dos aclaratórios, mas, sim, situação reconduzível ao tipo já previsto de omissão.

Posto isto, impõe-se comprovar, agora, em que consiste a omissão. Sim, porque, a princípio, não se pode censurar uma decisão judicial por omissão, se a omissão alegada só surgiu após o julgamento. Nisso, sem dúvida, consiste a força do argumento daqueles que defendem a impossibilidade de oposição de embargos de declaração na situação ora tratada.

O (único) argumento da tese contrária, embora seja forte, não convence. Explica-se.

O precedente judicial é direito.

Quando se fala na força dos precedentes, na verdade, quer-se dizer força da *ratio decidendi*. O precedente é formado por vários elementos. Somente um destes elementos - a *ratio decidendi* - é que possui a força vinculativa ou persuasiva.

Ratio decidendi, por sua vez, são as razões jurídicas da decisão, ou seja, a posição jurídica, dentre as razoavelmente sustentáveis, adotada pelo órgão julgador. Nas palavras de Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira:

A *ratio decidendi* - ou, para os norte-americanos, a *holding* - são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese acolhida pelo órgão julgador no caso concreto²⁴.

²⁴ DIDIER, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 385.

A *ratio decidendi* (ou, grosso modo, o precedente) é direito porque não se tem como negar, na quadra atual, a atividade criativa/reconstrutiva do magistrado na solução das controvérsias que lhe são postas a julgamento.

Conforme Eros Grau:

... a interpretação do direito tem caráter constitutivo - não meramente declaratório, pois - e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão²⁵.

Não se pode confundir texto legal e norma. Norma é o texto legal interpretado/aplicado. Impossível fazer-se a leitura de qualquer dispositivo legal (texto) sem vislumbrar-se, ainda que inconscientemente, sua aplicação a um determinado caso, mesmo que hipotético. Interpretado/aplicado o texto legal, surge a norma jurídica.

O juiz, quando julga, produz (cria) duas normas jurídicas. Uma, a norma individual, encontrada no dispositivo da decisão, que servirá para pôr fim a controvérsia, e que vincula somente as partes da demanda. Outra - de onde a norma individual foi extraída -, a norma jurídica fruto da interpretação/aplicação do texto legal (norma em potencial, conforme Eros Grau), que pretende regular um tipo de relação jurídica que foi submetida à apreciação jurisdicional, situada na fundamentação, donde pode ser extraída uma tese jurídica aplicável a um sem número de casos análogos (*ratio decidendi*), a considerar a massificação das relações sociais dos dias atuais. Segundo ensina Luiz Guilherme Marinoni:

De modo que a criação da norma jurídica mediante a conformação da lei e da legislação pode ser dita *uma norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual para regular o caso concreto*. Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é *voltada especificamente à regulação de um caso concreto*²⁶.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 97.

Questão de direito, como notório, constitui matéria sujeita à cognição judicial independentemente de provocação (*iura novit curia*). Ou seja, o juiz pode conhecer do direito de ofício e dar aos fatos alegados pelas partes qualificação jurídica diversa daquela pretendida pelos interessados, obedecida, é claro, a prévia oportunidade de manifestação e contradição, forte no conteúdo constitucional do direito fundamental ao contraditório²⁷.

Se, depois de exarada a decisão (em sentido amplo), sobrevém alteração jurisprudencial capaz de mudar o resultado do julgamento, nada impede - antes recomenda - que o magistrado consagre o novo entendimento e dê provimento aos embargos de declaração, de modo a abreviar o tempo do processo e racionalizar a atividade jurisdicional, dando cumprimento aos direitos fundamentais da igualdade, da segurança e da razoável duração do processo.

Assim como ocorre com o erro material, pode também o juiz conhecer do precedente de ofício, alterando o resultado do julgamento, desde que, repisa-se, abra às partes prazo para se manifestarem sobre a aplicação ou não do precedente no caso sob exame.

Se porventura o juiz não aplica o precedente surgido depois da decisão, omite-se acerca de questão de direito (a *ratio decidendi*) conhecível de ofício, podendo as partes se valer do instrumento processual imediatamente cabível, qual seja, os embargos de declaração.

A parte prejudicada, isto é certo, poderia protocolizar simples petição, noticiando ao juízo a alteração da jurisprudência. Ocorre que tal instrumento não teria o condão de interromper o prazo de interposição de outro recurso (art. 538, CPC), o que poderia ensejar prejuízo ainda maior, no caso de não acolhimento de seus argumentos, configurado no trânsito em julgado prematuro da causa que se pretende ainda discutir.

Tampouco o art. 463 do CPC impõe obstáculo à subsistência da tese. No citado dispositivo, estão elencadas as hipóteses que autorizam o juiz a alterar a sentença mesmo depois de publicada. Dentre tais hipóteses, inclui-se a oposição de embargos de declaração. Logo, sendo o não conhecimento, de ofício, de precedente judicial enquadrável como omissão, possível é a interposição dos aclaratórios e, pois, a alteração da sentença.

Usando-se a mesma premissa aqui adotada - o precedente judicial como direito -, pode-se, de forma contrária, sustentar a vedação de aplicação retroativa da norma (precedente), que só deve valer para casos

²⁷ “Ante todo o exposto, chega-se à conclusão de que o contraditório constitui-se em verdadeiro direito fundamental de participação, sendo entendido, contemporaneamente, para além de uma noção conceitual de conteúdo limitado (binômio informação/manifestação), como o direito de influenciar de forma efetiva na convicção do magistrado, tornando, por isso mesmo, o exercício da função estatal jurisdicional legítima e democrática”. SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, ano 35, nº 182, p. 234, abr. 2010.

vindouros, vez que ao caso submetido à apreciação do Judiciário foi aplicada a norma jurídica (o entendimento judicial) produzida ao tempo de seu julgamento.

Tal argumento, contudo, só teria aplicabilidade na hipótese do caso restar transitado em julgado, quando, então, qualquer rediscussão da causa ficaria obstada por força da imutabilidade que recobriria o quanto decidido.

Quando a causa ainda está pendente, contudo, o argumento mostra-se inaplicável. Basta, para tanto verificar, que à parte interessada ainda se abrem as vias recursais a fim de, demonstrando a força do precedente e sua aplicação ao caso, reformar a decisão, alinhando-a ao entendimento jurisprudencial que veio a ser sufragado, posto que depois da decisão atacada. Com isso, quer-se dizer que, mais cedo ou mais tarde, a decisão em confronto com a novel jurisprudência será reformada, não sendo caso de vedar-se a aplicação do precedente recente.

Tem-se, assim, como possível a oposição de embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial, porquanto há omissão do órgão julgador quando não aplica precedente surgido supervenientemente à decisão, haja vista tratar-se a *ratio decidendi* de questão de direito e, portanto, conhecível de ofício.

7. A DINÂMICA DO PROCEDIMENTO

Sendo possível o cabimento dos embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial, algumas observações acerca do procedimento devem ser feitas, a fim de que a obediência à força dos precedentes não gere violência para o lado adverso.

Assim, nos embargos de declaração a parte recorrente deve noticiar a superveniência da alteração jurisprudencial, informando o número do julgado, bem como outros dados do processo que tornem possível o conhecimento do precedente. Embora não seja necessário, pode o recorrente, também, juntar o inteiro teor do acórdão, onde, decerto, estará explicitada a *ratio decidendi* que servirá como precedente persuasivo ou vinculativo (obrigatório), tudo em nome da cooperação que deve nortear a atuação das partes em juízo.

No corpo da petição, deve o embargante confrontar o seu caso concreto com o precedente, demonstrando comparativamente a coincidência dos fatos jurídicos nucleares discutidos em sua demanda e aqueles que serviram de base para o precedente.

Podendo ensejar a reforma da decisão (efeito infringente ou modificativo), deve o magistrado, em nome do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, abrir prazo para manifestação da parte contrária.

A parte contrária poderá, confrontando os casos (o seu, pendente de julgamento, e o precedente), fazer o *distinguish*, ou seja, a distinção, comprovando que a *ratio decidendi* do precedente é inaplicável ao caso sob julgamento, em razão de alguma peculiaridade ou mesmo em face da total descoincidência das relações jurídicas de direito material discutidas no seu processo e naquele outro que deu origem ao precedente.

Pode também a parte embargada aduzir argumento jurídico novo, não vislumbrado pelo Tribunal do qual se originou o precedente, com potencialidade de ensejar uma superação, total (*overruling*) ou parcial (*overriding*), daquela *ratio decidendi* anteriormente adotada.

Depois do contraditório, o magistrado irá decidir os embargos de declaração. Não sendo caso de juízo negativo de admissibilidade, o juízo irá prover o recurso, demonstrando a aproximação bastante entre o caso sob julgamento e o paradigma, ou irá negar provimento, demonstrando a descoincidência entre os casos, alguma peculiaridade que afasta o precedente ou, ainda, a apresentação de argumento novo e sério capaz de ensejar nas instâncias superiores a superação do precedente.

8. CONCLUSÃO

(i) Os embargos de declaração possuem uma função de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

(ii) A função de aprimoramento ínsita ao recurso de embargos de declaração faz dele instrumento processual de vocação destacadamente democrática. É que, sob a égide de um Estado Constitucional, de perfil democrático e fundado na dignidade da pessoa humana, toda manifestação do Estado, além de procedimentalizada, deve ser necessariamente controlável pelo povo, de que emana “todo o Poder”, conforme prevê o parágrafo único do art. 1º da Constituição de República Federativa do Brasil (CRFB).

(iii) A função de aperfeiçoamento dos embargos de declaração tem se alargado, o que não leva necessariamente à criação de novas hipóteses de cabimento, desde que a nova situação seja enquadrável nos tipos legais já existentes no art. 535 do CPC.

(iv) Tem-se notado uma convergência dos sistemas jurídicos, uma aproximação recíproca entre as famílias do *civil law* e do *common law*.

(v) O direito fundamental à igualdade e o direito fundamental à segurança jurídica impõem a adoção de um sistema precedentalista, que, de mais a mais, já se encontra previsto nas competências constitucionais do STJ para uniformizar a interpretação da legislação federal e do STF para dar a última palavra no que se refere ao conteúdo das normas constitucionais.

(vi) Sobre o cabimento dos embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial, existem duas posições bem delineadas no âmbito tanto do STJ como do STF.

(vii) A primeira posição (mais tradicional, que se pode ter como majoritária) é aquela que defende não ser possível a oposição de embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial. O argumento principal de que se vale esta corrente para rejeitar os embargos de declaração é que a alteração jurisprudencial superveniente à decisão embargada não se enquadra em nenhum dos tipos legais previstos no art. 535 do CPC, vale dizer, omissão, obscuridade e contradição.

(viii) A segunda posição, por sua vez, que parece minoritária, aduz ser possível a interposição do recurso de embargos de declaração

para alinhar o resultado do julgamento à novel jurisprudência, com fundamento na economia processual.

(ix) É possível a oposição de embargos de declaração para ajustar decisão a novo entendimento jurisprudencial, porquanto há omissão do órgão julgador quando não aplica precedente surgido supervenientemente à decisão, haja vista tratar-se a *ratio decidendi* de questão de direito e, portanto, conhecível de ofício. Tudo isso por força da economia processual, da razoável duração do processo, da segurança e da igualdade.

O PENSAMENTO COMPLEXO E A CIÊNCIA JURÍDICA

Fabiano Buriol

Procurador do Estado

RESUMO: Estuda-se no presente artigo, inicialmente, o conceito de pensamento complexo, de Edgar Morin e, após, relações entre o pensamento complexo e a ciência jurídica, encontrando-se pontos de encontro e pontos de conflito. Adotando a noção de que o pensamento complexo não pode desconsiderar as relações entre as mais diversas formas de conhecimento, foram abordados, ainda que superficialmente, temas como a cultura da comunidade como contexto relevante na apreciação das palavras e atos, bem como a interferência da cultura na possível descriminalização de tipo penal. Também foi analisado o conceito de interesse público, demonstrando-se que na construção desse conceito o todo não foi considerado apenas como a soma das partes, ideia defendida por Morin. Ainda, foi estudado o instituto do indigenato, que implica nos desnudarmos do pensamento civilista ao qual estamos acostumados. Prosseguindo, identificou-se a conexão entre o pensamento de Morin - afastando a ideia do homem como dominador da natureza - e a discussão sempre atual das teorias antropocentrista e biocentrista. Por fim, analisou-se o pensamento de Morin no sentido de que devemos vencer a especialização e o confronto desse entendimento com as necessidades atuais de especialização, focando-se como exemplo principal o Direito Ambiental.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O que é pensamento complexo? 2 Da necessidade de um pensamento complexo; 2.1 Conhecer o contexto; 2.2 Conhecer as partes e também o todo; 2.3 Nós e o meio ambiente; 2.4 Vencer a especialização? 3. Conclusões

INTRODUÇÃO

Edgar Morin (1921), antropólogo, sociólogo, e filósofo francês, dedicado ao estudo do que chama de “pensamento complexo” e sua importância tanto para o ensino quanto para a pesquisa. Neste trabalho pretende-se analisar o que se entende por pensamento complexo e, mesmo que brevemente, a sua aplicação à ciência jurídica, apontando alguns pontos de encontro entre o entendimento de Morin e a ciência jurídica. O objetivo é refletir sobre o contexto atual da ciência jurídica, principalmente à luz do artigo “Da necessidade de um pensamento complexo.”

1 O QUE É PENSAMENTO COMPLEXO?

Para compreender o significado de pensamento complexo é necessário, em primeiro lugar, abandonar a ideia de que não há relação entre assuntos que parecem opostos ou separados. O contexto no qual o objeto de estudo está inserido assume contornos ilimitados, pois temas aparentemente inconciliáveis podem apresentar ligações. Precisamos incorporar às reflexões até mesmo as incertezas, pois a evolução não é

algo linear ou lógico, e pode ser o resultado de “desvios”, assim como o ser humano é “um produto desviado da história do mundo” (Da necessidade..., p. 08).

O pensamento complexo parte da premissa de que as coisas estão, ou podem estar, relacionadas, mesmo aquelas que parecem impossíveis de se relacionar. Por isso, o conhecimento não pode ignorar (desconsiderar) fatores; pressupõe um exame multidimensional do assunto abordado, buscando pontos de ligação com outras ciências, inclusive. A própria divisão do conhecimento em ciências seria uma face do pensamento disjuntivo – aspecto do pensamento simplificador – que, ao fragmentar determinado conhecimento, isola o que foi separado e oculta possíveis relações.

Assim, o pensamento complexo busca o conhecimento multidimensional, admitindo um princípio de incompletude e incerteza, e buscando a ligação entre os aspectos que são distintos, mas que não devem ser isolados uns dos outros, construindo-se então a noção de completude. O objetivo é alcançar um saber não fragmentado, não redutor, ciente de que qualquer conhecimento está inacabado, incompleto, e pode ser questionado e reformulado.

A ideia de complexidade é dada por Morin em sua obra “Introdução ao pensamento complexo” (2005, p. 35):

O que é a complexidade? À primeira vista é um fenômeno quantitativo, a extrema quantidade de interações e de interferências entre um número muito grande de unidades. De fato todo sistema auto-organizador (vivo), mesmo o mais simples, combina um número muito grande de unidades da ordem de bilhões, seja de moléculas numa célula, seja de células no organismo [...] Mas a complexidade não compreende apenas quantidades de unidade e interações que desafiam nossas possibilidades de cálculo: ela compreende também incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios. A complexidade num certo sentido sempre tem relação com o acaso.

Morin questiona o que chama de “falsa racionalidade”, “inteligência parcelada, compartimentada, mecânica, disjuntiva, reducionista” porque esta “elimina na casca todas as possibilidades de compreensão e de reflexão, matando assim todas as chances de julgamento corretivo ou de visão a longo termo”, afirmando ainda que o pensamento complexo “busca distinguir (mas não separar) e ligar” (Da necessidade..., ps. 14-15), e que “o pensamento complexo é, portanto, essencialmente aquele que trata com a incerteza e consegue conceber a organização. Apto a unir, contratualizar, globalizar, mas ao mesmo tempo a reconhecer o singular, o individual e o concreto” (p. 21).

2 DA NECESSIDADE DE UM PENSAMENTO COMPLEXO

Em seu artigo “Da necessidade de um pensamento complexo” Morin apresenta passos a serem observados na formulação do pensamento complexo. Vejamos alguns desses métodos indicados por Morin.

2.1 CONHECER O CONTEXTO

Morin entende ser necessário inicialmente compreendermos o contexto em que são empregadas as palavras. Exemplifica utilizando a palavra “amo-te”, que pode ter sentidos opostos dependendo do contexto em que é empregada: se por uma pessoa apaixonada e sincera, ou se pronunciada por um oportunista sedutor. Por isso afirma que “para conhecer, não podemos isolar uma palavra, uma informação; é necessário ligá-la a um contexto e mobilizar o nosso saber, a nossa cultura, para chegar a um conhecimento apropriado e oportuno da mesma” (p. 01).

Necessário esclarecer que Morin não estabeleceu o conceito de “cultura” na obra em análise. Ao afirmar que devemos mobilizar “nosso saber, a nossa cultura” para conhecermos adequadamente uma palavra ou informação, significa que devemos conhecer o conjunto de costumes e práticas da comunidade onde tal palavra ou informação está inserida, pois um mesmo ato ou palavra possui significados diversos, dependendo desse contexto, da “cultura” de quem o pratica e/ou interpreta.

O conceito de cultura é buscado há décadas pela antropologia, sem que exista até hoje um conceito “universalmente aceito”. Adota-se, assim, neste trabalho, a concepção popular de cultura, como sendo o conjunto de práticas/costumes e crenças de certa comunidade, embora seja um conceito incompleto e até mesmo arbitrário.

A cultura, referida por Morin, é um importante contexto para que sejam compreendidas palavras, expressões e atos, pois esses eventos podem conter significados diversos, dependendo do meio cultural em que ocorrem.

Laraia (2013, p. 10) explica que antes de Cristo já se observava que, apesar da natureza comum, os homens apresentavam hábitos diversos, e que há uma “tendência” das populações que compartilham certos costumes considerarem absurdos os costumes de outras populações. Assim, costumes plenamente aceitos em certos povos são repulsivos ou até proibidos para outros – que consideram tais costumes “desviantes”¹ –, como o sentido do trânsito, o suicídio, a obesidade, o

¹ Entender certos costumes como “desviantes” remonta à ideia de “nós” e “outros” e, conseqüentemente, do preconceito. Laraia (op. cit., ps. 72-74 e 101) refere que “O fato de que o homem vê o mundo através de sua cultura tem como conseqüência a propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural. Tal tendência,

consumo de carne de vaca e de porco, o nudismo, os instrumentos utilizados para a alimentação, o arrote após a refeição etc. Diz que já se acreditou que a localização geográfica e os genes teriam interferência sobre a inteligência dos povos, porém conclui que nem o determinismo geográfico² e nem o biológico³ são capazes de explicar os hábitos dos povos.

Laraia (op. cit., p. 46) afirma ainda que:

O homem é o resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é um herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridas pelas numerosas gerações que o antecederam. A manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural permite as inovações e as invenções. Estas não são, pois, o produto da ação isolada de um gênio, mas o resultado do esforço de toda uma comunidade.

Portanto, feitos esses breves apontamentos sobre “cultura”, percebe-se que é necessário conhecermos a cultura de certa comunidade

denominada etnocentrismo, é responsável em seus casos extremos pela ocorrência de numerosos conflitos sociais. O etnocentrismo, de fato, é um fenômeno universal. É comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade, ou mesmo a sua única expressão. As autodenominações de diferentes grupos refletem este ponto de vista. Os Cheyene, índios das planícies norte-americanas, se autodenominavam "os entes humanos"; os Akuáwa, grupo Tupi do Sul do Pará, consideram-se "os homens"; os esquimós também se denominam "os homens"; da mesma forma que os Navajo se intitulavam "o povo". Os australianos chamavam as roupas de "peles de fantasmas", pois não acreditavam que os ingleses fossem parte da humanidade; e os nossos Xavante acreditam que o seu território tribal está situado bem no centro do mundo. É comum assim a crença no povo eleito, predestinado por seres sobrenaturais para ser superior aos demais. Tais crenças contêm o germe do racismo, da intolerância, e, frequentemente, são utilizadas para justificar a violência praticada contra os outros. A dicotomia "nós e os outros" expressa em níveis diferentes essa tendência. Dentro de uma mesma sociedade, a divisão ocorre sob a forma de parentes e não-parentes. Os primeiros são melhores por definição e recebem um tratamento diferenciado. A projeção desta dicotomia para o plano extragrupal resulta nas manifestações nacionalistas ou formas mais extremadas de xenofobia. [...] Comportamentos etnocêntricos resultam também em apreciações negativas dos padrões culturais de povos diferentes. Práticas de outros sistemas culturais são catalogadas como absurdas, deprimentes e imorais. [...] Concluindo, cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender esta dinâmica é importante para atenuar o choque entre as gerações e evitar comportamentos preconceituosos. Da mesma forma que é fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre povos de culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema. Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir."

² Segundo o qual as diferenças do ambiente físico condicionam a diversidade cultural.

³ Segundo o qual as diferenças genéticas seriam determinantes das diferenças culturais.

para compreender o significado de certas palavras e atos, pois estes eventos são fortemente influenciados pela cultura.

Além disso, entende-se que o “contexto” mencionado por Morin, diz respeito também ao momento em que determinado ato é praticado, até porque o momento nos remete a uma determinada cultura. Um beijo em público deixou de ser um tabu para se tornar uma banalidade, e seus praticantes, que eram “atrevidos”, agora são pessoas “comuns”. Isso porque os costumes, as culturas, não permanecem imutáveis, e um mesmo ato ou informação poderá comportar significados diversos, dependendo do momento da sua ocorrência. Assim, ao questionar-se sobre determinado comportamento da sociedade brasileira, além de conhecermos a “cultura brasileira” é necessário também sabermos em que momento tal comportamento foi manifestado⁴.

Essa mudança cultural – ou invenção de culturas e tradições – no tempo foi observada por Hobsbawm (1984, ps. 271 e ss.), o qual, ao tratar da produção em massa de tradições na Europa, no período de 1870 a 1914, refere que “os proletários adquiriram o hábito de usar o boné bem rápido, nas últimas décadas do século XIX e na primeira década do século XX, como parte da síndrome característica da ‘cultura operária’ que se delineava então.” Diz ainda que a principal assimilação de práticas culturais ocorreu entre as classes baixas, ou mais tarde, entre um público de massa. E afirma também que (p. 315):

Qualquer levantamento das invenções culturais desse período não pode deixar de observar o desenvolvimento de subculturas e práticas autóctones de classe baixa que nada deviam às classes altas – eram quase certamente derivadas da urbanização e da migração de massas. A cultura do tango

⁴ Questão interessante a respeito da mudança cultural e *abolitio criminis*. A tolerância da sociedade a respeito de certa conduta é capaz de descriminalizá-la? Por exemplo, a manutenção de estabelecimento em que ocorra prostituição é conduta tipificada no art. 229 do CP, no entanto inúmeras casas estão em funcionamento, inclusive com propagandas em rádio e até televisão, sem que ocorra reprimenda. Em ação penal movida no Rio Grande do Sul tanto o juízo de primeiro grau quanto o TJRS entenderam que “à sociedade civil é reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal.” No entanto, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou sua jurisprudência no sentido de que nem a tolerância social e/ou das autoridades públicas e policiais é capaz de descriminalizar a conduta tipificada no artigo 229 do CP; a lei penal só pode ser suprimida por outra lei penal que a revogue; a indiferença ou tolerância social não excluem a ilicitude (REsp 820.406/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 20/04/2009). Esse é o entendimento mantido pelo Superior Tribunal de Justiça até hoje, embora a sociedade e as autoridades sejam tolerantes quanto à existência dessas casas, pois a cultura atual é mais tolerante que no momento em que a conduta foi tipificada, e embora exista até mesmo projeto de lei objetivando regulamentar a profissão de prostituição (PL-4211/2011).

em Buenos Aires é um exemplo. É discutível até que ponto elas podem entrar numa análise da invenção das tradições. O aspecto final e a relação entre “invenção” e “geração espontânea”, planejamento e surgimento. [...] As tradições inventadas tem funções políticas e sociais importantes, e não poderiam ter nascido, nem se firmado se não as pudessem adquirir. Porém, até que ponto elas são manipuláveis?

Portanto, o contexto deve levar em conta, pelo menos, a cultura de quem pratica o ato e/ou o local onde o ato é praticado, ou onde a palavra é proferida, bem como o momento histórico da ocorrência de tal evento. E claro que outros fatores devem ser considerados, pois, de acordo com o pensamento complexo, devemos ligar ao evento todos os fatores que o influenciam, até mesmo aqueles fatores que parecem estar completamente divorciados do evento.

2.2 CONHECER AS PARTES E TAMBÉM O TODO

Após frisar a necessidade de conhecermos o contexto, Morin refere, em mais de uma oportunidade, o entendimento de Pascal⁵, segundo o qual “não posso conhecer o todo se não conhecer particularmente as partes, e não posso conhecer as partes se não conhecer o todo.” Afirma que nosso pensamento deveria buscar ligar as coisas, ainda que pareçam separadas umas em relação às outras, e adverte que “nosso sistema educativo privilegia a separação em vez de praticar a ligação” (Da necessidade..., p. 02).

Como consequência, é questionada a divisão do conhecimento em disciplinas, na medida em que estas se separam umas em relação às outras, privilegiando o específico em detrimento do conjunto, do contexto. Morin diz que “o método experimental, que permite tirar um “corpo” do seu meio natural e colocá-lo num meio artificial, é útil, mas tem seus limites, pois não podemos estar separados do nosso meio ambiente”, concluindo que “o conhecimento de nós próprios não é possível, se nos isolarmos do meio em que vivemos” (p. 02).

⁵ Pascal, nascido em 1623, já havia formulado, antes de Morin (nascido em 1921), a necessidade de ligação das coisas, por mais afastadas que pareçam. Em sua obra “Pensamentos” afirmou que: “Portanto, todas as coisas, sendo causadas e causantes, ajudadas e ajudantes, mediata e imediatamente, e todas entretendo-se por um laço natural e insensível que liga as mais afastadas e as mais diferentes, considero impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, não mais que conhecer o todo sem conhecer particularmente as partes.”

Por isso critica a ciência ocidental, sob o fundamento desta ter sido reducionista, tentando reduzir o conhecimento do conjunto ao conhecimento das partes que o constituem. Afirma (p. 03) que “tal conhecimento ignora o fenômeno mais importante, que podemos qualificar de sistêmico, da palavra sistema, conjunto organizado de partes diferentes, produtor de qualidades que não existiriam se as partes estivessem isoladas umas das outras”, nominando tal fenômeno de “emergências”, e conclui que:

Não podemos, portanto, compreender o ser humano apenas através dos elementos que o constituem. Se observarmos uma sociedade, verificaremos que nela há interações entre os indivíduos, mas essas interações formam um conjunto e a sociedade, como tal, é possuidora de uma língua e de uma cultura que transmite aos indivíduos; essas “emergências sociais” permitem o desenvolvimento destes. É necessário um modo de conhecimento que permita compreender como as organizações, os sistemas, produzem as qualidades fundamentais do nosso mundo. (Da necessidade..., p. 03)

Esse entendimento nos remete ao conceito de interesse público, que não pode ser compreendido como a simples soma dos interesses individuais. O interesse comum representa o interesse do conjunto social, interesse que emerge justamente da vida em comunidade, não podendo ser reduzido à soma dos interesses das pessoas que compõem aquela sociedade. Bobbio (2007, ps. 24-25), abordando o primado do público, diz que:

O primado do público assumiu várias formas segundo os vários modos através dos quais se manifestou, sobretudo no último século, a reação contra a concepção liberal do Estado e se configurou a derrota histórica, embora não definitiva, do Estado mínimo. Ele se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até à eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais, e portanto sobre a crítica de uma das teses mais correntes do utilitarismo elementar. Assume várias formas segundo o diverso modo através do qual é entendido o ente coletivo — a nação, a classe, a comunidade do povo — a favor do qual o indivíduo deve renunciar à própria autonomia. Não que todas as teorias do primado do público sejam histórica e politicamente passíveis de ser postas no mesmo plano, mas a todas elas é comum a idéia que as guia,

resolúvel no seguinte princípio: o todo vem antes das partes. Trata-se de uma idéia aristotélica e mais tarde, séculos depois, hegeliana (de um Hegel que nesta circunstância cita expressamente Aristóteles); segundo ela, a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes, ou, com outras palavras, o máximo bem dos sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum segundo as regras que a comunidade toda, ou o grupo dirigente que a representa (por simulação ou na realidade), se impôs através de seus órgãos, sejam eles órgãos autocráticos ou órgãos democráticos.

Essa ideia de que a sociedade possui elementos próprios, existentes somente da vida em comunidade, e que não se resumem à soma dos elementos individuais, leva ao questionamento da teoria da causalidade, a concepção de causalidade.

Morin afirma que nossa educação nos habituou a uma concepção linear de causalidade, segundo a qual “temos causas que produzem efeitos” e contrapõe a esta teoria a ideia de causalidade retroativa, consistente “no fato de produtos e efeitos serem necessários ao produtor e ao causador. Examina a relação do ser humano com a sociedade, afirmando que ao mesmo tempo em que somos produtores da sociedade – pois sem indivíduos não haveria sociedade – a sociedade existe com sua cultura, normas, leis e regras, e assim nos produz como indivíduos. Diz, portanto, que “somos produtos e produtores” (p. 04), sendo esta uma visão circular, e não linear. Sobre esse tema, conclui que:

Produzimos a sociedade que nos produz. Ao mesmo tempo, não devemos esquecer que somos não só uma pequena parte de um todo, o todo social, mas que esse todo está no interior de nós próprios, ou seja, temos as regras sociais, a linguagem social, a cultura e normas sociais em nosso interior. Segundo este princípio, não só a parte está no todo como o todo está na parte. Isto acarreta consequências muito importantes porque, se quisermos julgar qualquer coisa, a nossa sociedade ou uma sociedade exterior, a maneira mais ingênua de o fazer é crer (pensar) que temos o ponto de vista verdadeiro e objetivo da sociedade, porque ignoramos que a sociedade está em nós e ignoramos que somos uma pequena parte da sociedade. Esta concepção de pensamento dá nos uma lição de prudência, de método, de modéstia (p. 05).

Esta reflexão, sob o “ponto de vista” a ser aplicado, pode ser invocada para pensarmos no indigenato, que diz respeito à relação entre os indígenas e as terras por eles ocupadas, relação essa que não pode ser compreendida pelos mesmos institutos do direito civil. O indigenato tem base constitucional:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

(...)

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

O indigenato não é o mesmo que ocupação da terra pelos índios, pois a ocupação é um tipo de aquisição derivada da propriedade. A relação mantida entre os indígenas e a terra é reconhecida pela CF/88 como um direito originário. Anterior, portanto, aos eventuais títulos de propriedade lavrados sobre essas terras. Os indígenas são os naturais e primeiros donos da terra. A compreensão dessa ideia pressupõe a superação da “verdade” aceita até então, de que a posse e a ocupação só poderiam ser pensadas de acordo com o direito civil.

Silva (207, pp. 869/870), analisando o indigenato, reconhece a inaplicabilidade do instituto da posse civil às terras indígenas. Afirmar que “o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. [...] é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é um título adquirido”. E conclui que:

Estas considerações, só por si, mostram que a relação do indígena e suas terras não se rege pelas normas do direito civil. Sua posse extrapola a órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado. Daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que habita.

Assim, pensando a nossa comunidade (brasileira), os títulos de posse e propriedade fundados no direito civil são válidos, porém observados os direitos originários dos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas.

Segundo Morin os seres humanos têm as mesmas “atitudes cerebrais fundamentais”, demonstrando uma “unidade cerebral”, mas é importante compreender a unidade e também a diversidade, buscando preservar a riqueza da humanidade, ou seja, a diversidade cultural, e resalta que “as diversidades não são só das nações, mas estão também no interior destas; cada província, cada região, tem sua singularidade cultural, a qual deve guardar ciosamente” (Da necessidade..., p. 06).

2.3 NÓS E O MEIO AMBIENTE

Morin diz que somos filhos da natureza viva, que é necessário abandonar a ideia que considerava o ser humano o centro do mundo, mestre e dominador da natureza. E também afirma que “o pensamento complexo conduz-nos a uma série de problemas fundamentais do destino humano, que depende, sobretudo, da nossa capacidade de compreender os nossos problemas essenciais, contextualizando-os, globalizando-os, interligando-os” (pp. 10-11). Esse pensamento nos remete às idéias de antropocentrismo, biocentrismo, e de proteção do meio ambiente, problema universal.

Na visão antropocêntrica, a proteção do meio ambiente ocorre com o objetivo de assegurar o bem estar do ser humano; o meio ambiente é controlado pelo ser humano para que sejam satisfeitas as aspirações deste, que se coloca no centro das preocupações e destinatário final dos proveitos resultantes da proteção do meio ambiente. Já a visão biocentrista tem como fundamento ético-filosófico da tutela ambiental o reconhecimento de que a natureza tem valor próprio, intrínseco, o qual merece ser protegido mesmo desconsiderando-se o ser humano; a natureza não existe apenas para o proveito da espécie humana.

Fensterseifer e Sarlet (2013, pp. 39-43) abordam o que chamam de ética ecológica ao direito constitucional ambiental: a adoção de um antropocentrismo jurídico-constitucional ecológico. Mencionam que a disputa entre “antropocentristas ecológicos (ou moderados)” e “biocentristas (ou ecocentristas)” é expressiva. Defendem “uma abordagem conciliatória e integradora dos valores humanos e ecológicos, como duas facetas de uma mesma identidade jurídico-constitucional.” Prosseguem afirmando que “o objetivo da abordagem jurídica antropocêntrica ecológica é ampliar o quadro de bem-estar humano para além dos espectros liberal e social, inserindo necessariamente a variável ecológica, somada à atribuição de valor intrínseco à Natureza.” E convergem para a ideia de ligação entre fatores, conforme defendia Morin (para quem o pensamento complexo busca distinguir – mas não separar – e ligar), ao afirmarem que:

Para nós, a proteção do ser humano é a proteção da Natureza, e vice-versa. Talvez aí resida uma marca “biocêntrica” na nossa abordagem teórica, porquanto não advogamos qualquer separação entre ser humano e Natureza. Pelo contrário, entendemos vital tal “religação”, identificando o ser humano como mais um elemento na cadeia da vida. Com Lutzenberger, entendemos que “não estamos fora, por cima e contra a Natureza, estamos bem dentro. Somos um pedaço dela.”

2.4 VENCERA ESPECIALIZAÇÃO?

Morin entende que “a cultura científica e técnica, por causa da sua característica disciplinar e especializada, separa e compartimenta os saberes, tornando cada vez mais difícil a colocação destes num contexto qualquer.” Diz que a especialização deve ser superada porque “extrai um objeto do seu contexto”, rejeitando “os laços e a intercomunicação do objeto com seu meio”; “insere-o no compartimento da disciplina, cujas fronteiras quebram arbitrariamente a sistemicidade (a relação de uma parte com o todo) e a multidimensionalidade dos fenômenos”. Morin chama essa característica de falsa racionalidade (a racionalização abstrata e unidimensional), de “inteligência parcelada, compartimentada, mecânica, disjuntiva, reducionista”, que “quebra o complexo do mundo, produz fragmentos, fraciona os problemas, separa o que é ligado, unidimensionaliza o que é multidimensional” (Da necessidade..., pp. 12-14).

É pertinente questionar até que ponto a especialização deve ser superada. Afinal, seria possível, sem a especialização, o aprofundamento nas diversas áreas do conhecimento? O próprio autor reconhece essa impossibilidade, ao afirmar que “é impossível conhecer tudo do mundo ou captar todas as suas multiformes transformações” (p.

12). Entende-se, portanto, que ao afirmar que a especialização deve ser superada o autor busca, na verdade, evitar que especialização acarrete a desconsideração dos fatores “externos” àquela especialidade.

O Direito Ambiental é fruto de especialização. Nesse sentido é pertinente transcrever o entendimento de Figueiredo (2013, pp. 529-530), demonstrando a importância da especialização, a complexidade de temas envolvidos apenas no tocante à proteção dos recursos hídricos, bem como especializações que devem ser evitadas no intuito de melhor proteção do bem jurídico-ecológico:

O Direito Ambiental, ao cuidar da proteção da qualidade das águas, envereda por uma extensa gama de temas e de questões que se tornaram extremamente intrincados, a partir do momento em que esse elemento abiótico da natureza passou a escassear, transformando-se em mercadoria.

No enfrentamento de questões como escassez de água potável, desertificação do solo, irrigação, ocupação humana de áreas de mananciais de água, cobrança pelo uso da água, usos múltiplos (dessedentação humana e animal, irrigação da agricultura, uso na indústria, navegação, geração de energia), aquíferos, contaminação das águas subterrâneas por agrotóxicos e metais pesados, poluição das águas superficiais, proteção dos rios urbanos, saneamento básico, gestão das águas pluviais, poluição da água do mar, derretimento de geleiras, águas termais, águas minerais, proteção da fauna ictiológica etc., o Direito acaba criando grupos de regras ou princípios de gestão específicos, verdadeiros “subprincípios” destinados a dar completude à legislação que lhes é inerente. Esta complexidade leva alguns autores a defenderem a autonomia desse capítulo do Direito Ambiental, a que chamam de Direito das Águas, Direito Hidráulico ou Direito Hídrico.

Esta complexidade de temas, porém, não é diferente em outras grandes subáreas do Direito Ambiental, como o são as mudanças climáticas, a proteção da diversidade biológica, a qualidade de vida no meio ambiente urbano ou no meio ambiente do trabalho. Se, para cada um destes temas, fôssemos destacá-lo do Direito Ambiental, esse simplesmente deixaria de existir. Retornaríamos à década de 1930, quando os estudos sobre a aplicação do Código de Águas, do primeiro Código Florestal e do Código de Minas, por exemplo, não se comunicavam, eis que não existia ainda uma compreensão do caráter holístico do meio ambiente.

Estamos, assim, diante de uma temática complexa e legislativamente muito desenvolvida, mas não parece

adequado afirmar que a proteção da qualidade das águas seja objeto de um ramo diverso do Direito – o que nos levaria à conclusão de que os princípios do Direito Ambiental não se aplicam ao chamado “direito de águas”.

Além disso, referido autor aponta a relação do Direito Ambiental com outros diversos ramos (especializados) do Direito, tais como (a) Direito Administrativo - licitações sustentáveis -, (b) Direito Processual Civil, Penal e do Trabalho, (c) Direito Urbanístico, (d) Direito Público do Trabalho e da Seguridade Social, (e) Direito Econômico, (f) Direito Penal, (g) Direito Tributário – tributos federais como IPI, IR e ITR; tributos estaduais como ICMS Ecológico e IPVA, e tributos municipais –, (h) Interesse Difuso e Interesse Fazendário, (i) Direito Civil – Direito de propriedade e sua função social, conflitos de vizinhança, influência do Direito Ambiental no novo regime de Responsabilidade Civil, Direito Contratual e Meio Ambiente (op. cit., pp. 115-132).

O Direito Ambiental, além de relacionar-se com as diversas disciplinas do Direito, comunica-se com outras diversas áreas do conhecimento, como a antropologia, a agronomia, a história, a biologia, a física, a arqueologia, a química, a engenharia etc. Diante dessa gama de disciplinas que se comunicam com o Direito Ambiental parece impossível vencer a especialização, a dedicação de estudiosos em áreas específicas do conhecimento. Seria inviável que os pesquisadores conhecessem profundamente todas essas nuances do Direito Ambiental, e de outras disciplinas e ciências. O que deve ser evitado é o fechamento de tais disciplinas a novas ideias; essas especializações não podem se julgar “independentes” das demais disciplinas e ciências; são complementares de um conhecimento mais amplo, que deve sempre ser buscado.

3. CONCLUSÕES

Neste breve exame do pensamento de Morin, após referência ao conceito de pensamento complexo, foi possível encontrar alguns pontos de encontro e também de desencontro entre o pensamento complexo e a ciência jurídica.

O contexto referido por Morin tem como fator fundamental o exame da cultura da comunidade onde as palavras e atos são manifestados, e a interferência da cultura da sociedade civil na possível descriminalização de tipo penal.

Quanto ao conhecimento das partes e também do todo, percebeu-se a relação desse entendimento com o conceito de interesse público, e também no pensamento do que se entende por indigenato, que implica nos desnudarmos do pensamento civilista ao qual estamos acostumados.

Foi possível ainda identificar a conexão entre o pensamento de

Morin, afastando a ideia do homem como dominador da natureza, e a discussão atual das teorias antropocentrismo e biocentrismo, e a proposta de adoção de um antropocentrismo jurídico-constitucional ecológico, que não desconsidera o valor intrínseco da natureza, buscando a religação entre o ser humano e a natureza.

Por fim, analisou-se a ideia de vencer a especialização e o confronto com as necessidades atuais de especialização. Neste ponto, entendemos que a especialização é necessária, porém não pode representar isolamento face às demais disciplinas e ciências, conexão essa que o Direito Ambiental promove nas suas diversas relações com as demais disciplinas jurídicas e ciências diversas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira - 14ª ed. - Editora Paz e Terra, 2007.

FENSTERSEIFER, Tiago. SARLET, Ingo Wolfgang. Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Meio Ambiente. 3ª ed., ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HOBSBAWM Eric.RANGER, Terence (orgs.). A invenção das tradições. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

LARAIA, Roque de Barros. Cultura, um conceito antropológico - 14ª ed. - Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

MORIN, Edgar. Introdução ao Pensamento Complexo. Tradução do francês: Eliane Lisboa - Porto Alegre: Ed. Sulina, 2005.

PASCAL, Blaise. Pensamentos. Ed. RidendoCastigat Mores, 2002. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/pascal.html>. Consulta em 23/02/2014.

SILVA, José Afonso da. *In* Comentário Contextual à Constituição. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DA UNIÃO EM FACE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Luciana Guimarães Pinheiro Vieira¹

Procuradora do Estado

1. INTRODUÇÃO

A competência residual, em matéria tributária, é a permissão constitucional dada privativamente à União para instituir novos impostos diferentes daqueles previstos na sua competência originária, bem como na competência dos Estados, DF e Municípios.

Contudo, não só impostos estão incluídos no âmbito daquela autorização. Outras contribuições para a seguridade social, com fonte diversa daquelas previstas no art. 195 da CF podem ser criadas, conforme estabelece o parágrafo 4º daquele mesmo artigo.

Para o legítimo exercício dessa competência residual da União, é necessário a obediência ao artigo 154, I, da CF.

2. DESENVOLVIMENTO

Qualquer contribuição para a seguridade social tem, alternativamente, seu fundamento de validade em duas regras constitucionais: 1) art. 195, I a IV, da CF ou; 2) art. 195, parágrafo 4º, CF.

Se a exação não tem como fato gerador aqueles previstos nos incisos do art. 195, é porque a União está criando nova fonte de custeio da Seguridade, autorizada pelo parágrafo 4º do art. 195, que deveria atender aos requisitos do artigo 154, I: a) instituição mediante lei complementar; b) ser não cumulativa; c) não ter fato gerador e base de cálculo própria de imposto.

A primeira e única experiência da União no exercício daquela competência residual, no que pertine às contribuições para a seguridade, foi motivada pelo insucesso jurídico da Lei nº 7.787/89. Declarada inconstitucional, aquela lei criava contribuição sobre valores pagos a autônomos, administradores e avulsos, fatos geradores que não se enquadravam no termo “folha de salários”, constante da redação original do art. 195, I, da CF.

Com efeito, não podendo abrir mão das contribuições sobre os pagamentos feitos aos segurados autônomos e administradores, a União supriu a inconstitucionalidade formal da Lei nº 7.787/89, por meio da edição da Lei Complementar nº 84/96, e criou novas contribuições incidentes

¹ Graduada pela Universidade do Amazonas. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Ex-Procuradora do INSS. Procuradora do Estado do Amazonas. luciana.vieira@pge.am.gov.br

sobre as remunerações ou retribuições, pagas, mensalmente, por serviços prestados por trabalhadores sem vínculo empregatício, como os empresários, autônomos e avulsos.

Houve, a partir daí, uma explosão de demandas questionadoras da constitucionalidade daquela Lei Complementar, que apenas obedecia ao aspecto formal dos critérios constantes do art.154, I, não se preocupando com os demais, principalmente com a vedação da identidade de base de cálculo dos impostos. Afinal, as contribuições criadas pela LC nº 84/96 tinham a mesma base de cálculo do imposto de renda, logo estavam em flagrante confronto com um dos critérios previstos no inciso I do art.154.

Na doutrina de Zambitte Ibrahim, encontramos a seguinte passagem sobre o tema: "... com relação à remissão para criação de novas contribuições, a questão não ficou clara. Seria necessário atender todos os requisitos? Ou somente alguns? Esta questão gerou enorme divergência na doutrina e jurisprudência, até ser pacificada pelo STF" (IBRAHIM, 2011, p.108).

O Supremo, para chegar ao resultado, preocupou-se apenas com o exame do veículo normativo e da não identidade de fato gerador e base de cálculo de impostos já existentes. Isso porque, quanto a não-cumulatividade, não havia motivo para debates. As contribuições não se assemelham aos impostos plurifásicos, como o IPI e o ICMS, estes sim, suscetíveis à cumulatividade, não fosse a proibição constitucional (art.153, §3º, II, e art.155, §2º, I).

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela conformidade da LC nº 84/96 com a Constituição e o fez liberando as contribuições residuais da observância dos critérios materiais previstos no art.154, I. Para o STF, apenas o critério formal devia ser atendido. Dessa forma, as contribuições criadas pela LC nº 84/96, ainda que tivessem fato gerador e base de cálculo de outro imposto preexistente, isso não configuraria impedimento.

O Ministro Relator do RE nº 228.321-RS², Carlos Velloso deixou asseverado no seu voto:

"... quando o § 4º, do art. 195, da C.F., manda obedecer a regra da competência residual da União – art. 154, I – não estabelece que as contribuições não devam ter fato gerador ou base de cálculo de impostos. As contribuições, criadas na forma do § 4º, do art. 195, da C.F., não devem ter, isto sim, fato gerador e base de cálculo próprios das contribuições já existentes.

² Publicado em 30.05.2003.

É que deve ser observado o sistema. E o sistema é este: tratando-se de contribuição, a Constituição não proíbe a coincidência da sua base de cálculo com a base de cálculo do imposto, o que é vedado, expressamente, relativamente às taxas (CF, art. 145, § 2º).

Ora, no ponto, não há falar que a contribuição instituída pela Lei Compl. nº 84, de 1996, tenha fato gerador ou base de cálculo de contribuição já existente. É dizer, não há contribuição outra, a cargo de empresas ou pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que incida sobre remunerações ou retribuições pagas ou creditadas pelo serviço que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, autônomos ou avulsos”.

Dessa forma, a Constituição Federal, na interpretação dada pelo STF, não proíbe a coincidência entre fatos geradores e bases de cálculos das contribuições sociais e dos impostos. O STF considerou que a remissão contida na parte final do artigo 195, §4º, da CF restringe-se à necessidade de lei complementar para a criação de novas contribuições sociais.

3. CONCLUSÃO

Para a instituição de contribuição tendo por base os incisos do art.195 da CF, exige-se lei ordinária, uma vez que o artigo 146, III, “a”, da CF refere-se apenas aos impostos. Entretanto, se a contribuição é instituída com fundamento no parágrafo 4º do art.195, está-se diante de uma fonte de financiamento inédita, que deve obediência apenas ao requisito formal (lei complementar) previsto no art.154, I, da CF, conforme pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regime Próprio de Previdência Social. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIEIRA, Marco André Ramos, Manual de Direito Previdenciário: Teoria, Jurisprudência e 580 Questões. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ALTA PROGRAMADA: UM EXAME SOBRE ESSE MECANISMO DE CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA

Luciana Guimarães Pinheiro Vieira¹

Procuradora do Estado

1. INTRODUÇÃO

Alguns trabalhadores brasileiros têm sofrido com os reflexos da cessação do benefício de auxílio-doença, pela Previdência Social, mesmo não estando aptos para regressar ao trabalho.

A situação é a seguinte: o empregado, que, em princípio, estava afastado da empresa e no gozo de auxílio-doença, tem seu benefício cessado pelo INSS, por considerá-lo apto para o trabalho, o que não se confirma na avaliação feita pelo médico da empresa, razão pela qual lhe é negado o regresso às atividades laborais.

Tal controvérsia ganhou maiores dimensões quando se estabeleceu, por meio do Decreto nº 3.048/99 (art. 78, parágrafo 1º, com redação dada pelo Decreto nº 5.844/2006), pelo qual já na perícia inicial, o médico perito do INSS estipula a data do término da incapacidade e da cessação do benefício, com base em estudos estatísticos de diagnóstico, tratamento e tempo de recuperação de milhares de benefícios concedidos.

Por meio daquele novo procedimento, o segurado não passa por nova perícia e, portanto, não se avaliam suas reais condições subjetivas.

O objetivo deste trabalho é abordar a legalidade e a constitucionalidade da alta programada, instituída por aquele Decreto.

2. DESENVOLVIMENTO

O sistema previdenciário busca conferir proteção adequada ao indivíduo em relação às necessidades constitucionalmente e legalmente protegidas pelo seguro, de modo a garantir que lhe seja deferida a correta prestação, na medida em que faz juz a ela, não onerando indevidamente o grupo e a sociedade.

O Decreto que autoriza o INSS a prefixar a data futura em que o segurado estará apto para o retorno às atividades - sem uma avaliação médica para confirmar naquele momento a incapacidade -, cessando o benefício do auxílio-doença, afronta inicialmente o que estabelece o artigo 60 da Lei nº 8.213/91. Pelo dispositivo sob lentes, o legislador deixa consignado, ainda que de forma menos cristalina do que devida, ser a incapacidade que justifica a concessão do auxílio-doença.

¹ Graduada pela Universidade do Amazonas. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Ex-Procuradora do INSS. Procuradora do Estado do Amazonas. luciana.vieira@pge.am.gov.br

Aquele preceito confere direito subjetivo do segurado ter sua capacidade avaliada por perícia médica, a fim de confirmar se a incapacidade persiste.

Obviamente, que a capacidade/incapacidade de alguém não pode ser aferida com base em estatísticas/prognósticos, quando tais meios, mostrando-se inseguros, põem em risco sua própria subsistência e, conseqüentemente, sua saúde.

Por isso que o art. 1º da Lei nº 8.213/91 fica igualmente violado com a alta programada, pois com a suspensão do benefício antes que o segurado tenha se recuperado é incompatível como dever da Previdência Social de assegurar os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade.

A alta programada é capaz de atingir, reflexamente, direitos dos mais preciosos ao trabalhador, todos previstos na própria Constituição.

A proteção à vida (art. 5º, caput, da CF) e à saúde do trabalhador (art. 6º, caput, CF) são direitos intrínsecos e alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), e, por este figurar entre os princípios fundamentais da Constituição da República, não pode, ainda que de forma indireta, ser violado.

Não só os direitos do sujeito, enquanto trabalhador, são afetados pela alta programada, mas também, enquanto cidadão e administrado, que não pode ser prejudicado pela Administração, sem que lhe seja garantido o devido processo legal.

Ora, se para a concessão do benefício, o segurado submeteu-se à perícia médica, esta também se faz necessária para que aquele direito seja cancelado, em respeito ao direito do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Ademais, por influência do Direito do Trabalho, deve-se aplicar ao Direito Previdenciário o princípio da verdade real, pois não se pode negar ou cessar um benefício sem apurar o que realmente tenha ocorrido, com base em uma verdade jurídica ou convencional (TAVARES, 2009).

O prazo (15 dias) aberto ao segurado para insurgir-se e requerer a avaliação não tem o condão de restaurar a legalidade.

Primeiramente, tem-se uma dificuldade de ordem concreta. O trabalhador, antevendo que sua recuperação prognosticada não se confirmará, encontra dificuldades no próprio INSS de marcar nova perícia antes do prazo vencer.

Ainda que o agendamento das perícias funcionasse de forma eficiente no INSS, o exame abstrato da regra que atribui a responsabilidade ao segurado de solicitar nova perícia para evitar o cancelamento automático do seu benefício não passaria pelo crivo da Justiça. Na verdade, o Decreto imputa ao segurado o ônus de provar que precisa de mais tempo para se recuperar, quando cabe à Autarquia Previdenciária fazê-lo.

3. CONCLUSÃO

A perícia médica do INSS é essencial para verificar o estado de saúde do segurado; este, muitas vezes, não se ajusta às estatísticas,

pois os protocolos de tratamento de uma doença não obtêm os mesmos resultados entre os indivíduos submetidos a eles.

Dessa forma, todas as razões que justificaram a adoção da alta programada não se sustentam. A busca pela eficiência e pela redução de custos - inclusive evitando que o atraso nas avaliações periódicas, pela perícia do INSS, permita segurados já aptos para o trabalho continuem a receber benefício - não são suficientes para aplacar os prejuízos à dignidade do trabalhador.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGANÇA, Kerlly Huback. Direito Previdenciário, vol. 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES Júnior, Nilson Marins. Direito Previdenciário: Custeio e Benefícios. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O Devido Processo Legal Previdenciário e as Presunções de Prova. Revista de Previdência Social, São Paulo, nº 338, p.11-23,

A OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DA RESERVA LEGAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Caroline Ferreira Ferrari¹
Procuradora do Estado

Sumário: 1. Introdução 2. A responsabilidade civil ambiental 3. A natureza jurídica da obrigação de manutenção da reserva legal e o posicionamento do STJ no ERESP 218.781-PR 4. Ativismo judicial e direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado 5. Conclusões

Resumo: Objetiva-se aqui analisar acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça acerca dos limites da responsabilidade do novo proprietário pela “manutenção” da reserva legal e “reparação” de dano eventualmente causado pelo seu antecessor, tendo em vista a natureza *propter rem* da obrigação. Assim, buscar-se-á aferir o posicionamento adotado pelo STJ quanto à responsabilidade ambiental, demonstrando-se, destarte, a postura ativista da mencionada Corte através da aplicação imediata dos direitos fundamentais em matéria ambiental, primando-se, ainda, por uma releitura do texto infraconstitucional por meio dos influxos da Constituição da República.

Palavras-Chave: Meio ambiente. Reserva legal. Degradação ambiental. Responsabilidade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo a análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade do novo proprietário pela aquisição de área já degradada e objeto de reserva legal, tendo em vista a forte influência dos direitos fundamentais previstos na Constituição para a consolidação da jurisprudência no âmbito daquele Tribunal.

Para tanto, será apreciado o julgamento proferido nos Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 218.781-PR, publicado em 23 de fevereiro de 2012 (DJe), o qual firmou-se no sentido de reconhecer a obrigação de reflorestamento de área desmatada, pelo novo proprietário, mesmo sem este ser o causador direto do dano ambiental, decisão esta prolatada quando ainda não estava em vigor a Lei 12.651 de 2012 - intitulada de Novo Código Florestal.

Importante realçar que no julgamento acima relacionado foram apreciadas as seguintes premissas: a) o conceito, a natureza jurídica

¹ Procuradora do Estado do Amazonas.

e as especificidades da reserva legal; b) além dos requisitos e limites da responsabilidade do proprietário ou possuidor pela sua manutenção.

Tendo em vista que o objetivo do presente artigo não é de esgotar o tema, mas apenas elucidar a postura ativista abraçada pelos Tribunais pátrios quanto à incidência dos direitos fundamentais, precisamente quando se tratar de dano ambiental, limitar-se-á a averiguar a fundamentação da decisão na parte que atribui ao adquirente a obrigação de reparar o dano causado ao meio ambiente pelo antigo proprietário ou possuidor do imóvel.

Nesse contexto, será apreciada a exegese firmada quanto ao ponto, sem aprofundar no assunto pertinente às características da reserva legal, limitando-se ao exame do conceito de sujeito legitimado e responsável pela reparação do dano ambiental.

Partindo da premissa de que a tutela jurídica ambiental não se pauta apenas na observância da legislação, a exemplo do Código Florestal, mas também implica na responsabilidade civil pelo eventual descumprimento legal, faz-se pertinente responder aos seguintes questionamentos:

1) A obrigação do novo proprietário de reparar a área degradada pelo seu antecessor deriva da teoria da responsabilidade civil extracontratual?

2) Existe previsão na legislação ordinária conferindo ao novo proprietário a obrigação de reparar o dano ambiental provocado por *outrem*?

3) O STJ teria sufragado uma postura "ativista", voltada para a incidência imediata do direito constitucional ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, atropelando o legislador ordinário?

Nessa diapasão, com o fito de elucidar os questionamentos acima relacionados, examinar-se-á o conceito de responsabilidade ambiental e o fundamento jurídico adotado pela Corte Superior para reconhecer a obrigação do sucessor de imóvel já degradado, ao atribuir-lhe a condição de reparador de dano provocado por *outrem*, à luz de uma perspectiva "ativista" de implementação dos direitos fundamentais.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Em virtude da necessidade de preservação do meio ambiente - inclusive como meio de assegurar a própria sobrevivência do ser humano -, a legislação brasileira vigente traz em seu bojo um complexo arcabouço principiológico de proteção ambiental.

O artigo 225, §3º, da Constituição Federal prevê a disciplina geral a respeito da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente², estabelecendo que os autores da lesão estão sujeitos a

² Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso

penalidades nas esferas cível, penal e administrativa, além do dever de reparação.

Destrinchando a norma fundamental retro, o art. 14, §1º, da Lei 6.938 de 1981 consagra a *responsabilidade civil objetiva* pela degradação e infração à legislação ambiental, quando então o poluidor é obrigado a indenizar e/ou reparar os prejuízos causados ao meio ambiente³.

Verifica-se, assim, a inserção no ordenamento jurídico pátrio do princípio da responsabilidade integral pelos danos causados à flora, fauna e demais bens ecológicos, tendo em vista a exclusão do elemento subjetivo (culpa *lato sensu*) para efeito de responsabilização por danos ambientais, uma vez que a sua preservação é interesse de todos, sendo, por isso, objeto da chamada justiça distributiva⁴.

Nessa linha, a fim de se perquirir acerca da aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva aos casos de infração à legislação ambiental, que se perfaz por meio da inobservância da limitação legal imposta, faz-se pertinente a análise do conceito de ato ilícito e as consequências daí advindas.

Segundo o art. 186 do Código Civil brasileiro: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*" Complementa o art. 187 do CC/02 ao asseverar que: "*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os*

comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

³ Lei 6.938 de 1981: Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifei).

⁴ Sobre o tema, Lúcia Gomes Catalã vaticina que: "[...] *el mecanismo de la responsabilidad objetiva se impone cada vez con mayor claridad, y ello por dos razones: en primer lugar porque, como se expondrá a continuación, se asienta sobre un fundamento sólido y a la vez equilibrado en términos de justicia distributiva; en segundo término, porque se trata de una modalidad que facilita, dentro de unos límites, la consecución del fin último para el que está concebido, a saber, efectiva reparación del daño ambiental.*" (In: CATALÀ, Lucía Gomes. Responsabilidad por danos al médio ambiente. Aranzadi Editorial, p.101).

limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

E sobre a disciplina geral acerca da responsabilidade civil, o art. 927 do Código Civil traz as consequências da prática do ato ilícito, estabelecendo a obrigação de reparação. É o que também sucede no âmbito do Direito Ambiental, nos termos do art. 14 da Lei 6.938 de 1981.

Como se vê, a responsabilidade civil decorre do cometimento de um ato ou sequência de atos em dissonância com a legislação (incluindo-se aqui a noção de omissão), conduta esta que irá desembocar na deterioração de determinado bem objeto de tutela jurídica específica - o meio ambiente -, configurando-se, pois, um comportamento rechaçado pelo direito, razão pela qual o seu autor sujeita-se a penalidades nas esferas civil, penal e administrativa⁵. Esta, então, é a noção de ato ilícito⁶.

Questionando-se acerca da conduta do antigo proprietário que desrespeita obrigação de preservação da área objeto de reserva legal, verifica-se o cometimento de ato ilícito extracontratual ou aquiliano, na medida em que este *"deflui de conduta violadora de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto o ilícito civil contratual decorre da violação a dever estipulado em sede negocial"*⁷.

Ressalta-se, por outro lado, que muito embora a ilicitude não seja elemento primordial para a configuração do dever de indenizar, uma vez que condutas lícitas também podem importar no dever de reparação, a exemplo da expropriação por motivo de interesse público, a ilicitude

⁵ Sobre a noção basilar de responsabilidade civil, segue o seguinte ensinamento: "[...] é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa - unuscuque sua culpa nocet. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu. Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. Nesse casos, trata-se, a priori, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu. [...] Entretanto, hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de responsabilidade civil objetiva." (IN: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 6ª ed. Editora Saraiva, 2008, p.14.)

⁶ Segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda: *"Temos de considerar, fundamentalmente, que (a) são fatos jurídicos quaisquer fatos (suportes fáticos) que entrem no mundo jurídico, portanto - sem qualquer exclusão de fatos contrários a direito, (b) o hábito de se excluírem, no conceito e na enumeração dos fatos jurídicos, os fatos contrários a direito, principalmente os atos ilícitos, provêm de visão unilateral do mundo jurídico, pois os atos ilícitos, como todos fatos contrários a direito, entram no mundo jurídico, são fatos jurídicos contrários ao direito, que, recebendo a incidência das regras jurídicas, que neles se imprimem, surtem efeitos jurídicos (direito, pretensão e ação de indenização e até restituição, direito ao desforço pessoal, à retificação etc.)"* (In: DE MIRANDA, Pontes. Tratado das Ações. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Bookseller. 1998, p.31).

⁷ ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, CRISTIANO CHAVES. Direito Civil: Teoria Geral. 7ª ed. Lumen Juris. 2008, p.502.

encontra-se presente na hipótese em questão, em razão da inobservância da legislação ambiental, sendo, pois, indubitosa a existência de contrariedade ao direito⁸.

Nesse diapasão, segundo o princípio da reparação, aquele que por ação ou omissão degradar o meio ambiente será responsabilizado pela recuperação e indenização do dano, na medida em que constitui preceito fundamental da federação o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88)⁹.

Oportuno registrar que, de acordo com entendimento doutrinário, o princípio da responsabilidade ou reparabilidade se diferencia do princípio do poluidor-pagador, na medida em que o primeiro refere-se à responsabilização pela violação das normas jurídicas ambientais, enquanto o segundo diz respeito à assunção pelo usuário/poluidor dos custos pela utilização dos recursos ambientais, pois não seria justo que a coletividade arcaasse com o mencionado ônus em proveito de um indivíduo ou grupo determinado¹⁰.

Nesse sentido vaticina o Ministro Herman Benjamin:

"O *princípio poluidor-pagador*, de maneira bem rasteira, equivale à fórmula 'quem suja, limpa' elementar nas nossas relações cotidianas. O princípio, aclamado pela Constituição Federal, significa que o poluidor deve assumir os custos das medidas necessárias a garantir que o meio ambiente permaneça em um estado aceitável, conforme determinado pelo Poder Público. Em outras palavras, o princípio determina que 'os custos da poluição não devem ser externalizados', fazendo com que os preços de mercado 'reproduzam a totalidade dos custos dos danos ambientais causados pela poluição - ou melhor, os custos da prevenção desses prejuízos. [...] Em derradeiro, na lista rápida dos princípios que influenciam o regime jurídico da responsabilidade civil pelo dano ambiental, a Constituição Federal consagra o *princípio da reparabilidade integral do dano ambiental*. Por esse princípio, são vedadas todas as formas e fórmulas, legais ou

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 6ª ed. Editora Saraiva, 2008, p.32.

⁹ Lei 6.938 de 1981: Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

[...]

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

¹⁰ ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 12ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p.542/543.

constitucionais, de exclusão, modificação ou limitação da reparação ambiental, que deve ser sempre integral, assegurando proteção afetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado"¹¹.

Ressalta-se que tal distinção é despicienda para análise do objeto proposto no artigo em comento, pois, independente da denominação atribuída, uma vez presentes os elementos da teoria da responsabilidade civil, surge o dever de reparação¹².

Outrossim, muito embora a legislação brasileira dispense a comprovação da culpa, ou seja, o exame do elemento subjetivo para atribuição do dever de indenizar - já que consagrou a teoria objetiva na seara ambiental -, é necessária a verificação dos demais elementos integrantes da responsabilidade civil, a exemplo da exigência de dano efetivo, ação ou omissão e nexo de causalidade - pressupostos estes cumulativos -, tendo em vista que, em tema envolvendo o meio ambiente, dispensa-se o elemento anímico, a intenção do agente ou beneficiário indireto do dano.

Desta forma, o que se deve perquirir é a presença dos suscitados requisitos para imputação da responsabilidade civil ambiental: conduta, dano e nexo de causalidade, os quais se verificaram na hipótese da degradação de área objeto de reserva legal por meio da atuação e/ou contumácia do antigo proprietário ou possuidor, que, ao infringir obrigação legal, comete ato ilícito, consoante será melhor apreciada no próximo item.

3. A NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE MANUTENÇÃO DA RESERVA LEGAL E O POSICIONAMENTO DO STJ NO ERESP 218.781-PR

Conforme dito alhures, em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial (ERESP de nº 218.781-PR) o Superior Tribunal de Justiça reformou acórdão proferido pela Primeira Turma daquele mesmo Tribunal, que, dentro de um juízo hermenêutico, optara por uma interpretação restritiva acerca do conceito de sujeito legitimado e corresponsável pela degradação ambiental, com características de *auto-contenção judicial*¹³.

¹¹ V.BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. Revista de Direito Ambiental. RDA 9/5, jan-mar, 1998, p.93/94.

¹² Portanto, a primeira conduta seria reprovável, acarretando o dever de indenizar, já a segunda encontraria guarida na legislação desde que o sujeito assumisse os custos econômicos decorrentes da utilização do bem natural.

¹³ Expressão utilizada pelo professor Luis Roberto Barroso ao se referir a atuação dos Juízes e Tribunais quando, dentre outras opções: *"evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário [...]"*.

Nesse diapasão, com o fito de demonstrar o cerne da dissidência jurisprudencial, transcreve-se a ementa do acórdão embargado, o qual fundamentou-se no sentido de que: "[...] *a reserva legal é obrigação pessoal, em que a apuração de eventual débito-crédito ambiental se insere no contexto da responsabilidade civil extracontratual, o que convocaria a presença de nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado*"¹⁴.

Ação Civil Pública. Dano ao meio ambiente. Ilegitimidade do adquirente de propriedade já desmatada. Reflorestamento. Responsabilidade. Artigo 16, "a", da Lei 4.771/65. 1. Não tem legitimidade para figurar no polo de ação civil pública o proprietário de terras que já as adquiriu desmatadas, pois a ele não se pode impor o ônus do reflorestamento, se não foi o agente do dano. 2. Precedentes da Primeira Turma. 3. Recurso não provido.

Como se vê, o acórdão embargado entendeu pela responsabilidade pessoal do agente, razão pela qual julgou improcedente a ação civil pública proposta com o objetivo de obrigar o novo proprietário a recuperar a área objeto de reserva legal, sob o fundamento de que seria inviável a transmissão do dever de reparar.

Não obstante, tal posicionamento fora reformado pela Corte Especial ao argumento de que: "*O dever de cumprir o ônus (entre eles, as limitações ambientais) transmite-se junto e inseparavelmente com o imóvel, na esteira do princípio nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet (ninguém pode transferir a outrem direito maior do que aquele que possui).*"

Para chegar a tal conclusão, o Relator dos suscitados Embargos de Divergência asseverou que: "*As obrigações ambientais ostentam caráter propter rem, isto é, são de natureza ambulante, ao aderirem ao bem, e não a seu eventual titular. Daí a irrelevância da identidade do dono - ontem, hoje ou amanhã, exceto para fins de imposição de sanção administrativa, civil e penal. [...] Ao titular do bem em que incidem obrigações ambientais só é cabível aliená-lo, por qualquer forma, com idênticas características e encargos, tal qual recebido. São obrigações ambulatórias, que gravam a propriedade e seguem, inexorável e perpetuamente, os adquirentes sucessivos.*" Esclareceu-se ainda que: "*Transferem-se do alienante ao adquirente, imunes às mutações subjetivas, derivadas que são tão só do status de proprietário ou posseiro do sujeito, seja ele quem for*"¹⁵.

¹⁴ REsp 218781/PR, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA.

¹⁵ EREsp 218781/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 23/02/2012, p.27.

Quanto à natureza jurídica da obrigação de manutenção da reserva legal, consoante abalizada doutrina, é cediço que deriva da titularidade do bem, independente de quem seja o seu proprietário e da forma pela qual se aperfeiçoou sua aquisição, pois liga-se diretamente à coisa, encontrando-se a esta aderida¹⁶.

Diante desses argumentos, a conclusão que se extrai é no sentido de que a natureza jurídica da reserva legal é de obrigação *propter rem*, na medida em que transfere-se imediatamente com a aquisição do imóvel pelo novo proprietário, sendo uma imposição legal automática. E quanto a tal ponto, concorda-se com o posicionamento sufragado pelo voto vencedor.

Importante frisar que a natureza jurídica da reserva legal não se alterou com a entrada em vigor da Lei 12.651 de 2012, intitulada de Novo Código Florestal, a qual apenas trouxe de forma expressa o caráter real das obrigações ali previstas, uma vez que o referido instituto constitui-se limitação legal imposta ao titular ou possuidor do imóvel, aderindo ao bem independente de alteração de sua titularidade¹⁷.

Daí porque acredita-se que a divergência acerca da natureza jurídica da reserva legal não é o ponto fulcral para se concluir sobre os limites da responsabilidade do novo proprietário, pois, efetivamente, a obrigação de manutenção da citada área protegida pelo Código Florestal transmite-se com a mudança da sua titularidade, encaixando-se perfeitamente no conceito de obrigação *propter rem* ou simbiótica.

O ponto nodal da controvérsia cinge-se, portanto, à dimensão dessa obrigação, devendo-se perscrutar acerca dos seus limites. Isto porque, caso se entenda que a noção de manutenção da reserva legal não compreende o conceito de reparação, esta última se resolverá por meio da teoria da responsabilidade civil.

Assim, questiona-se: o dever de "manutenção" da reserva legal engloba também a noção de "reparação" dos danos causados ao meio ambiente?

¹⁶ ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 12ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p.542.

¹⁷ Lei 12.651 de 2012 (Novo Código Florestal): Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 1º Na utilização e exploração da vegetação, as ações ou omissões contrárias às disposições desta Lei são consideradas uso irregular da propriedade, aplicando-se o procedimento sumário previsto no inciso II do art. 275 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sem prejuízo da responsabilidade civil, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e das sanções administrativas, civis e penais.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

Pois bem, tanto a expressão manutenção como conservação possuem conceitos linguísticos precisos, pelo que representam: *Manutenção: Ato ou efeito de manter-se. Manter-se: prover do necessário à subsistência. Conservar, sustentar em certa posição ou num gozo de um direito. Permanecer*¹⁸. Logo, acredita-se que noção semântica da expressão "reparação" não se encontra ínsita no conceito de "manutenção" ou "conservação".

Por outro lado, um dano provocado a determinado bem de índole ambiental importa na responsabilidade civil do agente, sendo possível a cumulação das obrigações de fazer e não fazer com o dever de indenizar, tendo em vista as sucessivas dimensões do dano ambiental, o qual se protraí no tempo e no espaço.

A ordem jurídica é clara ao asseverar que comete ato ilícito, *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral"*¹⁹. E a consequência do ato ilícito é o dever de indenizar.

Portanto, após a consumação do ato de degradação, o qual representa uma infração à legislação, o dever de reparar ou de compensar resolve-se pela teoria da responsabilidade civil.

Entende-se, assim, que obrigação de reparação do novo proprietário de área degradada pelo seu antecessor deriva da aplicação da teoria da responsabilidade civil extracontratual ao antigo proprietário.

Isto porque a questão nodal está no momento da conformação do ato ilícito, pois os pressupostos da responsabilidade civil são verificados quando da sua ocorrência, o qual se consumou no momento da inobservância das regras do Código Florestal pelo antigo proprietário. Daí ser irrelevante se perquirir acerca do nexo de causalidade entre a conduta do novo proprietário, pois este, efetivamente, não cometeu ato ilícito, na medida em que apenas assume obrigação já formada e decorrente da responsabilização civil do antigo proprietário.

Todavia, também não se pode afastar a teoria da responsabilidade civil para efeito de caracterização da obrigação do novo proprietário de reparar o meio ambiente degradado, como se esta decorresse apenas da natureza *propter rem* da reserva legal, pois a noção

¹⁸ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.

¹⁹ *"O Direito e a ordem jurídica por ele estabelecida existem para serem observados e cumpridos. No caso do Direito Ambiental, a sua existência somente se justifica se ele for capaz de estabelecer mecanismos aptos a intervir no mundo econômico de forma a fazer com que ele não produza danos ambientais além daqueles julgados socialmente suportáveis. Quando tais limites são ultrapassados, necessário se faz que os responsáveis pela ultrapassagem sejam responsabilizados e arquem com os custos decorrentes de suas condutas ativas ou omissivas. Tal sistema de imposição de custos, sejam eles financeiros, morais ou políticos, é o que se chama responsabilidade [...]".* (In: ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.211).

de "manutenção" não engloba o dever de indenizar derivado da prática de ato ilícito²⁰. A característica *propter rem* tem, assim, outra função, transmitir o dever de restauração²¹.

Desta forma, conclui-se que a transferência do dever de reparar é possível apenas por meio da adoção de uma exegese "ativista", calcada na incidência do princípio da solidariedade intergeracional, o qual foi pincelado de maneira bastante esparsa pelo Ministro Relator, mesmo porque é vedada a análise da Constituição Federal via Recurso Especial, sendo que a entrada em vigor do Novo Código Florestal apenas chancelou o entendimento sufragado pela Corte Especial do STJ.

Nesse diapasão, a natureza jurídica da limitação imposta não afasta a teoria da responsabilidade civil pelos danos causados em razão de infração à legislação ambiental, pois o dano não se confunde com a obrigação, sendo que, ao final da conclusão do voto proferido no EREsp 218.781/PR, restou assentado expressamente a natureza ilícita da lesão ao meio ambiente praticada por aquele que descumpre a obrigação de manutenção da reserva legal.

Dai porque entende-se que independente da natureza jurídica da reserva legal, a obrigação de reparar - decorrente de infração cometida pelo antigo proprietário - transmite-se ao sucessor pela incidência imediata dos princípios constitucionais da responsabilidade ambiental e da solidariedade intergeracional.

Repise-se que a referida transmissão apenas foi introduzida de maneira expressa no ordenamento jurídico infraconstitucional com o Novo Código Florestal (art. 2º, § 2º), razão pela qual a postura abraçada pelo STJ foi precursora e fundamental para a inserção legal do preceito, pondo fim a eventuais controvérsias e sujeitando a todos a eficácia imediata do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

²⁰Veja-se o que ocorre no âmbito do Direito do Trabalho, uma vez que a CLT determina de forma expressa que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não prejudicará os direitos adquiridos por seus empregados, sendo que a fusão, incorporação ou sucessão da empresa não implicará isenção do novo proprietário das dívidas contraídas pelo seu antecessor, consoante determina art. 10 c/c art. 448 da CLT. Ressalta-se que inclui-se aí também a obrigação de reparação de qualquer ato cometido pelo antigo empregador, como a responsabilização por danos materiais e morais, não se perquirindo do novo proprietário o nexo de causalidade, já que a conduta seria do seu antecessor e a sua responsabilidade decorria da aquisição da sociedade empresária ou pessoa equiparada. Como se vê, a responsabilidade do novo empregador encontra respaldo na legislação juslaboral, consoante preconizado pelo art. 10 c/c art. 448, ambos da CLT.

²¹Ademais, cita-se a título ilustrativo, o que sucede no âmbito do Direito Tributário quanto às dívidas decorrentes do inadimplemento do IPTU, as quais acompanham o imóvel independentemente de alterações subjetivas, na medida em que a obrigação tributária é de natureza *propter rem*. Nesse caso, o débito tributária já encontra-se conformado anteriormente à mutação subjetiva. Vide: IPTU. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPTER REM.

Por fim, vale destacar que a incidência da teoria da responsabilidade civil impõe exceções à responsabilização geral e irrestrita do novo titular do imóvel, ensejando discussão acerca da sua exclusão nas hipóteses de caso fortuito e força maior, bem como sobre a aplicação da teoria do risco integral.

Entretanto, da forma como posto no acórdão embargado, ao se atribuir o dever de reparação ao novo proprietário pela simples característica *propter rem* da obrigação, possível a sobreposição de responsabilidades até mesmo em casos fortuitos, acontecimentos imprevisíveis e inevitáveis.

Com base nessas premissas, passa-se à apreciação do posicionamento adotado pelo STJ à luz do conceito de ativismo judicial.

4. ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A expressão ativismo judicial é utilizada usualmente pela doutrina e jurisprudência brasileira com o intuito de qualificar/adjetivar decisões judiciais proferidas com enfoque numa exegese protetora dos direitos fundamentais, mas não tem apenas essa funcionalidade.

Qualifica-se também como ativista a decisão judicial que busca, através de árdua hermenêutica jurídica, efetivar a tutela judicial reclamada nas hipóteses de permanente omissão do Poder Legislativo no que concerne à sua função precípua. E a noção de árduo decorre, justamente, dessa função "anômala" que é exercida pelo Judiciário, tendo em vista que este é chamado a atuar no vácuo legislativo para garantir um direito fundamental.

Também se considera ativista, segundo Lenio Luiz Streck, a decisão: "*[...] que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de rompimento constitucional, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das majorias*"²².

Diante disso, o sentido do termo ativismo judicial soa, para alguns, como algo moderno ou arrojado e, para outros, como atuação exorbitante ou excessiva, nesse último caso em descompasso com a função hodiernamente atribuída pela Constituição Federal ao Poder Judiciário²³.

RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. ARTIGOS 130 E 131 DO CTN. I - A Primeira Seção desta Corte Superior, em 25.11.2009, no julgamento do REsp nº 1.073.846/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que a obrigação tributária, quanto ao IPTU, acompanha o imóvel em todas as suas mutações subjetivas, ainda que se refira a fatos imponíveis anteriores à alteração da titularidade do imóvel, exegese que encontra reforço na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão prevista nos artigos 130 e 131, I, do CTN. II - Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1418664/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 09/10/2012).

²² STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.53.

²³ O professor Paulo Gustavo Gonet Branco relembra que a noção de ativismo decorreu de

Entretanto, o sentimento gerado pelo calor ou importância da decisão decorre muito mais da opinião que se tem acerca do mérito da causa do que da própria hermenêutica empregada pelo magistrado.

No Brasil, têm-se exemplos claros de decisões ativistas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como aquela prolatada no Mandado de Injunção 712, em que a Corte Suprema estendeu aos servidores públicos a aplicação da Lei nº 7.783 de 1989, que cuida do exercício do direito de greve dos empregados, tendo em vista a contumácia do parlamento quanto à regulamentação do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, que confere o direito de greve aos servidores estatais²⁴.

Entretanto, não é somente o Supremo Tribunal Federal que atua de maneira "ativista". Muito embora seja mais fácil entrever a sua postura "avançada", pela notoriedade das decisões proclamadas, que são transmitidas para todo o país, os demais Tribunais também praticam o "ativismo" quando, chamados a operar, se deparam com uma lacuna legislativa.

Segundo Luís Roberto Barroso, dentre outras formas, o conceito de ativismo liga-se à incidência do texto constitucional de forma imediata a hipóteses não previstas pela Constituição e independentemente do teor da legislação infraconstitucional²⁵.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça também é conclamado, por vezes, a adotar posturas retrógradas ou mais modernas, ao julgar causas que envolvam direitos fundamentais, como se verifica dos processos que cuidam de temas relacionados ao meio ambiente e responsabilidade civil ambiental.

Aí talvez esteja o mérito e a noção mais entrelaçada da expressão ativismo judicial, quando o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial e com o fito de efetivar determinado direito fundamental previsto na Lei Suprema, interpreta/extrai a norma

uma postura conservadora do Tribunal Constitucional americano quanto à proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido afirma: *"Passou-se a chamar ativista, a propósito, a fase politicamente conservadora da jurisprudência da Suprema Corte americana formada a partir do julgamento do caso Lochner v. Nova York, quando foi invalidada lei do Estado de Nova York, que fixava jornada máxima de trabalho para os padeiros, vista como intromissão imprópria do Estado no livre encontro de vontades de sujeitos autônomos. [...] De cunho conservador foi também a decisão que anulou legislação que bania a escravidão nos Estados do Norte, deliberação apontada como um dos fatores deflagradores da Guerra Civil americana."* (In: Em busca de um conceito fugidio - o ativismo judicial. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivum, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino).

²⁴ (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384).

²⁵ BARROSO, Luís. Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. p. 6. (In: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>).

diretamente do texto constitucional para solucionar a demanda que lhe fora apresentada em virtude da omissão do legislador ordinário.

Isto porque o Recurso Especial tem por objeto a análise de afronta à legislação infraconstitucional, estando tecnicamente limitado à tal apreciação²⁶.

Logo, em sede de Recurso Especial é vedada à Corte Superior a apreciação de violação aos dispositivos constitucionais reflexivamente relacionados à controvérsia, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal insculpida no art. 102, inciso III, da CRFB/1988.

Não obstante, o intérprete não pode se esquivar dos preceitos fundamentais insertos na Constituição, seja no exercício de avaliação do Recurso Especial ou qualquer outro apelo, fato este que conduz a uma necessária releitura da legislação ordinária sob o prisma da Carta Magna no exercício da atividade jurisdicional do Magistrado. E a situação embaraça-se ainda mais quando não há norma infraconstitucional a respeito.

Destarte, em muitos casos a legislação ordinária é omissa quanto a pontos importantes envolvendo temas relacionados ao meio ambiente, como sucede na hipótese de responsabilidade ambiental do novo proprietário quanto aos danos causados pelo seu antecessor à propriedade adquirida e inserida em área de reserva legal - tema este objeto do julgamento dos Divergência em Recurso Especial de nº 218.781-PR.

Oportuno registrar que órgão julgador não pode se eximir de solucionar a lide levada ao Poder Judiciário, seja em razão de omissão na própria lei ou da inexistência de legislação sobre o assunto, pois o vácuo legiferante quanto à edição normativa e/ou à regulamentação do tema produz um efeito crucial: a conclamação do Magistrado a atuar.

Importante realçar que:

"[...] la disponibilidad inmediata de los derechos fundamentales y su correlativa indisponibilidad para el legislador no significan la absoluta posibilidad de prescindir de éste, habida cuenta de que la actuación judicial se halla sometida al imperio de la Ley, por lo que ni el juez ordinario ni

²⁶ "Compete ao Supremo Tribunal Federal a análise de suposta ofensa a dispositivos constitucionais, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal, sendo defeso o seu exame em âmbito de recurso especial." (AgRg no REsp 1292665/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 07/06/2013). Precedentes: (EDcl no REsp 1188105/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 27/05/2013; AgRg no REsp1138894/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 28/05/2013).

*el constitucional pueden actuar más que en el marco de los procedimientos legalmente previstos*²⁷.

Nessa linha, tendo em vista a omissão da legislação ordinária a respeito dos limites obrigacionais do novo proprietário de área objeto de reserva legal, verifica-se perfeitamente possível o emprego do art. 225, caput, da CF/88 como ponto de partida para a interpretação da legislação infraconstitucional - exegese esta ancorada no princípio da solidariedade intergeracional e da reparabilidade integral.

Acerca do posicionamento abraçado pelo STJ, pontua Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, para quem: *"Na ponderação de interesses em jogo, o STJ fez preponderar a proteção do ambiente, limitando o exercício do direito de propriedade, no intuito de modelá-lo à luz da sua função ecológica e dos deveres fundamentais de proteção ambiental conferidos constitucionalmente ao seu titular"*²⁸.

Destaca-se, entretanto, que os renomados doutrinadores entendem que o precedente do STJ em questão está mais relacionado a uma postura civilista do direito (e não constitucionalista), pois fundamentado no sentido de que *"[...] a reserva legal e a área de preservação permanente caracterizam hipótese de uma obrigação civil de natureza propter rem, e não propriamente um dever fundamental de proteção ambiental dos particulares proprietários ou possuidores de determinado bem, fundado na CF88"*. Entretanto, acredita-se que a fundamentação *"civilista"* decorre, justamente, dos limites inerentes à via especial, a qual não é afeta à apreciação direta das normas constitucionais²⁹.

Por fim, observou-se que no REsp. 650.728/SC - com objeto idêntico ao aqui relatado - restou rechaçada a utilização do termo *ativismo judicial*, como se o mesmo apenas tivesse uma face negativa. É o que se infere do seguinte trecho da ementa do julgado:

"No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Daí não precisamos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é

²⁷ BATISTA, Francisco J; VILLAVARDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; PRESNO, Miguel Angel; ALÁEZ, Benito; SARASOLA, Ignacio F. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2012, p.186.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. Direito Constitucional Ambiental. 2ª ed. São Paulo: RT. 2012, p. 239-240.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. Direito Constitucional Ambiental. 2ª ed. São Paulo: RT. 2012, p. 239-240.

*assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador*³⁰.

Não obstante, entende-se que a decisão retro possui nítida feição ativista, mas não sob a perspectiva negativa, na medida em que a fundamentação desenvolvida no acórdão antecedeu à introdução legislativa operada pelo Novo Código Florestal, ao adotar uma postura de proteção ao bem natural preconizada pela Constituição Federal, com forte influência dos princípios da solidariedade intergeracional e da responsabilidade ambiental, ao se internalizar a noção de "reparação" no conceito de "manutenção" da reserva legal.

5. CONCLUSÕES

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se encartado na terceira dimensão³¹ dos direitos fundamentais. De titularidade difusa ou coletiva, possui características de solidariedade e fraternidade, com exigências comuns e intensa afinidade social. Conforma-se juridicamente em razão das iterativas necessidades humanas, principalmente em virtude das inovações tecnológicas e científicas, com forte impacto nas relações econômicas, sociais e políticas.

Responsável pela proteção contra ameaças ecológicas e degradação do meio ambiente, a disciplina jurídica ambiental é dependente de medidas de âmbito nacional e também de nível mundial.

Não obstante a existência de omissão legislativa, não pode o operador do direito se omitir de apresentar a solução mais adequada aos fins constitucionais.

Diante disso, conclui-se que:

a) a obrigação de manutenção da reserva legal tem natureza jurídica *propter rem*, na medida em que transfere-se imediatamente com a aquisição do imóvel pelo novo proprietário;

b) o dever do novo proprietário de reparar a área degrada pelo seu antecessor deriva da teoria da responsabilidade civil extracontratual, e não se confunde com a obrigação de manutenção/conservação da reserva legal;

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. Direito Constitucional Ambiental. 2ª ed. São Paulo: RT. 2012, p. 181.

³¹ Vale destacar que "o progressivo reconhecimento de novos direitos fundamentais consiste num processo cumulativo, de complementaridade, onde não há alternância, substituição ou supressão temporal de direitos anteriormente reconhecidos." (In: DA CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Editora Juspodivm, 2008, p.563).

c) o novo proprietário adquire obrigação reparatória já conformada no ordenamento jurídico, que se transfere com a modificação da titularidade;

d) a previsão de responsabilidade por sucessão somente passou a existir de maneira expressa no ordenamento jurídico ordinário com a inserção do art. 2º, § 2º do Novo Código Florestal. Entretanto, tal fato não enfraquece a jurisprudência anteriormente firmada pelo STJ, pois a este também cumpre o papel de influenciar o legislador nas suas escolhas.

e) a decisão proferida no EREsp de nº 218.781-PR ao aplicar implicitamente os princípios constitucionais da responsabilidade ambiental e da solidariedade intergeracional e estender o conceito de "manutenção" da reserva legal, inserindo em seu conteúdo a noção de "reparação", abraçou o ativismo como meio de garantir os direitos fundamentais ali consagrados.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 12ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Editora Saraiva. 47ª ed., 2012.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EREsp 218781/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 23/02/2012.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 1418664/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 09/10/2012.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1292665/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 07/06/2013.

BATISTA, Francisco J; VILLAVERDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; PRESNO, Miguel Angel; ALÁEZ, Benito; SARASOLA, Ignacio F. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2012.

BARROSO, Luís. Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. (In: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>).

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio - o ativismo judicial. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivum, 2011. Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino.

CATALÃ, Lucia Gomes. Responsabilidad por danos al médio ambiente. Aranzadi Editorial, p.98-145.

DA CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Editora Juspodivm, 2008.

DA SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 8ª ed. Ed. Medeiros, 2010.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. Código Civil Comentado. Coordenadora da 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE MIRANDA, Pontes. Tratado das Ações. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Bookseller. 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 6ª ed. Editora Saraiva, 2008.

Grupos de Estudos A Jurisdição Constitucional e a Democracia. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. Brasília a. 40 nº 160 out/dez. 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental. 17ª Ed. Malheiros Editores. 2009.

ROSENVALD, Nelson; DE FARIAS, CRISTIANO CHAVES. Direito Civil: Teoria Geral. 7ª ed. Lumen Juris. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. Direito Constitucional Ambiental. 2ª ed. São Paulo: RT. 2012.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª Ed. RT. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

V.BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. Revista de Direito Ambiental. RDA9/5, jan-mar, 1998.

A LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA – ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.016/2009

Julio Cesar de Vasconcellos Assad
Procurador do Estado

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais do mandado de segurança. 2.1. Breve esboço histórico. 2.2. Direito comparado – institutos similares ao mandado de segurança. 2.3. Finalidade. 2.4. Natureza jurídica. 2.5. Conceito. 2.6. Regulamentação - Lei 12.016/2009. 2.7. Conceitos inerentes ao mandado de segurança. 2.7.1. “Direito líquido e certo” e “prova pré-constituída”. 2.7.2. Ilegalidade ou abuso de poder. 2.7.3. Legitimidade ativa – Impetrante. 2.7.4. Litisconsórcio em sede de mandado de segurança. 3. Da parte passiva. 3.1. *Conceito de autoridade coatora*. 3.2. Quem pode vir a ser autoridade coatora. 3.3. Particular no pólo passivo do mandado de segurança. 3.4. Indicação da autoridade coatora na inicial. 3.5. Notificação da autoridade coatora. 3.6. Informações da autoridade coatora. 3.7. Ciência da representação judicial. 3.8. Dupla defesa. 3.9. Litisconsórcio passivo necessário entre particulares e a pessoa de direito público. 3.10. Indicação errônea da autoridade - teoria da encampação. 4. Problemática - Natureza jurídica da autoridade coatora e do ente a que esta pertence. 4.1. As várias posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o legitimado passivo no mandado de segurança. 4.1.1. Réu no mandado de segurança é a autoridade coatora. 4.1.2. Réu no mandado de segurança é a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora. 4.1.3. Réus são, em litisconsórcio necessário, a autoridade coatora e a pessoa jurídica. 5. Legitimidade recursal da autoridade coatora. 5.1. Especificidades a serem observadas no procedimento do recurso da autoridade. 5.1.1. Preparo recursal. 5.1.2. Capacidade postulatória para a defesa técnica. 5.1.3. Prazo para recorrer. 5.1.4. Contagem do prazo para a autoridade coatora – aplicação ou não do art. 188 do CPC. 5.2. Ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4.403. 6. Críticas e ponderações acerca da parte passiva no mandado de segurança. 7. Considerações finais. 8. Referência bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo trazer à baila a questão da parte passiva no mandado de segurança, contextualizando o tema dentro do atual debate que vem sendo promovido pela doutrina processual pátria, principalmente, em face das alterações trazidas pela Lei 12.016/2009.

Neste escopo, será buscado, no desenvolvimento que se segue, estabelecer um encadeamento lógico no qual serão colacionados os principais posicionamentos dos doutrinadores, bem como serão

apresentados múltiplos aspectos inerentes a uma melhor compreensão sobre o papel da autoridade coatora e da pessoa jurídica à qual esta pertence.

Diante do proposto, não será pretensão albergada no presente trabalho estabelecer um posicionamento conclusivo sobre a matéria, mas colacionar as principais posições doutrinárias inerentes ao complexo tema. Outrossim, buscar-se-á trazer, de forma organizada e objetiva, uma síntese do atual pensamento acadêmico sobre a questão em tela e, desta forma, mediante a apresentação de divergentes posições doutrinárias, criar um cenário onde se possa atingir um maior amadurecimento crítico na análise da problemática em que se enreda a parte passiva no mandado de segurança.

Teve-se o cuidado de, na medida do possível, analisar a mais variada doutrina, sem, no entanto, dar muito ênfase à jurisprudência que se consolidou com base Lei nº 1.533/1951 que restou revogada pela Lei 12.016/2009, na medida em que algumas inovações trazidas por esta correspondem à negação de entendimentos jurisprudenciais, em especial o tema objeto deste artigo, o que torna impossível ou, pelo menos, inútil apresentar o que os Tribunais entenderam preteritamente.

Assim, o presente trabalho pretende fazer uma análise para frente, ou melhor, objetiva entender o que mudou na operacionalização do mandado de segurança à luz do entendimento doutrinário e dos anseios sociais.

A nota primordial deste estudo é ser pragmático, isto é, apresentar e dar soluções para problemas que surgirão na prática do foro, tendo em conta a mudança legislativa e a ausência de normatização de procedimentos e atos processuais que serão realizados no dia a dia dos que enfrentam a árdua tarefa de garantir direitos individuais de particulares em face do Estado, bem como daqueles que elaboram a defesa da pessoa jurídica de direito público nos quadros da advocacia pública.

Por fim, destaca-se que o tema em questão tem sido objeto de estudo e debates apaixonados por doutrinadores da maior grandeza, conforme se infere, por todos, dos comentários do processualista e orientador deste trabalho, Professor Fredie Didier Jr.¹:

Não há, na seara processual, tema que provoque tão acirradas discussões, tão calorosas e apaixonados debates como o mandado de segurança. Garantia constitucional; forma de controle de atos administrativos; mero procedimento especial; as suas diversas perspectivas se entrecruzam, formando um

¹DIDIER JR, Fredie. XIV – *Natureza Jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança* In: BUENO, Cassio Scarpinella; Eduardo Arruda Alvim; e Tereza Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p 367.

painel doutrinário nem sempre – ou quase nunca – coerente. Tudo o que lhe diz respeito gera controvérsia.

Nesse sentido, serão examinadas as polêmicas que envolvem a legitimidade passiva no mandado de segurança à luz da Lei 12.016/2009.

2. ASPECTOS GERAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA.

2.1 Breve esboço histórico.

A origem do mandado de segurança passa pelas ações possessórias e pelo instituto do *habeas corpus*, conforme noticiam José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo²:

No Brasil, no século XIX, o principal instituto voltado à proteção da liberdade do indivíduo era o *habeas corpus*. Ao seu lado, eram incluídas as ações possessórias, que, tendo feição mandamental, também foram utilizadas para impedir a cobrança de tributos.

O *habeas corpus* na Constituição Federal de 1891 tinha a seguinte redação:

Art. 72, § 22 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Diante da ausência de um instituto capaz de proteger os direitos individuais violados pela Administração e da frustrada tentativa de utilização das ações possessórias foi dada inicialmente uma interpretação extensiva ao *habeas corpus*.

Assim, a despeito da destinação tradicional do *habeas corpus* à defesa do direito de locomoção física, firmou-se entendimento de que, à falta de mecanismo processual tão eficaz quanto ele, deveria ser admitido o seu emprego também para a prevenção de outros direitos do indivíduo, violados por ação ou omissão estatal, que não o direito à liberdade ambulatoria³ – denominado “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, destacando-se entre os defensores da aplicação ampla do *habeas corpus* o mestre Rui Barbosa.

² MEDINA, José Miguel Garcia; Fábio Caldas de Araújo. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.23.

³ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de Segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. São Paulo: Dialética, 2009, p.8

Nesse passo, nos primeiros anos da República, surgiu um debate em torno dos limites da aplicação do habeas corpus, tendo vencido, infelizmente, a corrente restritiva, conforme noticia o mestre Pedro Roberto Daicomain⁴, ut infra:

Emendas à Constituição de 1891, datada de 3 de setembro de 1926 e publicada no Diário Oficial da União do dia 7 daquele mês e ano, alterou, dentre outros, o art. 72 do texto constitucional original, passando o respectivo parágrafo 22 a ter a seguinte redação: “§ 22 - Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou constrangimento ilegal em sua liberdade de **locomoção física.**” Voltava o habeas corpus a ser posto em seu limite tradicional, servindo como mecanismo de defesa do direito à locomoção física. No dizer de Sampaio Dória, naquela reforma triunfou a corrente dos interesses políticos prejudicados com a amplitude conferida ao alcance do habeas corpus pelo entendimento que consagrava a respectiva ampliação. (DÓRIA. A. de Sampaio. Direito Constitucional, cit. P.659).

Finalmente, em 1934, o mandado de segurança restou constitucionalizado pela primeira vez. A Constituição Federal de 1934 estabelecia:

Art.113, alínea 33: Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.

Ocorre que o governo autoritário e pouco afeto a admitir controle de seus atos instalado no “*Estado Novo*” substituiu a Constituição de 1934 pela Constituição de 1937 a qual, por seu turno, não mais fez referência ao recém-constitucionalizado mandado de segurança.

O mandado de segurança, por seu turno, só voltou a ter status constitucional, isto é, se encontrar posto na Constituição brasileira, com advento da carta de 1946, que além de ampliar o seu alcance, tornou este, um direito constitucional do cidadão, diminuindo as discrepâncias impostas pelos governantes.

⁴ *Ibid*, p 11.

Mantido nas constituições brasileiras posteriores, o mandado de segurança recebeu tratamento especial na Constituição Federal/88 – “Constituição Cidadã”⁵ – na qual passou à condição de garantia constitucional, com força de clausula pétrea (art. 60, § 4º, da CF/88), o que lhe assegura a impossibilidade de restrições por parte do constituinte derivado.

Assim, atualmente o mandado de segurança vem disposto da seguinte forma:

CF/88, Artigo 5º:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Não diminuindo a importância do mandado de segurança no sistema jurídico brasileiro, nos dias atuais, a possibilidade de demandar tutelas de urgência em face do Poder Público abriu outro caminho para ver reparado direito que tenha sido violado por ilegalidade ou abuso de poder, conforme argutamente expõem os autores Rodrigo Klippel e José Antônio Neffa Junior⁶:

Todavia, se comparamos a legislação processual moderna – em que agora se insere a novel Lei 12.016/09 – e aquela que existia nos primórdios do mandado de segurança, é possível fazer a seguinte afirmação: hoje se precisa menos deste instrumento do que no passado.

A razão dessa conclusão é simples: quando do surgimento do mandamus não havia – com hoje há – a previsão ampla da tutela de urgência contra o Poder Público, que pode ser obtida pela via do procedimento comum.

⁵ *Constituição Cidadã, conforme restou batizada pelo saudoso constituinte Deputado Ulisses Guimarães, para ressaltar a conquista dos direitos sociais e individuais garantidos no novo “Contrato Social”*

⁶ *KLIPPEL Rodrigo, José Antônio Neffa Júnior, Comentários à Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/09) artigo por artigo, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 2-3.*

(...)

Atualmente, entretanto, é possível obter, contra o Poder Público, tutela jurisdicional eficaz prescindindo-se desse procedimento, agora regulado pela Lei 12.016/09. Com certeza isso faz com que a sua necessidade já não seja a mesma. De via única passou a ser mais uma alternativa para aqueles que aleguem ter sofrido com ilegalidades ou abusos do Poder Público.

(...)

É, pois, impossível desconsiderar a tradição do mandado de segurança esse importante monumento jurídico nacional. Além disso, mesmo nos dias de hoje, em que ele não é mais o único, ainda pode ser, em muitos casos, o procedimento mais interessante para se obter tutela jurisdicional contra o Poder Público, por conta de algumas características que possui.

Percebe-se, da evolução histórica, que o mandado de segurança continua cumprindo importante papel na defesa dos direitos individuais, principalmente pela celeridade peculiar do rito do mandamus, o que se coaduna com o princípio da duração razoável do processo⁷ incluído na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/04 na busca de efetividade da jurisdição.

2.2 Direito comparado – Institutos similares ao mandado de segurança.

A doutrina é uníssona em considerar o mandado de segurança uma criação tipicamente brasileira, conforme restou destacado acima. Exatamente neste sentido os comentários do constitucionalista Alexandre de Moraes⁸, em destaque:

O art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal consagrou novamente o mandado de segurança, introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934 e que não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro.

Cabe destacar que, embora o mandado de segurança seja uma criação brasileira, alguns doutrinadores consignam que o instituto encontra suas origens no Direito comparado. É o caso do writ americano, do mandamus inglês e do juízo de amparo mexicano, que tinham por objeto proteger direitos do homem contra a arbitrariedade do Estado.

⁷ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁸ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 163.

2.3 Finalidade.

Segundo o saudoso mestre Carlos Alberto Menezes Direito⁹: “As chamadas garantias ou remédios constitucionais nasceram com o objetivo de impedir que os direitos dos cidadãos ficassem inertes nas declarações, sem eficácia.”

Pois bem, conforme noticia Cassio Scarpinella Bueno¹⁰, a evolução histórica do mandado de segurança evidencia a necessidade permanente de se criar mecanismos que garantam uma tutela eficaz dos cidadãos contra o Estado, fosse a partir de uma interpretação extensiva do habeas corpus ou a partir de uma interpretação extensiva dos interditos possessórios. Assim, o que hoje se identifica como “mandado de segurança” nasceu e desenvolveu-se no Brasil (sem texto constitucional ou legal que o previsse como nós, hoje, o conhecemos) como mecanismo eficiente para coibir ilegalidades ou abusos de poder. Trata-se, pois, de nítido mecanismo do particular contra o Estado e não o contrário.

Nesse passo, o mandado de segurança tem por escopo a materialização de um verdadeiro Estado de Direito e, para tanto, devem ser recusadas manifestações tendenciosas ao reducionismo no emprego do writ. Portanto, a interpretação das normas atinentes ao mandado de segurança devem se operar da forma mais benéfica possível ao cidadão, evitando-se exegeses restritivas à sua utilização, sob pena de inverter-se a própria lógica e o fundamento da ação constitucional. Nesse sentido, Scarpinella¹¹ destaca que:

Trata-se, pois, de nítido mecanismo do particular contra o Estado e não o contrário. Essa opção, claramente feita no texto constitucional, como, de resto, em toda a gênese e desenvolvimento do instituto, é inafastável para o intérprete e deve acompanhá-lo em cada dúvida, em cada indagação, em cada questão interpretativa que lhe seja posta para solução.

2.4 Natureza jurídica.

Partindo de um enfoque constitucional, o mandado de segurança integra a categoria dos direitos de primeira geração, ou seja, aqueles que de modo pioneiro constaram das Constituições dos diversos países e através dos quais se busca assegurar uma possibilidade de defesa do indivíduo contra o Estado.

⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 3ª Edição ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, 2ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva 2004, p.5-6.

¹¹ *Ibid*, p. 6.

Do ponto de vista processual, mais uma vez aproveitando as proveitosas lições do saudoso mestre Carlos Alberto Menezes Direito¹², verifica-se que: “Há consenso doutrinário para classificar o mandado de segurança como ação. A controvérsia está em saber a que espécie de ação pertence.”

O mandado de segurança é uma ação judicial constitucional de natureza civil com rito sumário e especial, isto é, não é ação penal ou trabalhista, sendo, assim, regulado, no que não confrontar com sua natureza constitucional e legislação específica, pelo Código de Processo Civil.

Não obstante a natureza civil do mandado de segurança, é cabível a impetração do remédio em testilha na Justiça Eleitoral, Trabalhista, Militar e até Criminal, por exemplo, contra decisão que indefere o ingresso de assistente de acusação; de terceiro, pedindo a restituição do bem cuja perda foi decretada em favor da União; de recurso de processo-crime, sem efeito suspensivo, para conferir esse efeito; de denúncia-crime, oferecida pelo Ministério Público, e não recebida, em juízo, pelo magistrado, conforme aduzem Fernando da Fonseca Gajardoni¹³ e Heraldo Garcia Vitta¹⁴.

O mandamus poderá ser impetrado como substitutivo de recurso, mas, mesmo nesta hipótese, continuará sendo uma ação de natureza civil, pois o manejo deste para sustar ato praticado pelo Estado-Juiz não tem o condão de transformá-lo em recurso processual, modificando sua natureza na medida em que, do contrário, o writ teria que se amoldar às regras recursais, conforme consigna Mantovanni Colares Cavalcante¹⁵.

Ainda sob o enfoque processual, Pedro Roberto Daicomain¹⁶ assevera que o mandado de segurança inclui-se, como regra geral, entre as ações de conhecimento, mas, excepcionalmente, quando impetrado em face de decisão judicial da qual caiba recurso provido unicamente de efeito devolutivo, poderá assumir a feição de ação cautelar. Ademais, considerando as 4 (quatro) modalidades de ação de conhecimento - (i) condenatória; (ii) constitutiva; (iii) declaratória; e (iv) mandamental -, o mandado de segurança poderá assumir feições combinadas (caráter

¹² *Ibid*, p. 15.

¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; Márcio Henrique Mendes da Silva; Olavo a. Vianna Alves Ferreira. *Comentários à nova Lei do mandado de segurança: (Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009)*. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 19.

¹⁴ *Ibid*, p. 14.

¹⁵ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de Segurança*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 33.

¹⁶ *Ibid*, p. 16

preponderante) de ação condenatória e mandamental; constitutiva e mandamental; exclusivamente mandamental, ou, até mesmo, exclusivamente constitutiva. No entanto, o nobre autor frisa que, no writ, sempre preponderará o caráter de ação mandamental posto que, em caso de procedência do mesmo, a autoridade coatora deverá atender precisamente ao que lhe for diretamente determinado.

2.5 Conceito.

Em linhas gerais, conceituar ou definir é uma operação do espírito que procura estender o conhecimento sobre determinado objeto, estabelecendo seus contornos. Nesta tarefa, objetiva-se, ao mesmo tempo, aferir o que o objeto de conhecimento é e também o que ele não é; portanto, os conceitos são imprescindíveis para o pensar e concatenar idéias, sendo, em si, a primeira tarefa de sistematização de conhecimentos elaborada pelo espírito.

Desse modo, diversas são as conceituações do Mandado de Segurança, das quais destacamos, pela ordem (sem imputar precedência entre estes), os conceitos de mandado de segurança elaborados por Edmir Netto de Araújo¹⁷, Heraldo Garcia Vitta¹⁸ e Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁹:

Mandado de segurança, em nosso entender, é ação judicial constitucional, de rito sumário específico e objeto próprio, que é a proteção de direito líquido e certo, individual ou coletivo, de qualquer pessoa física ou jurídica, privada ou pública, de qualquer órgão ou entidade com capacidade processual, ou de universalidade legalmente reconhecida, lesado ou ameaçado de lesão por ato ou omissão de autoridade pública ou particular que detenha, sob qualquer fundamento legal, parcela de autoridade inerente ao Estado, desempenhando atribuições do Poder Público, desde que não amparado por habeas corpus ou habeas data.

Ação constitucional, de natureza civil, por meio da qual pessoas, física e jurídica, e determinados órgãos despersonalizados, protegem direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, violado por autoridades públicas ou particulares, no exercício de funções públicas, em face de ato ou comportamento

¹⁷ ARAÚJO, Edmir Netto. *Mandado de segurança e autoridade coatora*. São Paulo: LTR, 2000, p. 22.

¹⁸ VITTA, Heraldo Garcia. *Mandado de Segurança: comentários à Lei nº 12.016/2009*, 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

¹⁹ Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Mandado de Segurança*, RT 624, p. 12, apud Heraldo Garcia Vitta, *Ibid*, pág. 15-6.

comissivo ou omissivo, ilegal ou inconstitucional, ou abusivo, que tenha causado lesão ou ameaça de lesão.

Normalmente considerado como ação mandamental e sem embargo das diversas teorias a respeito de sua natureza jurídica, sobretudo pelas dificuldades de enquadrá-lo com exclusividade, e a priori como ação condenatória, constitutiva ou meramente declaratória, melhor se afigura classificá-lo, como fez Celso Barbi, como ação de conhecimento, que se exerce através de um procedimento especial, de caráter documental, caracterizado, ainda, pela forma peculiar de execução do julgado.

2.6 Regulamentação - Lei 12.016/2009.

A Lei 1.533/1951 permaneceu em vigor, por mais de 50 anos, com poucas alterações, mas a constante preocupação do Poder Público em estabelecer uma “auto-imunização” quanto à eficácia do mandamus propiciou a criação de textos subseqüentes, destacando-se as Leis 4.384/1964 e 5.021/1966.

Em que pese a Constituição Cidadã ter ampliado a abrangência do mandado de segurança, criando a possibilidade de impetração coletiva, a Lei 12.016/2010 estabeleceu normas processuais que mantiveram, no entanto, a tendência restritiva, por exemplo, nas disposições que criaram embaraços à concessão de liminares.

A nova Lei do mandado de segurança resultou do conjunto de projetos que foram encaminhados ao Congresso Nacional sob a rubrica do “Pacto Republicano”, buscando a maior eficiência do Estado brasileiro na consecução de seu mister, notadamente o de maior presteza na prestação jurisdicional.

Assim, o texto da novel lei originou-se de um projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, cuja exposição de motivos, elaborada em conjunto pelo Ministério da Justiça e pela Advocacia-Geral da União, esclarece o seu escopo.

Neste sentido os comentários de Fernando da Fonseca Gajardoni, Márcio Henrique Mendes da Silva e Olavo A. Vianna Alves Ferreira²⁰:

Propósitos da nova Lei

A nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) foi elaborada pela comissão de juristas nomeada pela Advocacia Geral da União em 1996 (Caio Tácito, Arnoldo Wald, Menezes Direito, etc.) com três propósitos principais.

O primeiro deles foi o de consolidar as regras referentes ao mandado de segurança em um único diploma uma vez que,

²⁰ Ibid, p. 26.

até então, restavam elas espalhadas em diversas leis elaboradas a partir da metade do século passado (leis 1.533/51, 4.166/1962, 4.348/1964, 5.021/1966, etc).

O segundo propósito foi compatibilizar o tratamento do tema com o modelo processual da Constituição Federal de 1988, bem como com a jurisprudência consolidada – inclusive súmulas – no âmbito do Supremo Tribunal Federal desde 1934 (data da inserção do mandado de segurança no ordenamento jurídico pátrio).

Já o terceiro propósito da nova lei é o de finalmente, após mais de 20 anos da vigência da Carta Constitucional de 1988, disciplinar o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF).

Por fim, conigna-se que Vicente Greco Filho²¹ observa que a Lei 12.016/09 consolidou as normas sobre o mandado de segurança estabelecidas nas Leis 1.533/51, 4.166/62, 4.348/64 e outras, regulando, pois, toda a matéria, de modo que, ainda que não constantes de revogação expressa, estão tacitamente revogados todos os dispositivos relativos ao mandado de segurança de outra legislação eventualmente existente.

2.7 Conceitos inerentes ao mandado de segurança.

O escopo do presente trabalho é analisar a legitimidade passiva no mandado de segurança, ocorre que alguns conceitos que circundam este tema se tornam importantes para a compreensão desta, destarte, far-se-á uma breve exposição de certos temas que circundam o mandamus.

2.7.1 “Direito líquido e certo” e “prova pré-constituída”.

A liquidez e certeza do direito referem-se aos fatos e não ao direito material em questão, portanto no que tange aos fatos estes não devem ser passíveis de contestação, mas isto não implica no entendimento de que todo fato incontestável seja capaz de gerar direito líquido e certo, cabendo ao magistrado decidir em cada caso.

A prova pré-constituída, por seu turno, deve ser entendida como o acervo probatório dos fatos articulados na inicial, pois, não se admite, em sede de mandado de segurança, a abertura de uma fase de instrução probatória.

O saudoso mestre Carlos Alberto Menezes Direito²² faz um apanhado histórico desta condição especial do mandamus, destacando que:

²¹ GRECO FILHO, Vicente. *O Novo Mandado de Segurança. Comentários à Lei nº 12.016/2009 de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 9.

²² *Ibid*, p. 62.

A expressão direito líquido e certo, herdeira de “direito certo e incontestável”, da Constituição de 1934, tem o alcance próprio do direito manifesto, evidente, que exsurge da lei com clareza, “que é sobranceiro a qualquer controvérsia sensata”, dispensando “a alta indagação de fatos intrincados, complexos ou duvidosos”, para buscar expressões clássicas do mestre Orozimbo Nonato. Barbosa Moreira anota quanto à caracterização da expressão direito líquido e certo: “a) como direito evidente de imediato, reconhecível sem demora, insuscetível de controvérsia” e “b) como direito subjetivo de fato suscetível de ser cabalmente provado com documentos juntos à inicial, sem necessidade de provas complementares, pouco importando a complexidade da questão”.

Ressalta-se que a complexidade da causa não impede a impetração do mandado de segurança, pois, conforme esclareceu o Ministro Sepúlveda Pertence, por ocasião de diversos julgados, o qualitativo “direito líquido e certo” não é sinônimo de simplicidade da questão jurídica a ser apreciada no mandado de segurança, devendo ser entendido como “certeza do ato afirmado” do qual se pretende extrair a existência do direito subjetivo, cujo reconhecimento se pleiteia.

No mesmo sentido os comentários de Heraldo Garcia Vitta²³:

Os fatos, no mandado de segurança, devem ser explicados, com precisão, pelo impetrante, e provados por documentos. Adhemar Ferreira Maciel expõe: Todo direito pode ser passível de dúvida, de discussão. O fato é que tem de ser certo, demonstrado documentalmente. O “direito líquido e certo”, destarte, é uma “condição especial” da ação de mandado de segurança.

2.7.2 Ilegalidade ou abuso de poder.

A ilegalidade deve ser interpretada no seu sentido amplo, ou seja, abrange: (i) a ilegalidade em sentido estrito, pela violação de mandamentos legais e constitucionais - normas-regras; e (ii) normas-princípios.

O abuso de poder decorre da exacerbação das atribuições ou da competência ou o desvio de finalidade da função exercida, ou dos princípios, inclusive da moralidade administrativa.

José da Silva Pacheco²⁴ leciona que:

²³ *Ibid*, p. 52.

²⁴ *PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas, 4 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 166-7.*

A Administração Pública, de um modo geral, sujeita-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nela, não há lugar para a vontade pessoal sem pautar-se pelo que a lei regula. Enquanto o particular tem liberdade de fazer ou de praticar atos que a lei não proíbe (art. 5º, II, CF/88), a autoridade pública só pode fazer o que a lei autoriza. As leis administrativas são cogentes. Os funcionários e detentores de cargos ou funções públicas são obrigados a pautar seus atos pela forma estabelecida em lei. Sobre o que dispõem as leis públicas não pode haver transação, acordo, renúncia ou contemporização, no sentido de deixar para depois aquilo que deve ser feito. A própria Constituição de 1988, no art. 37, além desses princípios, salienta outras obrigações nos seus vinte e um itens.

(...)

Em resumo, a ilegalidade se configura pela prática de ato ou omissão de praticá-lo quando: a) haja lei que impeça a sua prática ou a determine; b) não haja lei que atribua competência para praticá-lo ou haja dever de praticá-lo; c) contrariar lei expressa, regulamento ou princípio de direito público; d) não observar os princípios e normas do art. 37 da CF/88 e outros estabelecidos na Constituição e no direito (lei, costume, princípios gerais do direito); e) não se incluir nas atribuições legais do agente ou se incluir e houver omissão; f) houver usurpação de funções, abuso de funções ou invasão de funções; g) houver vício de competência, de forma, objeto, motivo ou finalidade; h) for desconforme com a norma legal ou conforme norma ilegal ou inconstitucional.

2.7.3 Legitimidade ativa – Impetrante.

A legitimação ordinária para ajuizar o mandado de segurança será daquele que, segundo a teoria da asserção, se afirma titular de direito líquido e certo, bem assim aponta a violação ou ameaça de violação deste por ato ou omissão ilegais ou abusivos de agentes do Estado ou de pessoas jurídicas de direito privado no exercício de atribuições do Poder Público.

Poderão impetrar o mandamus: (i) pessoa física, inclusive estrangeiro em trânsito pelo território nacional; pessoa jurídica, de direito público ou privado; (iii) órgãos públicos na defesa de prerrogativas inerentes à sua estrutura e funcionamento (Mesas das Casas Legislativas); (iv) universalidades reconhecidas por lei (espólio, massa falida, condomínio de apartamentos) - não detêm personalidade jurídica, mas detêm personalidade judiciária (capacidade processual); e (v) agentes políticos para defesa de prerrogativas funcionais próprias (Governadores, Prefeitos, Ministros, Secretários de Estado, Magistrados, Senadores, Deputados, etc).

Na hipótese do impetrante morrer no decorrer do trâmite

processual do mandamus, não é possível a aplicação do art. 43 do CPC²⁵ com sua substituição pelo espólio ou pelos seus sucessores, pois a prestação jurisdicional, no mandado de segurança, consiste na obtenção in natura do que é postulado, ou seja, sendo a tutela específica, somente o titular do direito poderá obter os benefícios da decisão, não havendo que se cogitar em transmissão aos herdeiros do resultado da decisão judicial, conforme esclarece Mantovanni Colares Cavalcante²⁶.

Registre-se que o STF já teve oportunidade de pacificar pela não admissão da habilitação de herdeiros em razão do caráter mandamental e da natureza personalíssima do direito postulado.

A cumulação subjetiva no pólo ativo do writ é possível, nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei 12.016/09²⁷, podendo haver litisconsórcio ativo, desde que haja mais de um titular de direito subjetivo, sendo a decisão do magistrado, nesses casos, circunscrita à situação jurídica de cada um dos autores.

Por fim, Vicente Greco Filho²⁸ destaca que, mesmo em sede de mandado de segurança, aplicam-se as limitações jurídico-administrativas quanto ao número máximo permitido de litisconsortes ativos, para se evitar que a defesa seja dificultada pela quantidade excessiva de impetrantes no mesmo processo.

2.7.4 Litisconsórcio em sede de mandado de segurança.

Às vezes, diante da constatação de que possuem o objetivo comum no resultado de uma ação, se mostra necessário que várias pessoas se associem no mesmo processo. A esta reunião de partes que se chama litisconsórcio.

Pois bem, o litisconsórcio é fenômeno jurídico consistente na pluralidade de partes na relação processual, podendo ser classificado: (i) quanto à espécie em: (a) ativo – quando há vários autores; (b) passivo – quando há vários réus; e (c) misto – quando a pluralidade se verifica em ambos os pólos da relação processual; (ii) quanto à formação em: (a) facultativo – surge da vontade do autor, quando há mesmo fundamento de fato, mesmo fundamento de direito e por conexão de causas, bem como havendo ponto comum de fato ou de direito ou (b) necessário – se forma por força de lei ou pela natureza da relação jurídica; (iii) quanto aos efeitos da decisão em: (a) unitário – quando se exige idêntica decisão para todos que

²⁵ Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265.

²⁶ *Ibid*, p. 61-2.

²⁷ § 3º - Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

²⁸ *Ibid*, p. 61.

coexistem em determinado processo ou (b) simples ou comum – quando não se exige decisão uniforme para todos os consortes; e (iv) quanto ao momento da formação em: (a) inicial – quando a reunião de partes ocorre logo com a propositura da ação ou (b) ulterior – quando sua existência se dá depois da proposta da demanda.

A nova Lei do mandado de segurança estabelece expressamente a aplicação do litisconsórcio ao mandado de segurança:

Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo²⁹ asseveram que não deveria existir o referido artigo, pois leva os operadores do direito mais incautos a uma interpretação esdrúxula, segundo a qual somente os institutos expressamente incorporados do CPC poderiam ter aplicação em sede do mandado de segurança, mas a realidade é contrária, sendo o CPC sempre de aplicação subsidiária.

3. DA PARTE PASSIVA

3.1 Conceito de autoridade coatora.

A identificação de quem pode ser considerado coator (autoridade ou equiparado) apresenta relevância na medida em que irá definir qual o juízo competente para decidir se existe ou não ilegalidade ou abuso de poder, portanto é questão que antecede a própria identificação dos atos passíveis de mandado de segurança.

A Lei 12.016/09 adotou posição ampliativa ao abandonar a expressão “consideram-se autoridades” estabelecida na Lei 1.533/51, passando a utilizar a expressão “equiparam-se às autoridades”, bem assim inovou ao estabelecer o conceito legal de autoridade coatora, conforme se infere dos dispositivos abaixo:

Lei 12.016/09

Art. 1º, § 1º - Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Art. 6º, § 3º - Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

²⁹ Ibid, p.229.

Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz³⁰ considera que a substituição da expressão “consideram-se” por “equiparam-se” decorreu da intenção do legislador alterar a idéia taxativa de definir pela ampliativa de equiparar.

Digno de nota o fato de que foram acrescentados ao rol dos possíveis legitimados passivos os órgãos de partidos políticos e os dirigentes de pessoas jurídicas, tornando mais específica a identificação de quem deve figurar como impetrado.

Cássio Scarpinella Bueno³¹ destaca que a autoridade coatora é a pessoa que ordena a prática concreta ou a abstenção impugnáveis e não quem fixa as diretrizes genéricas para produção dos atos individuais ou o mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas. Assim, a autoridade coatora será aquela que possui função decisória ou deliberatória sobre o ato impugnado no mandado de segurança e não, meramente, função executória.

Registre-se, por oportuno, que impetrada, no mandado de segurança, não será a pessoa natural que praticou o ato ou deveria ter praticado, mas, transcendendo referida personalidade, o próprio cargo ou função que esteja exercendo, ou seja, o mandado de segurança não terá como parte passiva a própria pessoa natural que tenha agido ou se haja omitido, mas sim aquela que, no momento da impetração, ocupe o cargo ou exerça a função em cujo âmbito o ato foi praticado ou deveria ter sido. Aliás, sendo mais específico, autoridade coatora será aquela que ocupa o cargo ou exerça a função pública no momento das informações, conforme ensina Pedro Roberto Daicomain³².

3.2 Quem pode vir a ser autoridade coatora.

Podem figurar como autoridade impetrada: (i) representantes ou órgãos de partidos políticos; (ii) administradores de entidades autárquicas; (iii) dirigentes de pessoas jurídicas no exercício de atribuições do poder público; e (iv) pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público.

Importante ter sempre em conta que a autoridade coatora deverá ser aquela que detém o poder de decisão, pois esta é a característica que a diferencia do mero agente público, que é o servidor público em que recai o dever de cumprir a ordem em obediência do poder

³⁰ FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Luiz Manoel Gomes Junior, Rogério Favreto, Sidney Palharini Júnior; prefácio Nelson Nery Júnior. *Comentários à nova Lei do mandado de segurança: Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

³¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança: comentários às leis n°s 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, 2ª Ed. rev. Atual*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20-1.

³² *Ibid*, p. 130.

hierárquico, sem possuir poder de decisão, não tendo, por isso mesmo, competência para desfazer, ao seu talante, o ato ilegal ou praticado com abuso de poder. Assim, afasta-se a possibilidade de ser apontado como coator tanto aquele que recomenda a abstenção ou atuação, quanto o que estabelece normas abstratas para a execução do ato ou para a omissão descabida, conforme se depreende do magistério de Walter Nunes da Silva Júnior³³.

Oportuna, pela praticidade, a definição de autoridade coatora da lavra do Juiz Tourinho Neto:

Autoridade coatora não é exatamente aquela que tem competência para corrigir o ato, mas aquela que dispõe de uma forma eficaz de cumprir a prestação jurisdicional reclamada pelo impetrante. (MAS 90.01.17483, DJU 25.2.93)

3.3 Particular no pólo passivo do mandado de segurança.

A possibilidade de inclusão de particulares no pólo passivo da ação de mandado de segurança revela-se plenamente possível, conforme se depreende da leitura do texto constitucional e da Lei 12.016/09, desde que estejam eles no exercício de uma atividade típica do Estado, vale dizer, de um serviço público, regido por um regime jurídico de direito público, e que o ato lesivo a direito de terceiros seja resultante de uma prerrogativa conferida por este regime jurídico típico. Aliás, nesse sentido a conclusão do mestre Vicente Greco Filho³⁴, segundo o qual: “Não cabe mandado de segurança contra ato de particular, enquanto particular.”.

Afora as exclusões constitucionais do campo do mandado de segurança (o direito violado não seja amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”), não se justifica qualquer outra restrição ao seu cabimento. Preenchidos os requisitos, não vemos como possa ser recusada esta possibilidade sem que isto implique afronta aos dispositivos constitucionais.

3.4 Indicação da autoridade coatora na inicial.

A Lei 12.016/09 inovou ao estabelecer, no caput do art. 6º, a obrigação do impetrante indicar a pessoa jurídica a quem a autoridade coatora está vinculada:

Art. 6º. A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira

³³ Walter Nunes da Silva Júnior, *Mandado de segurança contra ato judicial*, p. 20 apud, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, *Ibid*, pág. 73.

³⁴ *Ibid*, p. 16.

reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Napoleão Nunes Maia Filho³⁵ consigna, ao analisar a novel obrigação, que não houve a necessária clareza quanto ao propósito desta imposição, uma vez que esta indicação não traduz utilidade imediata e nem acarreta conseqüências processuais que possam ser antevistas. Ademais, ressalta o nobre ministro, a previsão de simples indicação da pessoa jurídica em que a autoridade impetrada se integra, se vincula, ou exerce atribuições não importa por si só em sua citação, notificação, intimação ou qualquer outra forma de ciência do pedido de segurança, ou seja, não torna a pessoa jurídica participante da relação processual mandamental, concluindo que a exigência em comento servirá certamente apenas para elucidar eventual dúvida quanto à indicação da própria autoridade coatora e, se for removida essa utilidade, restará imprecisa a função dessa indicação da pessoa jurídica na petição inicial do mandado de segurança.

3.5 Notificação da autoridade coatora.

A Lei 12.016/2009 estabelece no seu artigo 7º, inciso I, ut infra:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Cassio Scarpinella Bueno critica esta alteração legislativa por entender que o legislador “perdeu a oportunidade de esclarecer a questão tormentosa em sede de doutrina e jurisprudência, que consiste em saber quem é o réu em mandado de segurança: se a autoridade coatora, se o ente ou a pessoa jurídica a que ela pertence ou se ambos, um autêntico caso de litisconsórcio passivo necessário.”

O autor conclui que o legislador atual, mesmo que involuntariamente, teria cedido à prática do foro e, assim, retornado ao

³⁵ MAIA FILHO, Napoleão Nunes; Caio Cesar Vieira Rocha, Tiago Asfor Rocha Lima. (organizadores) *Comentários à Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 102-3.

sistema da Lei 191/1936 e do CPC de 1939³⁶, estabelecendo um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e o órgão ou pessoa jurídica a que pertence.

Nesse passo, Scarpinella³⁷ destaca que a previsão do artigo acima colacionado deve ser entendida como dupla citação na medida em que entende que a novel legislação estabeleceu o litisconsórcio passivo necessário, como restou destacado.

Já Rodrigo Klippel e José Antônio Neffa Junior³⁸ entendem que a mens legis foi no sentido do réu ser a autoridade coatora, ao passo que a pessoa jurídica a que se vincula o coator poderá ingressar no feito como litisconsorte facultativo – se o fizer no prazo das informações (o que se extrai do art. 7º, II) – ou como assistente, a posteriori (posição que era defendida por Hely Lopes Meirelles).

Apesar de chegar a esta conclusão os autores apontam incongruências na Lei 12.016/09, pois existem outras regras na dinâmica do mandado de segurança que parecem desafiar a concepção acima, contribuindo para que as dúvidas antigas, oriundas da interpretação da legislação revogada, persistam. Destacam entre as incongruências na posição adotada pelo legislador, os seguintes questionamentos:

Nesse sentido, por que razão os recursos, em sede de mandado de segurança, são em regra interpostos pela pessoa jurídica de direito público, se a mesma não é ré, salvo se queira ingressar no feito?

Por que é a pessoa jurídica de direito público que deve arcar com as custas processuais, caso o impetrante saia vencedor, se ela não é ré?

Por que razão uma demanda, se deduzida pela via do mandado de segurança, terá como parte passiva um sujeito distinto daquele que será o réu se a mesma for proposta pelo

³⁶ No mesmo sentido: Marcelo Navarro Ribeiro Dantas: "... trata-se em verdade de uma reintrodução dessa técnica, que fora a da Lei 191, de 16 de janeiro de 1936, a qual rezava:

Art. 8º...

§ 1º. Conhecendo do pedido, o juiz imediatamente:

a) Mandará citar o coator, por oficial do juízo, ou por precatória, a fim de lhe ser entregue a segunda via da petição inicial, com a respectiva cópia dos documentos;

b) Encaminhará, por esse ofício, em mão do oficial do juízo ou pelo Correio, sob registro, ao representante judicial, ou, na falta, ao representante legal de pessoa jurídica de direito público interno, interessada no caso, a terceira via da inicial com a respectiva cópia dos documentos."

³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova Lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.36-38.

³⁸ *Ibid*, p. 27-9

rito ordinário (no writ, a autoridade coatora; na demanda ordinária, a pessoa jurídica)?

De todas essas questões, talvez a mais grave seja a última: o que faz com que a mera alteração do rito processual – do ordinário para o mandamental – faça com que surja tamanha diferença no que tange ao pólo passivo da demanda, sabendo-se que em ambas se busca o mesmo resultado, pois o problema é exatamente o mesmo?

Por oportuno, consigne-se que os referidos autores defendem que a interpretação mais adequada é a de que o réu é a pessoa jurídica, como será abordado em tópico específico.

Para Luís Otávio Siqueira de Cerqueira³⁹; Cássio Scarpinella Bueno⁴⁰; e José Miguel Garcia Mediana⁴¹ a notificação estabelecida no inciso I do art. 7º da Lei 12.016/09 tem natureza de citação, devendo o prazo de 10 (dez) dias ser contado da data da juntada aos autos da cópia devidamente recebida ou da justificativa quanto à recusa.

Vicente Greco Filho, por seu turno, entende que o prazo de 10 (dez) dias deveria ser contado do dia seguinte da notificação e não da juntada da cópia aos autos⁴².

Luís Otávio Siqueira Cerqueira⁴³ destaca, ao comentar a mudança de redação em face da lei anterior, que a nova lei não contém mais a expressão “que achar necessárias”, portanto, entende que a autoridade coatora passou a ter o dever de prestar informações completas sobre todas as questões colacionadas na inicial do writ, não lhe sendo mais permitida qualquer análise quanto à necessidade ou não de prestar informações sobre determinado fato ou questão, devendo, inclusive ser aplicada a sanção prevista no art. 14 do CPC para as autoridades coadoras em geral, excetuados os magistrados (que ficarão sujeitos às sanções administrativas disciplinares se for o caso), nas hipóteses de falta de envio das informações ou do seu envio intempestivo na medida em que o legislador não tratou este ponto. Sugere, ainda, para coibir eventual inobservância do prazo, que se insira no ofício de requisição de informações a advertência de que a falta do envio das mesmas no prazo legal implicará no descumprimento de ordem judicial, implicando na

³⁹ FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de, *Ibid*, p.82.

⁴⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova Lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

⁴¹ *Ibid*, p.109.

⁴² *Ibid*, p. 30.

⁴³ FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de, *Ibid*, p.85.

aplicação de multa, nos termos do inciso V c/c parágrafo único, ambos do art. 14 do CPC, cujo valor deverá ser arbitrado com base na relevância e particularidades do caso.

Contra esta posição, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁴⁴ por entender que esta obrigatoriedade e a conseqüente sanção não seriam razoáveis, pois existem autoridades coatoras que simplesmente não teriam condições de prestar informações, muito menos completas, sobre os fatos ou questões tratados numa inicial complexa, v. g., um prefeito de uma pequena cidade do interior que, muitas vezes não possui instrução suficiente.

3.6 Informações da autoridade coatora.

Para Fredie Didier Júnior⁴⁵ as informações não têm propriamente a natureza de defesa (*rectius* resposta), seriam, portanto, meio de prova, sendo a autoridade uma fonte de prova com o encargo citatório de comunicar à pessoa jurídica de direito público a que está vinculada, verdadeira ré, a existência de demanda contra ela proposta. Ademais, a autoridade coatora está submetida ao dever de dizer a mais estrita verdade, pois suas informações se revestirão da presunção de legitimidade dos atos administrativos, circunstância que, por si, já afastaria a concepção das informações como meio de defesa.

Acaso a autoridade não preste informações no prazo legal, não ocorre a revelia ou a preclusão, esclarece, ainda, o processualista que as informações seriam um dever e não um ônus, equivalendo à prova judiciária, na medida em que permite ao magistrado aferir se as alegações do impetrante, na inicial, são ou não inverdades, distorções dos fatos.

Assim, a ausência de informações pode gerar sanções administrativas e, talvez, até criminais para a autoridade negligente, mas, em termos processuais não implica maiores conseqüências a não ser a falta do meio de prova (resposta aos fatos, v. g., se ocorreram, como, por que...) ao procedimento probatório estabelecido no *mandamus*.

Prestadas as informações e cumprido o encargo citatório, a autoridade coatora sai do processo, assim, por exemplo, no momento da prolação da sentença ela já é pessoa totalmente estranha ao feito, fato que a qualifica como terceiro.

No mesmo sentido de que as informações não são contestação e que a ausência não gera confissão, Vicente Greco Filho⁴⁶.

⁴⁴ MAIA FILHO, Napoleão Nunes; *Ibid*, p.127.

⁴⁵ DIDIER JR, Fredie. XIV – *Natureza Jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança* In: BUENO, Cassio Scarpinella; Eduardo Arruda Alvim; e Tereza Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p 367-377.

⁴⁶ *Ibid*, p. 30.

Contra a posição de que as informações equivaleriam à prova judiciária, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁴⁷, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo⁴⁸ para os quais as informações têm natureza de defesa (*rectius* contestação), devendo a peça, com base no princípio da eventualidade, concentrar todos os fundamentos de fato e de direito que podem ser contrapostos ao pedido formulado pelo impetrante. Ademais, os dois últimos autores destacam que é desejável que a peça seja elaborada pelo representante processual da ré.

Destaca-se que Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁴⁹ critica a posição de Medina e Araújo, pois para aquele as informações devem ser prestadas diretamente pela autoridade coatora, podendo ser subscritas por advogado (ou procurador da entidade), mas sempre juntamente com a autoridade responsável pelo ato impugnado, eis que a responsabilidade administrativa é intransferível em juízo.

No que tange ao conteúdo das informações, André Ramos Tavares⁵⁰ expõe que a Lei 12.016/09, ao falar de “informações”, exige que sejam relatados os fatos, e não que seja apresentada a opinião da autoridade sobre como deveria ser julgada a causa. Assim, informações devem abranger os fatos que envolvem a situação apontada na inicial, podendo a autoridade nesse mister: negar a ocorrência dos fatos narrados pelo impetrante; esclarecer detalhes ou circunstâncias não apresentadas; e complementar dados indicados pelo impetrante, sem, contudo, se ocupar da defesa técnica no sentido jurídico da expressão.

“Enfim, como diz o professor Sérgio Ferraz, a autoridade coatora tem o dever de verdade e a parte não teria tal dever”. – citação de Luís Otávio Sequeira de Cerqueira⁵¹.

Assim, “prestadas as informações cessa a intervenção da autoridade coatora a quem incumbia esclarecer o juízo acerca do ato praticado e esgotando a sua participação no mandamus.”, conforme destaca Fernando da Fonseca Gajardni⁵².

3.7 Ciência da representação judicial.

A Lei 12.016/2009 estabelece no seu artigo 7º, inciso II, *ut infra*:

⁴⁷ MAIA FILHO, *Napoleão Nunes*; *Ibid*, p. 128 e 133.

⁴⁸ *Ibid*, p. 111.

⁴⁹ MAIA FILHO, *Napoleão Nunes*; *Ibid*, p. 128.

⁵⁰ TAVARES, *André Ramos. Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro. Forense. 2009, p. 72.*

⁵¹ FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de, *Ibid*, p. 83.

⁵² *Ibid*, p. 62.

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - omissis

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁵³ destaca que o dispositivo em comento representa importante modificação da linha evolutiva do instituto, ao dar força legal à linha doutrinária, respeitabilíssima, conquanto minoritária, que pregava que além da notificação da autoridade coatora, tinha que haver uma comunicação do ajuizamento do mandamus à pessoa jurídica à qual aquela pertence, para permitir-lhe melhor defesa. Ademais, entende que a ciência ao representante judicial da entidade não pode, com todo o respeito às opiniões em contrário, ser tomada como citação, porque o ente já estaria citado na pessoa do coator, posto que a notificação seria na verdade citação. E ressalta:

Não se pode interpretar a expressão do final do inciso II do caput do art. 7º ora comentado, “para que (...) ingresse no feito”, como comprovação de que o ente até então não havia ingressado no feito. “Ingresse no feito”, aí, refere-se ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica, e não a esta. Esta já ingressou no feito, repita-se, com a notificação-citatória da autoridade coatora.

Fernando da Fonseca Gajardoni⁵⁴ também entende que a cientificação não deve ser considerada citação disfarçada e destaca que: “Agora, desde o início da demanda, a pessoa jurídica poderá ingressar no feito e acompanhá-lo, visto que é a verdadeira parte passiva no mandado de segurança.”

Luís Otávio Siqueira Cerqueira⁵⁵ defende que a autoridade coatora atuará, como assistente litisconsorcial, já que a sua intervenção não é obrigatória pelo que se depreende do inciso II do art. 7º da Lei 12.016/09, o que pressupõe um juízo de conveniência e oportunidade por parte do representante legal. De toda sorte, o nobre doutrinador ressalta que a parte ré será a pessoa jurídica de direito público a que pertence o coator, adverte, no entanto, que “... a natureza jurídica desta intervenção com certeza gerará divergências doutrinárias e jurisprudenciais.”

⁵³ MAIAFILHO, Napoleão Nunes, *Ibid*, p. 119 e 134.

⁵⁴ *Ibid*, p. 58.

⁵⁵ FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de; *Ibid*, p. 86.

Vicente Greco Filho⁵⁶, ao analisar o inciso II do art. 7º da Lei 12.016/09, comenta:

O ingresso desta última é voluntário e se dá na qualidade de assistente litisconsorcial, porque a autoridade é seu substituto processual, mas a relação jurídica decorrente de seus atos é da pessoa jurídica com o adversário do assistido. O assistente litisconsorcial é equiparado ao litisconsorte, de modo que pode praticar todos os atos processuais de defesa do direito de maneira independente.

Adotando a mesma posição que Vicente Greco Filho, o mestre Pedro Roberto Daicomain⁵⁷ destaca:

Embora inadequado, do ponto de vista conceitual, eis que representativo de modalidade de intervenção de terceiro (e não da manifestação da própria parte passiva no processo), o instrumento que pode ser utilizado pela pessoa jurídica para ingressar na ação de mandado de segurança, fazendo-se ouvir diretamente, por intermédio dos órgãos responsáveis por sua representação judicial, é o da assistência, a qual, segundo se crê, assume, neste caso, caráter litisconsorcial. À falta de melhor opção, seu ingresso no feito haverá de ocorrer na condição de assistente litisconsorcial. Entende-se dispensável, nesse caso, a observância do prévio procedimento de habilitação de assistente, traçado pelo CPC e também qualquer decisão judicial admitindo ou não sua participação no feito. Se a pessoa jurídica é sempre parte, não há como cogitar de não reconhecer seu direito de participar do processo. Principalmente agora que esse ingresso lhe é expressamente facultado pelo inciso II, do art. 7º.

Heraldo Garcia Vitta⁵⁸ destaca que, mesmo na vigência da Lei 1533/51, entendia que “... a Fazenda Pública pode ingressar na lide, na qualidade de assistente da autoridade coatora, em qualquer fase do processo.”

No que tange ao prazo para manifestação da pessoa jurídica, Cássio Scarpinella Bueno⁵⁹ e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁶⁰ defendem

⁵⁶ Ibid, p. 30.

⁵⁷ Ibid, p. 145 e 339.

⁵⁸ Ibid, p. 47.

⁵⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova Lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

⁶⁰ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, Ibid, p. 134.

que deve ser o mesmo reservado às informações da autoridade coatora, qual seja, de 10 (dez) dias, mas o último autor ressalta que não se deve aplicar o art. 188 do CPC, sob pena de recair-se na ordinarização do rito do mandamus.

Em que pese a concordância acima, os autores têm entendimento diferente no que toca à posição da autoridade coatora e da pessoa jurídica a que esta pertence, pois para Scarpinella ocorre a formação do litisconsórcio passivo necessário e para Marcelo Dantas a ré é a pessoa jurídica, não havendo que se falar em formação de litisconsórcio ou de assistência litisconsorcial (segundo este, verdadeiro litisconsórcio unitário posterior).

3.8 Dupla defesa.

A inovação contida no art. 7º da Lei 12.016/09 fez surgir a construção da tese da dupla defesa, dupla cientificação, ou dupla representação em primeiro grau - informações do coator mais defesa do ente - , conforme se passa a expor.

Sob esta nova ótica, Rodrigo Klippel e José Antônio Neffa Junior⁶¹ defendem que o art. 7º, inciso II, não faculta o ingresso da pessoa jurídica – que já está inserida no pólo passivo da demanda mandamental por meio da notificação da autoridade – mas sim da Procuradoria, que, ordinariamente, não será quem representa, em primeiro grau do mandado de segurança, o Poder Público, assumindo tal mister somente em sede recursal ou impugnativa (v.g.: suspensão de segurança). Nesse passo esclarecem:

Por tudo quanto dito, entende-se que, tal como prevê a lei vigente, pode o poder público ter dupla representação em primeiro grau: por parte da autoridade coatora, que apresentará a defesa do ato por ser o ente mais próximo do mesmo; e por parte da procuradoria competente. Se há um só réu (o poder público), não se pode utilizar a regra do art. 241, III, do CPC.

Muito embora não se possa aplicar o art. 241, III do CPC ao caso em tela, caso se entenda que a pessoa jurídica de direito público é a ré no mandamus, há regra específica na Lei de mandado de segurança de onde se extrai o entendimento de que o dies a quo do prazo para as informações será idêntico para ambos: trata-se do art. 11 da Lei 12.016/09, ao qual remetemos o leitor. Em suma, na data de juntada do último dos comprovantes de notificação e de cientificação emitidos é que se terá o termo inicial do prazo para a resposta.

⁶¹ Ibid, p. 31; 151; e 152.

(...) na falta de norma específica no art. 7º, II, aplica-se o prazo de 10 (dez) dias, que regula a manifestação da autoridade coatora.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁶² infere que o legislador da Lei 12.016/09 adotou a linha da dupla defesa: informações do coator e defesa (resposta) do ente jurídico interessado. Ressalta, no entanto, que as informações, na nova sistemática do mandado de segurança, se não são a defesa da Administração, seguem sendo uma das formas de defesa, permanecem, por isso, merecendo credibilidade até prova contrária, pois são revestidas da presunção de legitimidade dos atos da Administração, bem assim, nelas, podem ser alegadas tanto preliminares como matérias de mérito.

O autor orienta que, do ângulo prático, a dupla defesa seria a melhor opção, mas, do ponto de vista teórico, tal posição traz um desafio quase impossível de equacionar: “a que título a pessoa jurídica vem aos autos?”. Ademais, destaca que:

Napoleão Maia, já antes do novel diploma, defendia a dupla defesa sob uma argumentação estritamente de Direito Administrativo, afirmando que deixar exclusivamente nas mãos do coator a tarefa de defender a Administração “seria uma desmedida concentração de potestade estatal, ainda que de forma apenas episódica, mas de certo modo incentivando a prática da ilegalidade sem sanção. Afastar o ente público da lide e consentir que a autoridade coatora, praticando o ato ilegal, seja ainda a única a defendê-lo, importa em o Estado abdicar do seu poder hierárquico sobre seus agentes, privando os entes públicos da oportunidade de corrigir – se for o caso – os desvios operacionais dos seus próprios órgãos”.

Aponta, ao final, algumas situações que, mesmo sob a nova lei, a dupla defesa (informações do coator mais defesa, propriamente dita, do ente) não será possível, devendo, nestas hipóteses, ser desconsiderado o comando do inciso II do art. 7º da Lei 12.016/09, v. g.: (i) quando o coator for o próprio órgão de representação da pessoa jurídica; (ii) quando o coator for pessoa natural no exercício de atribuições do poder público, inexistindo, portanto, órgão de representação judicial a ser cientificado; (iii) quando o mandamus for impetrado de ato judicial.

Contra, André Ramos Tavares⁶³ que aduz não fazer sentido uma defesa dupla para uma única pessoa jurídica envolvida.

⁶² MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Ibid*, p. 129 e 133 a 135.

⁶³ *Ibid*, p. 73.

3.9 Litisconsórcio passivo necessário entre particulares e a pessoa de direito público.

A legitimação passiva no mandado de segurança não diz respeito, exclusivamente, à autoridade pública, devendo o particular que foi beneficiado juridicamente pelo ato coator também participar do writ quando sua posição jurídica puder vir a ser diretamente afetada pela procedência da ação.

A doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que aqueles que podem ter suas esferas jurídicas afetadas por decisão a ser proferida em mandado de segurança devem ser chamados a ingressar na lide na condição de litisconsortes passivos necessários, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito ou de nulidade do próprio julgamento. Este entendimento tem fundamento no art. 5º, inciso LIV, da CF/88⁶⁴ e no *due process of law*.

Nesse sentido a Súmula 631 – STJ: “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.”

Diversas são as situações nas quais será necessário que o particular figure no pólo passivo se os efeitos da decisão puderem atingi-lo diretamente.

André Ramos Tavares⁶⁵ e o ministro Luiz Fux⁶⁶ destacam que será hipótese de litisconsórcio com particulares quando o ato impugnado estabelecer uma relação com estes particulares. Assim, v.g., quando se impugna processo licitatório por mandado de segurança, em virtude de ilegalidade praticada pela comissão examinadora no qual o segundo colocado no processo licitatório impetra mandado de segurança, devendo, neste caso, o primeiro colocado figurar como litisconsorte passivo necessário e, nessa qualidade, ser convocado para o processo mediante citação.

Vicente Greco Filho⁶⁷ nos dá o exemplo do mandado de segurança impetrado contra a nomeação de alguém por alguém que se considera ilegalmente preterido.

Tiago Asfor Rocha Lima⁶⁸ e Leonardo José Carneiro da Cunha⁶⁹ lembram a hipótese da pessoa jurídica de direito público usar o

⁶⁴ Art. 5º - LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁶⁵ *Ibid*, p. 74.

⁶⁶ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Ibid*, p. 351.

⁶⁷ *Ibid*, p. 61.

⁶⁸ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Ibid*, p.45-6.

⁶⁹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Ibid*, p.91-2.

mandado de segurança em face de ato judicial na qual a parte adversária do impetrante na causa originária deve ser citada para figurar como litisconsorte passivo na ação mandamental, podendo, portanto, apresentar a defesa que entenda necessária à manutenção do ato apontado como ilegal e abusivo.

Assim, no mandado de segurança contra ato judicial (possível nas situações nas quais não caiba recurso do ato judicial ou quando o recurso cabível não for suficiente para combatê-lo) cabe ao impetrante requerer, em sua petição inicial, a notificação da autoridade judiciária e, igualmente, a citação do beneficiário do ato impugnado.

No que tange à aplicação da nova regra estabelecida no artigo 6º c/c artigo 7º, inciso II, da Lei 12.016/09, impondo a notificação da pessoa jurídica a qual integra a autoridade coatora, verifica-se a desnecessidade da indicação, bem como da notificação da pessoa jurídica, haja vista sua manifesta ausência de interesse processual de atuar no writ, em se tratando de mandado de segurança contra ato judicial, conforme advoga Leonardo José Carneiro da Cunha.

Portanto, no mandado de segurança em face de ato judicial, se verificará o litisconsórcio passivo necessário entre o magistrado e a parte que se beneficiou do ato impugnado.

Heraldo Garcia Vitta⁷⁰ destaca que, em princípio, inexistente citação no mandado de segurança; mas ela pode ocorrer em alguns casos, como o litisconsórcio passivo necessário, se um dos litisconsortes for pessoa física, distinta da(s) autoridade(s) coatora(s), pois esta(s) é (são) notificada(s).

Por seu turno, Pedro Roberto Daicomain⁷¹ defende que o prazo para o litisconsorte passivo necessário contestar o mandamus não será o mesmo concedido à autoridade coatora para oferecer informações de 10 (dez) dias, mas o de 15 (quinze) dias, estabelecido ordinariamente no CPC. Ressalta, no entanto, que existem importantes autores que afirmam ser de 10 (dez) dias o prazo para o litisconsorte passivo necessário ofertar contestação, v. g., José da Silva Pacheco, Celso Agrícola Barbi e Cassio Scarpinella Bueno, destacando-se, ainda, que Bueno afirma inclusive a inaplicabilidade do prazo em dobro para contestar na hipótese dos litisconsortes passivos possuírem diferentes procuradores (art. 191 do CPC) em decorrência da celeridade do rito do mandado de segurança.

3.10 Indicação errônea da autoridade - Teoria da encampação.

Marlon Alberto Weichert⁷² aponta 2 (dois) fundamentos para a necessidade de correta identificação, pelo impetrante, da autoridade

⁷⁰ Ibid, p. 23.

⁷¹ Ibid, p. 152.

⁷² WEICHERT, Marlon Alberto. *A Pessoa Jurídica de Direito Público e a Autoridade Coatora no Mandado de Segurança*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. V. 36. n. 142, p. 135.

coatora: (i) propiciar a célere e fidedigna coleta de elementos de fato, por meio das informações; e (ii) assegurar a efetividade da segurança concedida, de forma a que a ordem vá, diretamente, para quem tem atribuição para cumpri-la.

A jurisprudência majoritária é no sentido de que a indicação equivocada da autoridade coatora é uma causa de extinção do processo sem resolução do mérito.

André Ramos Tavares⁷³ destaca que surgiu posição contrária, de origem pretoriana, no sentido de que a autoridade apontada como coatora deveria assumir o dever de prestar as informações solicitadas, apesar da indicação supostamente equivocada do impetrante.

Trata-se da teoria da encampação, na qual se faz uma concessão à aparência jurídica, pois, muitas vezes a propositura equivocada é induzida pela própria estrutura burocrática da Administração Pública, que dificulta a identificação da autoridade reputada como responsável pela concretização do ato, ou pela omissão. A encampação ocorrerá quando a autoridade coatora assumir a titularidade passiva do mandamus, ainda que a impetração tenha sido equivocadamente direcionada ao subordinado.

A teoria da encampação tem por fundamento a matiz constitucional do mandado de segurança e o princípio da economia dos atos processuais, evitando-se a propositura desnecessária de novo e idêntico mandado de segurança, pela parte interessada, em nítido prejuízo ao direito material envolvido.

Assim, a teoria da encampação apresenta as seguintes condições⁷⁴ para que possa ser aplicada: (i) que a autoridade apontada como coatora manifeste-se no processo; (ii) que a autoridade coatora indique outro agente, mas manifeste-se sobre o mérito do mandado de segurança e não apenas sobre sua ilegitimidade; (iii) que a autoridade coatora apontada como correta pela autoridade indicada na impetração não provoque a mudança de competência da justiça; (iv) que haja vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que ordenou o ato indicado como ilegal ou abusivo.

4. PROBLEMÁTICA - NATUREZA JURÍDICA DA AUTORIDADE COATORA E DO ENTE A QUE ESTA PERTENCE.

O ponto fulcral desta trabalho é apontar os questionamentos que surgem e as diversas respostas a estes no que tange ao papel que desempenham a autoridade coatora e a pessoa jurídica à qual esta pertence.

⁷³ Ibid, p. 75

⁷⁴ Retiradas da decisão do Agravo Regimental no Recurso em MS 0181076-2, DJ 17.08.2009, rel. Min. Humberto Martins.

Nesse mister, destacamos alguns dos questionamentos: Qual papel desempenha a autoridade coatora no writ? Quem é o réu do mandado de segurança, a autoridade coatora ou a pessoa jurídica que ela personifica? A autoridade coatora é a verdadeira parte passiva na demanda de segurança ou mera representante em juízo da pessoa jurídica de direito público à qual pertence?

4.1 As várias posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o legitimado passivo no mandado de segurança.

Inicialmente, conforme a posição a ser adotada, poderão se verificar no pólo passivo do mandado de segurança: (a) a autoridade coatora, dita impetrada; (b) o ente público a que pertence a autoridade impetrada; (c) os terceiros interessados; (d) o Ministério Público (parte pública autônoma), na condição de fiscal da lei.

A discussão sobre o tema proposto tem sido, por mais de meio século, objeto de estudo dos doutrinadores, bem como de decisões dos Tribunais, e longe de se pacificar ganhou força com as novas disposições contidas na Lei 12.016/2009.

Napoleão Nunes Maia Filho⁷⁵ destaca que a história da regulação do mandado de segurança revela que a posição processual do ente público não se mostra sempre completamente nítida no plano das normas expressas e que as novidades trazidas pela Lei 12.016/2009 intensificaram o debate sobre esta questão, continuando acesas, na doutrina jurídico-processual, seguramente com reflexos nas decisões dos Tribunais, as disputas sobre a posição da pessoa jurídica. Assim, teremos opiniões que variam desde aquelas que defendem que a autoridade coatora seria a única a ocupar o pólo passivo até aquelas nas quais defendem a integração litisconsorcial passiva do ente público com a inicial.

Nesse passo, o nobre doutrinador aponta quatro grandes grupos coimplicados de proposições processuais quanto a essa matéria, embora nenhum deles, isoladamente, possa ser considerado como suficiente para a sua total explicação: (a) relação de substituição processual do ente público pela autoridade impetrada; (b) relação litisconsorcial passiva necessária entre o ente público e a autoridade impetrada; (c) relação intervencional assistencial facultativa do ente público, na fase primária da cognição do pedido mandamental; e (d) relação de sujeição passiva direta posterior do ente público.

Rodrigo Klippel e José Antônio Neffa Junior⁷⁶ destacam que as respostas aos questionamentos acima, antes de ser uma discussão pura e simplesmente acadêmica, a depender como sejam respondidos, poderão acarretar conseqüências importantes para os institutos de direito processual como a litispendência, a coisa julgada, as condições da ação.

⁷⁵ Ibid, p. 103.

⁷⁶ Ibid, p. 26.

Didaticamente, os autores resumem em basicamente 3 (três) os entendimentos que se apresentam, a saber:

- a) réu no mandado de segurança é a autoridade coatora, podendo a pessoa jurídica a que pertence ingressar no feito como litisconsorte facultativo da autoridade, no prazo das informações ou, posteriormente, como assistente – Hely Lopes Meirelles;
- b) réu no mandado de segurança é a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, que somente representa a primeira – Celso Agrícola Barbi;
- c) réus são, em litisconsórcio necessário, a autoridade coatora e a pessoa jurídica – J M Othon Sidou

Nesse passo, com a devida vênia às opiniões doutrinárias em contrário, para fins deste estudo, seguiremos a divisão sugerida por Rodrigo Klippel e José Antônio Neffa Junior e, dentro do possível, apontaremos as suas variantes.

4.1.1 Réu no mandado de segurança é a autoridade coatora.

Hely Lopes Meirelles⁷⁷ defendia que o impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício. Argumentava, o saudoso mestre, que: “Equivocadamente, alguns autores e julgados têm considerado a pessoa jurídica a que pertence o coator como a impetrada no mandado e parte na ação. A autoridade pode ingressar no processo, a seu pedido, ao lado do coator, mas não o substitui nem o exclui da lide.”

Ressaltava, no entanto, que a entidade interessada poderia ingressar no writ a qualquer tempo, como assistente, recebendo a causa no estado em que se encontra, ou, dentro do prazo das informações, como litisconsorte do impetrado, nos termos do art. 19 da Lei 1.533/51.

4.1.2 Réu no mandado de segurança é a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, que representa a primeira.

Um dos principais defensores dessa tese é Celso Agrícola Barbi para quem a autoridade coatora atua como representante processual, com capacidade postulatória, da pessoa jurídica de direito público, que seria a verdadeira parte passiva.

José Carlos Barbosa Moreira⁷⁸ afirma: “(...) parte passiva, de acordo com a doutrina prevalecente, é a pessoa jurídica (de direito público, as mais das vezes) em cujos quadros se insere a autoridade dita coatora”.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). *Mandado de segurança*. 24ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2002, p. 54-5.

⁷⁸ José Carlos Barbosa Moreira, *Direito processual civil – Ensaios e pareceres*, p 241, apud, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, *Ibid*, pág. 32

Sálvio de Figueiredo Teixeira⁷⁹ entende: “No pólo passivo, parte é a pessoa jurídica de direito público a que pertence a apontada coatora”.

No mesmo sentido Themístocles Cavalcante e Seabra Fagundes; Lúcia do Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, conforme enumera Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz⁸⁰.

Celso Ribeiro Bastos⁸¹ afirma:

Não se deve, no entanto, como equivocadamente o faz parte da nossa doutrina, identificar a autoridade coatora com o sujeito passivo do mandado de segurança. (...) A autoridade coatora titulariza um órgão público e, enquanto tal, atua a vontade da pessoa a quem pertence. As conseqüências do ato que pratica são diretamente imputadas à referida pessoa que arca com o seu ônus em face do impetrante, respeitado, como ficou visto, o seu eventual direito de regresso contra o agente que tenha atuado com dolo ou culpa.

Fernando da Fonseca Gajardoni⁸², Márcio Henrique Mendes da Silva e Olavo A. Vianna Alves Ferreira entendem que a Lei 12.016/09 não teria alterado o entendimento, que já era dominante antes da vigência desta nova lei, segundo o qual quem teria legitimidade passiva seria a pessoa jurídica a quem está vinculada a autoridade coatora, pois:

A posição da Fazenda Pública ou do concessionário de serviço público ou dos a eles equiparados para fins de mandado de segurança deve ser a de parte, uma vez que é ela quem tem relação jurídica controvertida com o impetrante e quem suportará as conseqüências jurídicas da ação mandamental, ou seja, a coisa julgada material atingirá a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade coatora.

Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz⁸³ tem o mesmo entendimento:

⁷⁹ Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Mandado de Segurança: uma visão em conjunto*, in *Mandado de segurança e injunção*, p. 111, apud, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, *Ibid*, pág. 32.

⁸⁰ *Ibid*, p. 35 e 83.

⁸¹ Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, p. 340, apud, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, *Ibid*, pág. 34.

⁸² *Ibid*, p. 62.

⁸³ *Ibid*, p. 31-2.

Defendemos, assim, que pessoa jurídica é quem ocupa o pólo passivo no mandado de segurança porque quem pratica o ato o faz em nome da atribuição que lhe é afeita, por ocasião da posição que ocupa e da função que exerce no órgão, pessoa jurídica. Não pratica em nome próprio, ou seja, por força de sua vontade, tampouco como pessoa física desvinculada do órgão, mas, repetimos, em nome da atribuição ou cargo que exerce.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁸⁴ defende que a parte passiva no mandado de segurança será o ente público (ou privado – ou até pessoa natural, nos termos do que agora permite o art. 1º, §1º, da Lei 12.016/2009, quando no exercício de atribuições do poder público), sendo que a autoridade coatora apenas o representa para fins de prestar informações. Não é concebível, portanto, litisconsórcio entre eles. Seria o mesmo que dizer que, numa ação ordinária movida contra a União, há litisconsórcio entre esta e sua Procuradoria Judicial.

Flávio Luiz Yarshell e Viviane Siqueira Rodrigues⁸⁵ expõe que:

Como já sustentado em outra oportunidade, o legitimado passivo no mandado de segurança (o Estado) é citado na pessoa da autoridade coatora responsável pela coação, que, dessa forma, o representa em juízo. Mas aquele é o titular da relação de direito material controvertida, ao passo que a outra é o titular da relação processual. Essa é a posição adotada por Castro Nunes, Celso Agrícola Barbi, Lucia Valle Figueiredo, Sérgio Ferraz, João Batista Lopes, Ademair Ferreira Maciel, Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, Fredie Didier Jr. e Carlos Augusto de Assis.

Celso Agrícola Barbi⁸⁶ exemplifica e ao final conclui:

O ato que a autoridade coatora pratica no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence; é ato do ente público e não do funcionário. Assim, o ato do secretário de Estado que demite um funcionário produz efeitos nas relações jurídicas entre o funcionário e o Estado, e não entre aquele e o secretário. Da

⁸⁴ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Ibid*, p. 133.

⁸⁵ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Ibid*, p. 190.

⁸⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 152 e 154.

mesma forma, o ato de um diretor de sociedade privada vincula a sociedade e não o diretor, uma vez que foi praticado naquela qualidade, e não na de particular.

(...)

Quem é a parte passiva no mandado de segurança – A nosso ver, a razão está com Seabra Fagundes, Castro Nunes e Temístocles Cavalcanti, a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem “capacidade de ser parte” do nosso direito processual civil.

Também neste sentido André Ramos Tavares⁸⁷ que defende que a autoridade coatora não é parte na medida em que esta não mantém nenhuma relação jurídica com o impetrado, mas sim a pessoa jurídica de direito público, bem como que não faz sentido uma defesa dupla para uma única pessoa jurídica envolvida.

A autoridade coatora teria a função de “informar o juízo” sobre o ato praticado (somente ela saberá os detalhes do ato) e de “representar” a pessoa jurídica no início da relação processual, recebendo em nome daquela citação (notificação), bem como deverá cumprir a decisão proferida no mandado de segurança, caso ainda esteja ocupando a posição na qual foi violado o direito do impetrante, por ser atribuição sua, praticar o ato determinado em nome da pessoa jurídica à qual está vinculado e não em nome próprio.

Pois bem. Se, na sucessão dos dias, aquele que praticou o ato deixa o exercício do cargo e outra for a pessoa física esteja ocupando a posição que ocupava a autoridade que violou o direito do impetrante esta que deverá cumprir a ordem judicial, pois a segurança não perde o objeto e, uma vez concedida, obriga quem lhe sucedeu, conforme leciona o mestre Seabra Fagundes⁸⁸.

No mesmo sentido, José Miguel Garcia Mediana⁸⁹ destaca que:

(...), embora o ato contestado pelo mandado de segurança tenha sido praticado por autoridade, ou seja, a pessoa física

⁸⁷ Ibid, p. 73

⁸⁸ Seabra Fagundes, *Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 338, apud, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, *Ibid*, pág. 35.

⁸⁹ Ibid, p. 46.

que exerce a função pública, esta não será a parte processual. O cargo, o emprego, a função pública ou a atividade de colaboração do particular (concessão, permissão, autorização) é impessoal. A remoção, aposentadoria ou exoneração do servidor que praticou o ato reputado como ilegal/abusivo não provocará qualquer alteração no pólo passivo da ação de mandado de segurança. É a pessoa jurídica que ocupa o pólo passivo e que suportará os efeitos da sentença.

Marlon Alberto Weichert⁹⁰ concorda que o réu no mandado de segurança é a pessoa jurídica, mas critica a possibilidade da autoridade coatora postular em juízo em nome da pessoa jurídica pública:

À caracterização, por lei específica, da autoridade coatora como representante da pessoa jurídica não identificamos óbices. O que, todavia, parece-nos incompatível com as normas constitucionais pós-1988 é admitir que, além de ser representante da pessoa jurídica de direito público, possa a autoridade coatora, em nome da pessoa jurídica pública, postular em juízo, defendendo o ato atacado.

Isso porque os artigos 131 e 132 da Constituição Federal atribuem, com exclusividade, à Advocacia-Geral da União, inclusive Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e às Procuradorias-Gerais dos Estados a representação judicial dos entes públicos.

Essas normas objetivam, justamente, impedir que pessoas despreparadas, inclusive estranhas aos quadros do Estado, venham a desempenhar a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público.

De fato, tanto para a Advocacia-Geral da União como para as Procuradorias dos Estados, a Constituição exige o ingresso na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, sabidamente a forma mais eficiente e transparente de contratação por critérios técnicos. São, aliás, carreiras integrantes, pela relevância de suas atribuições, do rol das típicas de Estado, remuneradas mediante subsídios estatais (art. 135 c/c art. 39, § 4º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98).

Dessa forma, não pode o legislador ordinário validamente atribuir a órgãos ou agentes estranhos a essas instituições a capacidade de postular em nome das pessoas jurídicas de direito público e representá-las judicialmente, por afronta ao

⁹⁰ Ibid, p. 125 e 134.

desiderato constitucional. De notar que a representação judicial dessas entidades por agentes não-integrantes dos órgãos competentes acaba por prejudicar inelutavelmente o exercício do direito de defesa, na medida em que passam a ser defendidas judicialmente por pessoas não-qualificadas oficialmente para tanto e, especialmente no caso de autoridades coatoras que exercem cargos não-privativos de bacharéis em Direito, sequer com formação acadêmica minimamente adequada ao exercício do mister.

(...)

Já vimos que a autoridade coatora não discute no mandado de segurança relação jurídica própria, não tem a oportunidade de fazer a defesa do mérito do ato e não possui capacidade para postular em nome da pessoa jurídica de direito público.

Qual seria, portanto, o seu papel, mormente por ter a lei lhe dado função relevantíssima de prestar informações ao juízo e ter a Constituição Federal fixado toda a distribuição de competência em face da sua hierarquia?

Parece-nos que a autoridade coatora comparece ao processo apenas e tão somente para prestar as informações sobre a matéria de fato, sem que, com isso, possa lhe ser imputada a condição de representante processual da pessoa jurídica. A essência da sua atuação seria a de um preposto da pessoa jurídica, que, por ser a melhor conhecedora dos fatos, vem a juízo para, sobre eles, pronunciar-se.

4.1.3 Réus são, em litisconsórcio necessário, a autoridade coatora e a pessoa jurídica.

J. M. Othon e Alfredo Buzaid consideravam que tanto a autoridade coatora quanto a pessoa à qual pertencia essa autoridade deveriam ser sujeitos passivos do mandado de segurança, constituindo-se, no caso, um litisconsórcio necessário, conforme ressalta André Ramos Tavares⁹¹.

Aderindo à posição de que se forma um litisconsórcio passivo necessário, Cássio Scarpinella Bueno⁹² para quem o legislador atual, mesmo que involuntariamente, teria cedido à prática do foro e, assim, retornado ao sistema da Lei nº 191/1936 e do CPC de 1939, estabelecendo um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e o órgão ou pessoa jurídica a que pertence.

⁹¹ Ibid, p. 66.

⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36 a 38.

Nesse passo, conforme tratado em tópico acima, o autor destaca que a previsão do artigo 7º da Lei 12.016/09 deve ser entendida como dupla citação.

Por oportuno, registre-se que Cássio Scarpinella Bueno⁹³ entendia, sob a égide da Lei 1.533/51, que:

Considerando que a autoridade coatora é mero representante da pessoa jurídica que integra (...), sua “notificação” deve ser entendida, por si só, como a citação do réu do mandado de segurança (citação da pessoa jurídica, portanto). Desnecessária a prática de qualquer outro ato para fins de integração e complementação da relação processual. É dizer de forma bem direta: o “réu” do mandado de segurança, que é a pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade indicada como coatora, é citado para formar a relação processual daquela ação “pela” notificação da autoridade coatora, despidiendá que sua citação se dê pelo encaminhamento de mandado de citação às pessoas indicadas no art. 12 do Código de Processo Civil.

Percebe-se que Cássio Scarpinella Bueno mudou sua posição, em face da nova lei que rege o mandado de segurança, aduzindo que a autoridade coatora passou a ser parte juntamente com a pessoa jurídica a cujos quadros esta pertence, formando-se, assim, um litisconsórcio passivo necessário.

Negando a possibilidade de formação de litisconsórcio temos José Miguel Garcia Mediana⁹⁴, segundo o qual: “Embora a doutrina já tenha se manifestado pela necessidade de formação de litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica, tal construção, atualmente deve ser repudiada”.

5. LEGITIMIDADE RECURSAL DA AUTORIDADE COATORA.

A legitimidade recursal será da parte vencida, do Ministério Público e do terceiro que seja eventualmente prejudicado pela decisão, nos termos do art. 499 do CPC⁹⁵.

⁹³ Id, *Mandado de Segurança: comentários às leis nºs 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, 2ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 69.*

⁹⁴ Ibid, p. 46.

⁹⁵ Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§1º - Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§2º - O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

Pois bem. Em se tratando de decisão desfavorável ao interesse do impetrante não há qualquer dúvida de que este terá legitimidade para recorrer, bem assim o Ministério Público, oficiando como fiscal da lei. Já o tema de quem possui legitimidade recursal nas decisões de procedência do mandamus sempre foi objeto de discussão na doutrina e jurisprudência e passou ao centro das discussões com a previsão colacionada no art. 14, § 2º, da Lei 12.016/2009, ut infra:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

(...)

§ 2º - Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

Nesse passo, inicialmente serão colacionados os posicionamentos de alguns doutrinadores sobre a novel previsão estabelecida no artigo 14, § 2º, da Lei 12.016/2009.

Flávio Luiz Yarshell e Viviane Siqueira Rodrigues⁹⁶ acreditam que esta inovação vem solucionar um debate há muito presente na doutrina e jurisprudência pátrias na medida em que ao estabelecer que “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”, o legislador não fez nada menos do que reconhecer com acerto que, originariamente, o direito de recorrer é atribuído à pessoa jurídica de direito público, verdadeira legitimada passiva no writ, pois sobre esta que recairão os efeitos concretos da ordem concedida pela sentença.

Vicente Greco Filho⁹⁷ destaca que a nova Lei de mandado de segurança trouxe, neste ponto (previsão da autoridade coatora poder recorrer), regra estranha às normas que regiam o mandado de segurança, pois a posição unânime na doutrina e jurisprudência⁹⁸ era a de que a autoridade coatora não podia recorrer por falta de capacidade postulatória, privativa de advogado, e por falta de legitimidade, extinta com a apresentação das informações. Aliás, como destaca o eminente doutrinador, salvo as informações nenhum outro ato processual poderia ser realizado pela autoridade coatora na medida em que esta não possui capacidade processual postulatória a qual sempre pertenceu à representação judicial da pessoa jurídica.

Cássio Scarpinella Bueno, por seu turno, destaca que a previsão da autoridade coatora poder recorrer reacende uma discussão

⁹⁶ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, *Ibid*, p. 190.

⁹⁷ *Ibid*, p. 40-1.

⁹⁸ “A jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que, na ação de mandado de segurança, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora, porquanto esta já é parte integrante daquela.” – (STJ, 1ª. T., AGREsp 255902/SP, rel. Ministro Francisco Falcão, DJU 17.05.2004, p. 109).

clássica em sede de doutrina e jurisprudência, qual seja: Quem é o réu no mandado de segurança: a autoridade coatora, a pessoa jurídica a que ela está integrada ou ambos, em verdadeiro litisconsórcio passivo necessário?

A resposta da questão, para Bueno⁹⁹, deve ser feita à luz do direito positivo, ou seja, com base nas inovações trazidas pela Lei 12.016/09, e reflete a opção do legislador ordinário de voltar à disciplina das leis da década de 1930, estabelecendo, portanto, ex lege um litisconsórcio necessário passivo entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence.

O nobre autor critica esta opção do legislador por entender que a mesma representa retrocesso injustificável, bem como destaca que provavelmente surgirão um sem-número de dificuldades práticas e teóricas no dia a dia do foro.

Continuando com as críticas à novel legislação, o autor pontua que na forma como estabelecida no § 2º, do art.14, da Lei 12.016/09 a previsão de recorrer da sentença poderá dar a falsa impressão de que a legitimidade recursal da autoridade coatora se limitaria à interposição do recurso de apelação, interpretação equivocada na medida em que a legitimidade recursal das partes é ampla o suficiente para albergar a possibilidade de contrastar qualquer decisão pelos recursos cabíveis.

No mesmo sentido quanto à possibilidade de manejar todos os demais recursos o mestre Pedro Roberto Daicomain¹⁰⁰:

É certo que apenas no tocante à apelação em face de sentença concessiva do mandamus é que houve referência expressa à legitimação da autoridade coatora na nova Lei do Mandado de Segurança.

Isso não significa, todavia, que a sua legitimidade para interpor recurso deva ficar adstrita a esta hipótese. Afinal, se a notificação do impetrado equivale à citação, segundo já se disse, se as informações que presta servem inclusive como meio de defesa da Administração Pública e se a intervenção da pessoa jurídica no processo é facultada, mas não obrigatória, não existe razão para não reconhecer a legitimidade do coator para a interposição de qualquer outro recurso. Assim, não fica ela circunscrita à apelação. Todos os demais recursos também podem ser manejados por ele.

José Miguel Garcia Media e Fábio Caldas de Araújo¹⁰¹ esclarecem que não obstante a nova Lei do mandado de segurança

⁹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova Lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.26 e 81.

¹⁰⁰ Ibid, p. 383-4.

¹⁰¹ Ibid, p. 47; 170; 231; e 233.

estender a possibilidade de recurso à autoridade coatora, esta previsão não tem o condão de transformar a mesma em parte. Assim, a autoridade coatora poderá recorrer na condição de terceiro prejudicado, em virtude dos potenciais efeitos danosos da decisão da concessão da segurança, quanto a sua esfera jurídica, em posterior ação de regresso.

Os autores ressaltam que a autoridade coatora poderá ingressar no mandamus em 2 (dois) momentos distintos: (i) antes da sentença – desde que peçam sua inclusão no processo na qualidade de assistente simples (art. 50 do CPC), apelando, se for o caso, como parte acessória ou (ii) depois da sentença – na qualidade de terceiro prejudicado (art. 499 do CPC), desde que demonstre a existência de interesse jurídico na modificação da sentença ou decisão interlocutória prolatada. “A legitimidade para a interposição e intervenção estará condicionada, no mínimo, à comprovação de que poderia ter sido assistente simples no processo, em sua fase inicial.” E concluem:

Fundamental recordar que no Brasil, à semelhança do direito alemão, o assistente simples (Nebenpartei) não será considerado parte principal, mas parte auxiliar, o que elimina o argumento de que a autoridade coatora não poderia atuar como assistente. Somente a assistência litisconsorcial está vedada, pois, nesta configuração, a sua vinculação ao objeto litigioso seria direta e não indireta.

De toda sorte, ressaltam que não se deve esquecer que não há a possibilidade de formação litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora.

Aliás, nesse sentido vinha decidindo o STJ:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PREFEITO MUNICIPAL. AUTORIDADE COATORA. SENTENÇA CONCESSIVA DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. PREJUÍZO PRÓPRIO.

1. A jurisprudência deste Tribunal, em precedente da Corte Especial, pacificou entendimento de que a autoridade coatora apenas tem legitimidade para recorrer de sentença que concede a segurança quando tal recurso objetiva defender interesse próprio da dita autoridade.

2. O Prefeito Municipal, na qualidade de autoridade coatora, não possui o prazo dobrado para recurso, sobretudo porque o Alcaide Municipal não se confunde com a Fazenda Pública, esta o ente que suporta o ônus da decisão do mandado de segurança.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 264.632 - SP 2000/0062917-0. Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJ 19.11.2007).

PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA LIMINAR: ATAQUE VIA AGRAVO DE INSTRUMENTO – LEGITIMIDADE PARA RECORRER.

1. Tem legitimidade para recorrer, no mandado de segurança, em princípio, o órgão público, e não o impetrado, que age como substituto processual da pessoa jurídica na primeira fase do writ.

2. Ao impetrado faculta-se, não obstante, a possibilidade de recorrer como assistente litisconsorcial ou como terceiro, apenas a fim de prevenir sua responsabilidade pessoal por eventual dano decorrente do ato coator, mas não para a defesa deste ato em grau recursal, a qual incumbe à pessoa jurídica de direito público, por seus Procuradores legalmente constituídos.

3. Embargos de divergência conhecido, mas improvido.

(REsp 180.613/SE, Rel. Min. ELIANA CALMON, Corte Especial, DJ 17.12.2004).

Márcio Henrique Mendes da Silva¹⁰² aduz que a autoridade coatora recorrerá em nome próprio na qualidade de terceiro prejudicado, devendo ser demonstrado o interesse a partir do qual se qualifica ou se justifica essa sua intervenção – o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, nos termos do art. 499, § 1º, do CPC. E conclui:

Não há como explicar essa previsão de recorrer, inclusive com a expressão de extensão do direito de recurso à autoridade coatora, senão com as conclusões acima: a parte é a pessoa jurídica e a autoridade coatora é informante do juízo e representante inicial daquela, recorrendo como terceiro interessado.

Luiz Manoel Gomes Junior¹⁰³ esclarece que tanto a autoridade coatora quanto a pessoa jurídica à qual esta pertence podem recorrer de forma autônoma, mas sem a possibilidade de defesa de interesses opostos e que não seria possível, ao menos em princípio, que a autoridade coatora possa recorrer da sentença que denegar a ordem. Ressalta, ainda, a necessidade de a autoridade coatora demonstrar o seu interesse recursal que estará presente quando afetada a sua esfera jurídica própria. Conforme se infere das considerações abaixo:

¹⁰² GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Ibid*, p. 63.

¹⁰³ FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de, *Ibid*, p. 125.

O art. 14, § 2º, da Lei 12.016/2009 passa a deferir, em favor da autoridade coatora, a possibilidade de recorrer da sentença concessiva do mandado de segurança. Passou a existir uma legitimidade recursal especial, concorrente e sem qualquer relação de prejudicialidade com aquela existente em favor da pessoa jurídica a qual haja vínculo funcional.

Heraldo Garcia Vitta¹⁰⁴, aderindo a fundamentos de Lúcia Valle Figueiredo, entende que a autoridade coatora tem legitimidade recursal em virtude do direito de regresso estabelecido no art. 37, § 6º, da CF/88¹⁰⁵.

Rodrigo Klippel e José Antônio Neffa Junior¹⁰⁶ afirmam que o § 2º do art. 14 da Lei 12.016/09 espanca qualquer dúvida, no que tange à legitimidade da autoridade coatora poder recorrer, mas persiste uma dúvida teórica qual seja: "... a que título deverá recorrer? Como parte ou como terceira prejudicada?".

E respondem que a autoridade coatora recorre na condição de terceira prejudicada, pois o interesse desta é afastar possível dever de regresso (art. 37, § 6º da CF/88). Assim, a autoridade coatora pode recorrer para resguardar, com seu ato, seu interesse pessoal, que não está sendo discutido em juízo, mas que sofrerá reflexos diretos daquilo que for decidido, ou seja, a legitimidade recursal da autoridade coatora se funda no interesse da defesa de uma posição jurídica (direito subjetivo) distinta da que está sendo discutida em juízo, mas afetada por ela. Portanto, sua atuação em sede de recurso corresponde à de um terceiro prejudicado.

Transcrevem-se, por oportuno, as palavras que Fredie Didier Jr.¹⁰⁷ escreveu sobre o tema (passagem também citada pelos autores acima):

(...) podemos afirmar que a autoridade coatora somente tem legitimidade recursal como terceira juridicamente interessada, jamais como parte; nesta condição, somente a pessoa jurídica de direito público. E há interesse jurídico a justificar esta intervenção recursal, pois da sentença de procedência pode

¹⁰⁴ Ibid, p. 138.

¹⁰⁵ 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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁰⁶ Ibid, p. 233-4.

¹⁰⁷ Id, *Recurso de terceiro – juízo de admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 157-8.

resultar eventual ação de regresso contra ela, responsabilidade funcional ou, até mesmo, instauração de processo criminal, em razão da ilegalidade de seu ato.

Registre-se que parte da doutrina e jurisprudência já admitiam, mesmo sob a égide da Lei 1.533/51, que a autoridade coatora, na qualidade de terceiro prejudicado, veiculasse recurso de apelação como mera assistente da pessoa jurídica, desde que demonstrasse a existência de interesse jurídico na modificação da sentença ou da decisão impugnada, v.g., possibilidade de prejuízo em razão de eventual direito de regresso contra si por parte da Administração, ou risco de eventual punição disciplinar. É nesse sentido, a lição de Lúcia Valle Figueiredo¹⁰⁸:

Assim, do ponto de vista dos efeitos, há diferença entre ser parte material e processual. A primeira consequência de a autoridade coatora ser parte ou não decorre do problema de legitimidade recursal. Claro está que, mesmo sem ser parte, terceiro pode ter legitimidade recursal desde que seja interessado. A doutrina e mesmo a jurisprudência, tanto a mais antiga como a mais recente, afirmavam, uma a outra, que a autoridade coatora não teria legitimidade recursal. E não teria porque lhe caberia apenas justificar a produção de seu ato considerado coator. Portanto, as informações do mandado de segurança seriam, tecnicamente, a fundamentação do ato administrativo, emanado ou a ser emanado.

Se estivermos atentos ao texto constitucional, ao art. 37, § 6º, ou, mesmo, ao art. 107 da Constituição anterior, verificaremos que, quando o Estado dá causa a qualquer dano, tem de recompô-lo, ou pode ter de recompô-lo, se for acionado. De outro lado, deverá, será obrigado, não é faculdade, é competência, e toda competência implica o exercício de função, de dever, a acionar regressivamente o funcionário, caso haja culpa ou dolo deste (embora saibamos que, na prática, tal dever é executado muito parcimoniosamente, ou simplesmente descumprido). Só por isso já se verifica que a autoridade coatora teria, consoante penso, legitimidade recursal, interessando-lhe a manutenção do ato por força de eventual responsabilidade futura. Evidentemente que, para recorrer, terá de fazê-lo por advogado.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 6ª edição, revista e atualizada. Editora Malheiros, 2009, p. 55-6.

5.1 Especificidades a serem observadas no procedimento do recurso da autoridade.

A Lei 12.016/09 prevê a possibilidade de a autoridade coatora recorrer (apelação e demais recursos), sem, contudo, adentrar em algumas questões práticas que inevitavelmente surgirão no dia a dia do foro.

Nesse ponto, colacionamos alguns posicionamentos da doutrina e jurisprudência, ressaltando, no entanto, que tais entendimentos poderão vir ou não a ser adotados pelos nossos Tribunais na medida em que as demandas forem sendo levadas ao crivo do Poder Judiciário.

5.1.1 Preparo recursal.

Luiz Manoel Gomes Junior¹⁰⁹ destaca que a autoridade coatora, desejando recorrer, deve preparar o seu recurso sob pena de não admissão do mesmo, pois a regra do art. 511, § 1º, do CPC¹¹⁰ que isenta a pessoa jurídica de direito público, por ser uma exceção, deve ser interpretada de forma restritiva.

5.1.2 Capacidade postulatória para a defesa técnica

É cediço que só haverá efetivamente exercício de defesa e contraditório se a parte passiva puder manifestar-se tecnicamente, por meio de advogado (essencial à administração da Justiça, nos termos da CF/88).

Vicente Greco Filho¹¹¹ destaca que a apelação é ato processual formal e técnico para o qual somente o advogado tem capacidade para apresentar, portanto o § 2º do art. 14 da Lei 12.016/09, ao atribuir legitimidade para recorrer, não excepcionou a questão da capacidade que exige a atuação de advogado.

Rodrigo Klippel e José Antônio Neffa Junior¹¹² ressaltam que a autoridade coatora tem legitimidade para recorrer na condição de terceiro prejudicado, mas não possui capacidade processual ipso iure, devendo ser esse requisito preenchido por advogado, salvo se a autoridade também for inscrita na OAB.

¹⁰⁹ FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de, *Ibid*, p. 125-6.

¹¹⁰ Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

§ 1º - São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

¹¹¹ *Ibid*, p. 41.

¹¹² *Ibid*, p. 149.

5.1.3 Prazo para recorrer.

Heraldo Garcia Vitta¹¹³ defende que a contagem do prazo para a autoridade coatora, querendo recorrer, inicia-se no momento em que esta tiver conhecimento pessoal e inequívoco da decisão, ou seja, da data em que tiver ciência da ordem para cumprimento da decisão; enquanto o prazo recursal para a pessoa jurídica à qual faça parte a autoridade coatora se inicia da comunicação oficial, nos termos do art. 13, da Lei 12.016/2009 e da Súmula 392 do STF¹¹⁴. Assim, tratando-se da representação judicial da pessoa jurídica, o prazo para recorrer conta-se da publicação oficial da decisão (sentença ou acórdão) ou intimação pessoal, para aqueles a quem a lei preveja tal prerrogativa.

Pedro Roberto Daicomain¹¹⁵ adota posicionamento diferente no que tange ao início da contagem do prazo, pois, segundo este, o prazo se inicia da juntada aos autos do último dos comprovantes da intimação tanto para o coator quanto para a respectiva pessoa jurídica, por aplicação conjunta dos preceitos estatuídos nos artigos 506, II, e 241, III, do CPC¹¹⁶.

5.1.4 Contagem do prazo para a autoridade coatora – Aplicação ou não do art. 188 do CPC.

Pedro Roberto Daicomain¹¹⁷ defende a aplicação do art. 188 do CPC¹¹⁸ à autoridade coatora - prazo em dobro para recorrer - na hipótese da autoridade impetrada pertencer a alguma das entidades abrangidas pelo conceito de Fazenda Pública¹¹⁹ (União, Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias públicas e as fundações públicas).

¹¹³ Ibid, p. 138.

¹¹⁴ STF Súmula nº 392 - O prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade para cumprimento da decisão.

¹¹⁵ Ibid, p. 402.

¹¹⁶ Art. 241. Começa a correr o prazo:

III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido;

Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data:

II - da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência;

¹¹⁷ Ibid, p. 393-4.

¹¹⁸ Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

¹¹⁹ Não abrange, todavia, nem empresas públicas e nem sociedades de economia mista.

A ministra Maria Thereza de Assis Moura, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 264.632 – SP, defendeu a aplicação do prazo simples para recorrer, ou seja, defende a não aplicação do art. 188 do CPC à autoridade coatora. Vejamos seus argumentos:

“Nesse passo, é de se definir se a autoridade coatora possui prazo em dobro para recorrer de sentença proferida em mandado de segurança.

Diz o art. 188 do Código de Processo Civil:

"Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público."

Como se observa do dispositivo legal, a norma é taxativa ao dispor sobre quais partes são abrangidas pelo benefício do prazo em dobro para recorrer: Fazenda Pública ou Ministério Público.

Posteriormente, a Lei nº 9.469/97 estendeu esta benesse às autarquias e fundações públicas:

"Art. 10. Aplica-se às autarquias e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, caput, e no seu inciso II, do Código de Processo Civil."

Dessa forma, é de se observar que sempre que se quis autorizar o prazo dobrado para se recorrer, tal autorização se deu por norma legal. Extrai-se daí que a interpretação destes dispositivos deve ser feita de forma restritiva, autorizando a concessão de prazo em dobro para recorrer apenas para os entes expressamente citados nas normas legais. Esta interpretação restritiva já foi afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Ag 804571, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, DJ 02.04.2007.

Assim, como as normas são taxativas no tocante aos entes beneficiários do prazo em dobro para recorrer, bem como é inadmissível a interpretação extensiva das referidas normas, constata-se que o Prefeito Municipal não possui o prazo dobrado para recurso, sobretudo porque o Alcaide Municipal não se confunde com a Fazenda Pública, esta o ente que suporta o ônus da decisão do mandado de segurança.

Outrossim, como já pacificado por este Sodalício, o Prefeito Municipal apenas tem legitimidade para recorrer em mandado de segurança quando defende interesse próprio, em litisconsórcio com o ente estatal, razão pela qual não pode ter o benefício do prazo em dobro, mormente porque os interesses do ente e do Prefeito são distintos.

Desse modo, irretocável o aresto recorrido quando afirmou ser inviável a extensão da benesse do prazo em dobro para recorrer ao Alcaide Municipal.

5.2 Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 4.403.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) em face do art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, que estende à autoridade coatora no mandado de segurança o direito de recorrer, permitindo, assim, que pessoa física sem formação jurídica (na grande maioria dos casos) e inscrição nos quadros da OAB postule em juízo e interponha recurso contra a sentença proferida em mandado de segurança, em manifesta ofensa à indispensabilidade do advogado na administração da Justiça.

Por oportuno colacionam-se alguns excertos da inicial da ADI¹²⁰ proposta pelo Conselho Federal da OAB:

A rigor, tal dispositivo revela-se inconstitucional por evidente usurpação da função indispensável do advogado na administração da Justiça, conforme art. 133, da Carta Maior, visto que permite que pessoa física – autoridade coatora (e em grande parte desprovida de formação jurídica, capacidade postulatória e inscrição nos quadros da OAB) – postule em juízo interpondo recurso contra a sentença proferida no “mandamus”, cabendo ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da Constituição, no exercício de sua competência legal (art. 44, inciso I da Lei nº 8.906/94), comparecer ao guardião da Carta Magna para impugnar o dispositivo referido.

(...)

Isso porque a redação do dispositivo impugnado deixa antever a possibilidade de pessoa física – autoridade coatora – interpor recurso de apelação, sozinha e sem assistência de advogado, contra a sentença concessiva da segurança, situação essa a merecer o cotejo essencial do conteúdo e do alcance da norma do art. 133, da CF, com o § 2º do art. 14, da Lei nº 12.016/2009.

Requerendo ao final: a procedência do pedido de mérito, para que seja declarada a inconstitucionalidade do § 2º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009 por violação ao art. 133, da Carta Maior, ou, caso não atendido esse pleito, seja conferida interpretação conforme à Constituição Federal de 1988, de modo a fixar o entendimento de que a regra não tornou o advogado dispensável à administração da Justiça, descabendo a

¹²⁰ Petição inicial digitalizada extraída do sítio do STF no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4403&proce sso=4403>

interposição de recurso sem a subscrição de profissional da advocacia.

Pois bem. A ADI nº 4.403 está sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e ainda não foi julgada até a data da apresentação deste estudo.

6. CRÍTICAS E PONDERAÇÕES ACERCA DA PARTE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA.

O mandado de segurança desde sua gênese tem passado por alterações que sempre são objeto de críticas, aliás, muitas das críticas formuladas pela doutrina e jurisprudência têm auxiliado na evolução do mesmo.

No entanto, pede-se vênia aos demais autores para colacionar ao presente estudo as considerações de dois autores que pela propriedade com que tratam o tema são expostas a seguir.

Primeiramente, colaciona-se as críticas de Marlon Alberto Weichert¹²¹ anteriores à nova Lei de mandado de segurança, mas que se mostram atuais:

Diferentemente do mandado de segurança, na ação popular, por exemplo, busca-se, além da responsabilidade do Estado, a determinação de eventual responsabilidade do próprio agente, enquanto indivíduo pessoalmente considerado; por isso ele é parte. A ação popular se presta à responsabilização civil do agente que tenha, culposa ou dolosamente, praticado atos lesivos ao patrimônio das pessoas jurídicas de direito público ou entidades por elas controladas. Note-se, inclusive, que os próprios beneficiários de atos lesivos ao patrimônio são litisconsortes necessários nesta ação.

No mandado de segurança, todavia, o agente não é parte. Isso porque não cabe, no procedimento célere do mandado, apurar responsabilidade pessoal dele, inclusive por implicar a determinação do elemento subjetivo culpa ou dolo. Trata-se de matéria que, via de regra, sujeita-se a uma instrução probatória incompatível com a garantia dada ao cidadão de sumariamente obter uma ordem obstativa de uma conduta ilegal ou abusiva da autoridade. O que o impetrante busca ao requerer a segurança é, pois, tão somente, sustar a prática de um ato administrativo que lhe está sendo lesivo, mas não a responsabilização do agente público.

¹²¹ *Ibid*, p. 132 e 137.

Lembre-se ser pacífico que a responsabilidade do Estado é objetiva, enquanto a do agente é subjetiva: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (CR, art. 37, § 6º). O mandado de segurança circunscreve-se, pois, à verificação objetiva da existência de um ato ilegal ou abusivo de um órgão do Estado, visando a sua correção, enquanto para se responsabilizar o agente impõe-se a necessária apuração do elemento subjetivo da sua atuação. Por isso, o agente não é parte individualmente considerada no estreito âmbito do mandado de segurança.

(...) Admitir a discussão no estreito âmbito do mandado de segurança de eventual responsabilidade do agente implicaria desvirtuar o instituto. Lembre-se que para definição de responsabilidade do agente seria imprescindível a apuração de culpa ou dolo. Isso requereria evidente instrução probatória, incabível no estreito âmbito do mandado. (...) Embora a autoridade possa até ter interesse remoto no desfecho da lide posta no mandado de segurança (a improcedência do pedido de mandado pode por ela ser desejada como forma de afastar qualquer possibilidade de regresso pela pessoa jurídica), é evidente que eventual concessão da segurança não produz efeitos jurídicos na sua esfera de interesses (do agente pessoalmente considerado), pois qualquer responsabilização dependerá de processo específico. O procedimento de mandado de segurança não é, portanto, o adequado para a autoridade coatora fazer a sua defesa, até mesmo por não ser no seu estreito âmbito que lhe será imputada qualquer responsabilidade pessoal pelo ato ilegal ou abusivo.

Em segundo, expomos as críticas de Cássio Scarpinella Bueno¹²² produzidas à luz da nova Lei de mandado de segurança:

Afinal, não consta que o mandado de segurança seja uma ação voltada a responsabilizar pessoalmente a autoridade indicada como coatora, diferentemente do que se dá no âmbito da “ação popular” e da “ação de improbidade administrativa”. A identificação do ato coator e a indicação da

¹²² Id., *A nova Lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

autoridade coatora devem-se porque o mandado de segurança volta-se a questionar o comportamento de pessoas jurídicas, que, como tais, precisam ser corporificadas em indivíduos que, de acordo com as normas aplicáveis, presentem-nas perante terceiros. Não por outra razão. De qualquer sorte, *legem habemus*.

Inferre-se, das considerações acima, que algumas das alterações no rito do *mandamus* veiculadas na Lei 12.016/09 se mostram descoladas do pensamento do constituinte originário, pois acrescentam ao processo do mandado de segurança elementos que podem dificultar a tutela judicial célere que se objetiva permitir ao particular em face do estado, em especial a possibilidade da autoridade coatora recorrer em interesse próprio.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O tema mandado de segurança, desde sua gênese, tem suscitado fascínio nos estudiosos do direito constitucional processual, sendo certo que muito ainda será escrito sobre o mesmo de forma a dar a mais ampla concretude a esta garantia constitucional.

A nova Lei de mandado de segurança incorporou em alguns aspectos posições firmadas pela doutrina e jurisprudência e em outros adotou posição diversa.

O presente trabalho se cingiu a abordar os pressupostos subjetivos do mandado de segurança individual com enfoque na parte passiva, tendo nesse mister priorizado o entendimento doutrinário sobre o tema.

Ao longo do estudo declinado sobre a parte passiva no mandado de segurança foi possível verificar que existem mais posições divergentes do que convergentes, fato que contribuiu para uma pesquisa abrangente de forma a permitir uma visão ampla dos diversos entendimentos daqueles que ousam escrever sobre tema tão polêmico.

Assim, sem desprezar as posições em contrário e com base na fundamentação exposta pelos autores acima, entendo que:

(i) a possibilidade de demandar tutelas de urgência em face do Poder Público abriu outro caminho para ver reparado direito que tenha sido violado por ilegalidade e abuso de poder, sem, contudo, diminuir a importância do *mandamus*, dadas suas características, v.g., celeridade. Portanto, em que pese este não seja mais o único, ainda pode ser, em muitos casos, o procedimento mais interessante para se obter tutela jurisdicional contra o Poder Público, por conta de algumas características que possui;

(ii) o mandado de segurança é um mecanismo do particular contra o Estado e não o contrário e a interpretação das normas atinentes ao mandado de segurança devem se operar da forma mais benéfica possível

ao cidadão, evitando-se exegeses restritivas à sua utilização, sob pena de inverter-se a própria lógica e o fundamento da ação constitucional;

(iii) a natureza jurídica do mandado de segurança é civil, aplicando-se a este as normas e princípios do processo civil, mas sempre se respeitando a sua natureza constitucional que, aliás, deverá orientar a aplicação do sistema processual civil;

(iv) observando-se o critério da preponderância, as decisões em mandado de segurança poderão ter conteúdo: condenatório; constitutivo; declaratório; e mandamental, sendo que, na maioria das vezes, as decisões serão uma combinação das mesmas. Ademais, sempre preponderará o caráter de ação mandamental na medida em que, em caso de procedência do mesmo, a autoridade coatora deverá atender precisamente ao que lhe for diretamente determinado;

(v) a Lei nº 12.016/09 consolidou as normas sobre o mandado de segurança, regulando, pois, toda a matéria, de modo que, ainda que não constantes de revogação expressa, estão tacitamente revogados todos os dispositivos relativos ao mandado de segurança de outra legislação eventualmente existente. Percebe-se, no entanto, que o legislador ordinário manteve a tendência restritiva que norteou a legislação revogada, por exemplo, nas disposições que criaram embaraços à concessão de liminares;

(vi) assiste razão aos que defendem que a parte passiva será a pessoa jurídica de direito público à qual pertença a autoridade coatora;

(vii) a Lei 12.016/09, no seu art. 7º, criou uma espécie de dupla defesa, dupla cientificação, ou dupla representação em primeiro grau;

(viii) as informações estão acobertadas pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, possuem natureza de prova judiciária e não de defesa, portanto, a autoridade coatora está jungida ao dever de falar a verdade dos fatos, abstenendo-se de exprimir posições pessoais;

(ix) o prazo para oferecer informações e contestação será de 10 (dez) dias contados para a autoridade coatora a partir da data da notificação e para a representação judicial da pessoa jurídica da data da juntada aos autos da intimação;

(x) o direito de recorrer é atribuído à pessoa jurídica de direito público, verdadeira legitimada passiva no writ, pois sobre esta que recairão os efeitos concretos da ordem concedida pela sentença;

(xi) parte da doutrina e jurisprudência já admitiam, mesmo sob a égide da Lei 1.533/51, que a autoridade coatora, na qualidade de terceiro prejudicado, veiculasse recurso de apelação como mera assistente da pessoa jurídica, tendo a Lei nº 12.016/09, no seu art. 14, § 2º, conferido expressamente à autoridade coatora legitimidade para recorrer de forma ampla, ou seja, a possibilidade de contrastar qualquer decisão pelos recursos cabíveis;

(xii) tanto a autoridade coatora quanto a pessoa jurídica à qual esta pertença podem recorrer de forma autônoma, mas sem a possibilidade de defesa de interesses opostos e não será possível à autoridade coatora recorrer da sentença que denegar a ordem;

(xiii) o recurso da autoridade coatora será em nome próprio e na qualidade de terceiro prejudicado, devendo, para tanto, demonstrar que existe interesse a partir do qual se qualifica ou se justifica essa sua intervenção, o qual estará presente quando afetada a sua esfera jurídica própria em virtude do direito de regresso estabelecido no art. 37, § 6º, da CF/88. Assim, a autoridade coatora pode recorrer para resguardar, com seu ato, seu interesse pessoal, que não está sendo discutido em juízo, mas que sofrerá reflexos diretos daquilo que for decidido, ou seja, a legitimidade recursal da autoridade coatora se funda no interesse da defesa de uma posição jurídica (direito subjetivo) distinta da que está sendo discutida em juízo, mas afetada por ela;

(xiv) a autoridade coatora só poderá recorrer por meio de advogado devidamente constituído para representá-la, devendo preparar o recurso e observar os prazos sem a aplicação do art. 188 do CPC;

(xv) está correto o entendimento do Conselho Federal da OAB de buscar um posicionamento do STF quanto à necessidade da autoridade coatora se fazer representar por advogado para interpor recursos; e

(xvi) por fim, andou mal o legislador ordinário ao ampliar o escopo do mandado de segurança, permitindo à autoridade coatora recorrer por interesse próprio para evitar futura ação de regresso: a uma, pois, o writ circunscreve-se à verificação objetiva da existência de um ato ilegal ou abusivo de um órgão do Estado, visando a sua correção, enquanto para se responsabilizar o agente impõe-se a necessária apuração do elemento subjetivo da sua atuação; a dois, o mandado de segurança não é uma ação voltada a responsabilizar pessoalmente a autoridade indicada como coatora, diferentemente do que se dá no âmbito da “ação popular” e da “ação de improbidade administrativa”; a três, a responsabilidade do Estado é objetiva, enquanto a do agente é subjetiva; a quatro, admitir a discussão no estreito âmbito do mandado de segurança de eventual responsabilidade do agente implica desvirtuar o instituto na medida em que para definição de responsabilidade do agente será imprescindível a apuração de culpa ou dolo; a cinco, a apuração de responsabilidade demanda instrução probatória, incabível no estreito âmbito do mandado; e, a seis, eventual concessão da segurança não produz efeitos jurídicos na sua esfera de interesses (do agente pessoalmente considerado), já que qualquer responsabilização dependerá de processo específico.

Pois bem. As conclusões acima são produto da análise pessoal das diversas posições doutrinárias objeto deste estudo e não objetivam pacificar o tema. Aliás, em se tratando de mandado de segurança a certeza que se firma é de que existem mais divergências entre os doutrinadores do que coincidências, mas tal fato não diminui a importância do instituto e demonstra a necessidade de que mais trabalhos sejam dedicadas a este.

8. REFERÊNCIAS.

- ARAÚJO, Edmir Netto. Mandado de segurança e autoridade coatora. São Paulo: LTR, 2000.
- BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BUENO, Cássio Scarpinella; Eduardo Arruda Alvim; e Tereza Arruda Alvim Wambier (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BUENO, Cássio Scarpinella. A nova Lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Mandado de Segurança: comentários às leis nºs 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, 2ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUZAIDE, Alfredo. Do mandado de segurança. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Mandado de Segurança, São Paulo: Dialética, 2002.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de Segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09. São Paulo: Dialética, 2009.
- DIDIER JR., Fredie (organizador). Ações Constitucionais, Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____. Recurso de terceiro – juízo de admissibilidade. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- _____. Direito Processual Civil: tutela judicial individual e coletiva, 5. Ed. , Salvador: Editora JusPODIVM, 2005.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Manual do Mandado de Segurança. 3ª Edição ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Luiz Manoel Gomes Junior; Rogério Favreto; Sidney Palharini Júnior; prefácio Nelson Nery Júnior. Comentários à nova Lei do mandado de segurança: Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 6ª edição, revista e atualizada. Editora Malheiros, 2009.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; Márcio Henrique Mendes da Silva; Olavo a. Vianna Alves Ferreira. Comentários à nova Lei do mandado de segurança: (Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009). Rio de Janeiro: Método, 2009.
- GARCIA REDONDO, Bruno; Guilherme Peres de Oliveira; e Ronaldo Cramer. Mandado de Segurança: Comentários à Lei nº 12.016/2009. São Paulo: Editora Método, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. O Novo Mandado de Segurança. Comentários à Lei nº 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- KLIPPEL Rodrigo, José Antônio Neffa Júnior. Comentários à Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/09) artigo por artigo, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

- MAIA FILHO, Napoleão Nunes; Caio Cesar Vieira Rocha; Tiago Asfor Rocha Lima. (organizadores) Comentários à Lei de Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDINA, José Miguel Garcia; Fábio Caldas de Araújo. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). Mandado de segurança. 24ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2002.
- MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional, 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NEGRÃO, Theotônio; José Roberto F. Gouvêa, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 39ª ed. atual até 16 de janeiro de 2007, São Paulo: Saraiva, 2007.
- NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006, 9ª ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: RT, 2006.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência, 3ª ed. ver., atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PACHECO, José da Silva. O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas, 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SIDOU, J.M. Othon. Do mandado de segurança, 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1991.
- SOUZA, Gilson Amaro e Rodrigues; Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. Ainda sobre a situação jurídica da autoridade coatora no mandado de segurança. São Paulo. RT 888. 2009.
- TAVARES, André Ramos. Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro. Forense. 2009.
- VITTA, Heraldo Garcia. Mandado de Segurança: comentários à Lei nº 12.016/2009, 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WALD, Arnaldo, O Mandado de Segurança na prática judiciária, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- WEICHERT, Marlon Alberto. A Pessoa Jurídica de Direito Público e a Autoridade Coatora no Mandado de Segurança. Revista de Informação Legislativa. Brasília. V. 36. nº 142.

DIREITO AMBIENTAL TRIBUTÁRIO COMO FORMA INDUTORA DE PRESERVAÇÃO E OS INCENTIVOS FISCAIS NA ZONA FRANCA DE MANAUS

Vitor Hugo Mota de Menezes¹
Procurador do Estado

Sumário: 1. Colocação do problema. 2. Princípios constitucionais ambientais. 2.1 Princípio da Precaução. 2.2 Princípio da Prevenção. 2.3 Princípio do Poluidor-Pagador. 2.4 Princípio do Usuário-Pagador. 3. A Zona Franca de Manaus, criação e desenvolvimento. 3.1 Aspecto econômico. 3.2 Distorção da renúncia fiscal no Brasil. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Colocação do problema

Com o objetivo de proteger o meio ambiente e a qualidade de vida da coletividade no Brasil, a Constituição Federal de 1988, previu em seu artigo 255 alguns princípios que devem orientar a conduta humana a fim de que o meio ambiente seja preservado.

De forma geral e pela perspectiva internacional, o Direito Ambiental é um ramo jurídico cujo referencial teórico é a preservação da vida humana na terra através do desenvolvimento sustentável, isto é, o direito a existir, o direito à verdadeira liberdade (tema caro ao tributarista), que é a motivação básica do Direito Ambiental.

Para fins deste artigo, e em face do tema proposto, serão abordados apenas os princípios da prevenção e precaução, de forma resumida, do poluidor-pagador e do usuário-pagador, tendo em vista que são de grande relevância para o entendimento no Direito Ambiental Tributário agregando uma provocação resultante da tributação diferenciada para a Zona Franca de Manaus, hoje denominado Pólo Industrial de Manaus e a preservação da floresta amazônica como bioma constitucionalmente protegido.

Do ponto de vista epistemológico, pode-se afirmar que os princípios em comento representam diferentes modelos de pensamento: o princípio da “prevenção” aumenta a intervenção do Estado com vistas a limitar a ocorrência de danos ambientais; o princípio da “precaução” reflete um modelo antecipatório, cuja emergência pode ser rastreada até o desencantamento com a cultura científica clássica; o princípio do “poluidor-

¹ É Procurador do Estado do Amazonas, atualmente à disposição da Casa Civil do Município de Manaus, onde exerce a função de Subsecretário Chefe. É Mestre em Direito Ambiental e Doutorando em Direito Constitucional. É Professor de Direito Internacional Público e Privado, e ainda, Pesquisador/Bolsista do PROGRAMA RH – DOUTORADO – FAPEAM – Resolução nº 269/2012.

pagador” espelha um modelo curativo, caracterizando o estágio inicial da política ambiental; e o princípio do usuário-pagador parte do pressuposto de que deve haver compartilhamento em caso de uso de um recurso natural.

Por isso, o papel do Estado, das empresas e da sociedade civil é fundamental no desenvolvimento de políticas ambientais. Na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente. É preciso estabelecer diretrizes e instrumentos que possibilitem a “apropriação” e a “transformação” da natureza com vistas à sua proteção e manutenção do equilíbrio ecológico.

Nesta perspectiva, o Direito Ambiental encontra nos Princípios do Poluidor-Pagador e do Usuário-Pagador, incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio e também pelo direito internacional, um instrumento capaz de traçar linhas mestras de proteção do meio ambiente e de fixar padrões de prevenção da poluição transfronteiriça, com o intuito de estabelecer um equilíbrio entre o risco poluidor e o meio ambiente.

A proposta desta meditação é analisar os princípios que a doutrina denomina de princípios jurídicos positivados, ou seja, os princípios inscritos expressamente nos textos normativos ou decorrentes do sistema de direito positivo em vigor, e sua forma indutora com tributação diferenciada no modelo Zona Franca de Manaus.

2. Princípios constitucionais ambientais

2.1 Princípio da Precaução

Previsto no inciso V, do artigo 225 da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público a obrigação de controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida e o meio ambiente. Assim, mesmo que não se saiba, ao certo, os riscos de determinada atividade, medidas preventivas deverão ser adotadas, a fim de que o meio ambiente não seja degradado.

Num breve esboço histórico, José Adércio Leite Sampaio² aduz que por muito tempo, a verdade científica foi o parâmetro utilizado para legitimar a intervenção do homem na natureza. Aliás, o sentido da racionalidade moderna era dado pela ideia de progresso das técnicas de domínio dos recursos naturais.

A crítica dessa razão implacável, desfechada por Nietzsche e rediscutida por Freud, ganhou fôlego com as alegorias heidggerianas do ser alienado do ente, com as análises da Escola de Frankfurt, sobretudo

² SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio *et al.* Princípios de Direito Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.58.

com Adorno e Horkheimer, bem como com o desenvolvimento da Filosofia Analítica a partir do Segundo Wittgentein. Kuhn em 1962 explicitou, com certa dureza, as ligações de cumplicidade entre “crença” e “ciência” e Apel reservou para o início dos anos 70 um resumo dos espólios da monologia e do solipsismo cartesiano, acentuando a natureza linguística da ciência e de sua venerada razão³.

Foi por esse período que os suecos aprovaram a Lei sobre Produtos Perigosos para o Homem e para o Meio Ambiente (1973), exigindo adoção de medidas de precaução por quem explorasse ou usasse produtos perigosos para a saúde humana e para o meio ambiente. Mas foram os alemães quem explicitou com maior acuidade um princípio que, de certa forma, já vivia escondido em algumas legislações e nas práticas administrativas mais avançadas em matéria de proteção ambiental: *die Vorsorgeprinzip*⁴.

Por outra banda, a Lei de Proteção das Águas incluía como tarefa estatal prevenir ou reduzir danos ambientais futuros mesmo na ausência de riscos presentes. A preocupação maior do governo era conter o problema das chuvas ácidas que estavam acabando com as florestas de coníferas. Significava dizer que a verdade da ciência deveria ser posta entre parênteses antes de justificar uma determinada atividade humana que pudesse causar dano ao ambiente, pois seus prognósticos poderiam ser provisórios e mesmo incorretos. E poderiam nem existir. Vinha ao mundo a “prudência da espera” ou a cautela decisória diante da incerteza do dano ambiental – a precaução.

Desde então, esse princípio tem despertado atenção de ambientalistas, filósofos, juristas e de autoridades estatais. E, por certo, tem dividido opiniões. Seu caráter semanticamente aberto tem possibilitado diversas interpretações que podem ser resumidas em duas grandes concepções: uma forte, outra fraca.

Ambas têm em comum o primado da dúvida sobre o impacto ambiental de qualquer atividade humana e a adoção de medidas destinadas a salvaguardar o meio ambiente, mas se diferenciam quanto à orientação das medidas.

A concepção forte, postula o impedimento das ações lesivas e a máxima *in dubio pro natureza*, quase sempre amparada na ideia de que os sistemas naturais têm direitos e valores intrínsecos, que não podem ser apurados e postos na balança ao lado de outros interesses.

³ Op. cit.

⁴ Também formulado como “precaução com a existência” (*Daseinvorsorge*) e como “precaução com o futuro” (*Zukunftvorsorge*). Podem ser citados como exemplo da adoção implícita do princípio os países nórdicos (WAHLSTRÖM, 1999). O juramento de Hipócrates, feito pelos médicos, antecipa a precaução: *Primum non nocere*.

Noutras palavras, a precaução⁵ exige prova absolutamente segura de que não haverá danos além dos previstos para liberação de uma nova tecnologia. É o que a Carta Mundial sobre a Natureza de 1982 veio dizer: “*sempre que efeitos potenciais adversos não forem plenamente conhecidos, as atividades não podem ocorrer*”. A interpretação literal desse dispositivo pode levar à conclusão de que nenhuma nova tecnologia, atividade ou produto atenderá à exigência da precaução.

A concepção fraca leva em consideração os riscos, os custos financeiros e os benefícios envolvidos na atividade, partindo, em regra, de uma ética ambiental antropocêntrica responsável. A precaução, nesse sentido, coincide com uma operação de benefício global razoável, apurado entre os componentes financeiros e imateriais em jogo, entre a previsibilidade e a dúvida do risco, entre o risco e o retorno social esperado com o empreendimento. É essa a perspectiva dominante entre os teóricos.

Para Machado⁶, a precaução é uma espécie de guia do menor risco da atividade humana, visando à duradoura qualidade de vida das presentes e futuras gerações, bem como da continuidade dos recursos naturais existentes. Tem, por conseguinte, “como centro de gravidade a *aversão ao risco*”.

Nessa linha estão Jordan e O’Riordan⁷, para eles, o princípio da precaução reflete as desconfianças com os riscos de novos produtos, processos e tecnologias que são introduzidos no mercado pelos interesses comerciais, com o beneplácito dos governos, por meio de campanhas publicitárias manipuladoras da opinião pública. Em suas linhas gerais

⁵ Em termos práticos, pode-se citar um exemplo ocorrido na Europa, onde embora fossem realizadas pesquisas desde a década de 40, que vinham demonstrando que a exposição humana à frequência de ondas de rádio não causavam danos à saúde, alguns dados eram pouco claros e outros ainda controversos. Havia registro epidemiológicos de alguns efeitos biológicos – inclusive cancerígenos – produzidos pela exposição do homem a emissões de radiofrequência mesmo em baixo nível. Nada, contudo, que ganhasse a atenção da comunidade mundial e que pudesse ser confirmado de forma independente (The Royal Society of Canada, 1999). A dúvida, no entanto, fez com que a Itália e Suíça tomassem o cuidado de restringir a instalação de estações de base de celulares, por emitirem ondas de radiofrequência acima de um determinado patamar. O padrão exigido, por cautela, ficara muito abaixo dos índices internacionalmente admitidos, sobretudo, no caso suíço, em áreas residenciais e hospitalares. (Estações-base de celular transmitem ondas de mesmo nível, por exemplo, das adotadas em sistemas de comunicação da polícia e bem abaixo do que emitem os transmissores de rádio e televisão. Ver estudo disponível em: <http://www.zadig.it/speciali/cem/news01-2308.php>).

⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.35.

⁷ JORDAN, Andrew & O’RIORDAN, Timothy. The Precautionary Principle in Contemporary Environmental Policy and Politics. In: TICKNER, Joel & RAFFENSPERGER, Carolyn (Ed.). *Protecting Public Health and The Environment: Implementing the Precautionary Principle*. Washington: Island, 1999, p. 15.

situações de difícil quantificação como nos casos de dano ambiental irreversível, possibilidade de catástrofe ou de simples desconhecimento dos efeitos da atividade.

Simultaneamente, impõe mudanças nos modelos normativos estabelecidos no campo da responsabilidade civil e da prova. No primeiro, satisfazendo-se com a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a atividade, sem qualquer discussão em torno da culpa do empreendedor para imputar-lhe responsabilidade; no segundo, invertendo o ônus da prova, de forma que o empreendedor demonstre, antes de iniciar suas atividades, que a operação, processo ou substância não produz “razoável dano ambiental”⁸.

Para Sampaio⁹, mesmo antes de se aventar sobre as possibilidades dos riscos, deve-se indagar sobre a necessidade efetiva da atividade. “É de fato necessária?” Propostas são o passo seguinte. Certo que também aqui ronda uma grande imprecisão. “Necessária para quem?” “O que é necessário?” O entorno de um parque nacional preservado e imune à ocupação é mais necessário do que um entorno explorado por rede hoteleiras? A resposta não é fácil. A definição da necessidade passa necessariamente por uma construção intersubjetiva e por uma justa adequação dos interesses envolvidos. O que não se pode é partir do risco para avaliar a viabilidade socioambiental de um empreendimento. Como acentua Derani¹⁰, a base da precaução é a necessidade, por mais tormentosa que seja sua identificação.

Ocorre que, a razão do grande sucesso da precaução é exatamente a sua grande falha, uma vez que ela não diz exatamente o que deve ser feito, exceto claro, a avaliação do custo efetivo, especificando apenas quando se deve fazer, baseando-se em evidências científicas.

⁸ Ver Ashford (1999, p. 199): “Precautionary Principle has focused on action to prevent, or refrain from contributing to, possible serious irreversible harm to health and the environment. (...) However, the Precautionary Principle need not be restricted to cases of irreversibility or large uncertainty of effects. It might also be applied to mitigate a harm that is ultimately reversible”. Os participantes da *Wingspread Conference*, realizada em Racine, Wisconsin, Estados Unidos, firmaram documento em que declaram: “Precaution is about protecting future generations, who have no power over the decisions made today, and protecting those who are most vulnerable or with the least power in society (...) Precaution is about human rights. For example, there is a disconnect between those who benefit from harmful activities and those who suffer. There is also a lack of consent among those who suffer the burden of “acceptable risk”. Appendix A Lesson from *Wingspread*. In RAFFENSPERGER, C.; TICKNER, J. (ed.). *Protecting Public Health and the Environment. Implementing the Precautionary Principle*. Washington, D. C.: Island Press.

⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio *et al.* *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.60.

¹⁰ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.164-165.

De acordo com Bodansky¹¹, a precaução também não define quanto cuidado deve ser tomado no caso concreto, qual a margem de erro que pode ser aceita e a partir de que grau de risco se exige sua aplicação. Essa vacuidade semântica desqualifica-a, na leitura de Gray¹², como elemento a ser considerado pela ciência em suas pesquisas e, segundo Pearce¹³, pelos economistas nos testes de utilidade marginal das transações e nos cálculos dos cursos de oportunidade.

Em contrapartida, Cross¹⁴ sustenta que o emprego da precaução, retoricamente, serve para advogar adoção de uma política em um ou outro sentido: *“A proteção da saúde pública requer o reconhecimento da complexidade consequencialista (consequentialist complexity) da ação reguladora. Instrumentos retóricos simplistas não podem dar conta dessa complexidade. A proteção ambiental requer uma resposta mais inteligente”*.

Os textos constitucionais abrigam, em geral, a precaução implicitamente associada a mecanismos preventivos como é o caso da Suíça (art. 74.2) e do Brasil. Como mencionado alhures, em nosso país destacam-se os dispostos no art. 225, §1º, II, IV e V.

O primeiro dos incisos cria a incumbência estatal de fiscalizar as entidades dedicadas às pesquisas e manipulação de material genético; o segundo, a tarefa de exigir para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. “Potencialmente” deve ser compreendido no texto como dano certo, incerto ou provável. O inciso impõe o dever de controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Portanto, o princípio da precaução deve ser aplicado quando houver incerteza científica sobre a plausibilidade da ocorrência de danos ambientais graves, observadas as ações exigíveis em tais circunstâncias, se economicamente viáveis para se prevenir ou mitigar os possíveis impactos negativos esperados.

2.2 Princípio da Prevenção

A prevenção é a forma de antecipar-se aos processo de

¹¹ BONDASKY, Daniel. Prologue to the Climate Change Convention. In MINTZER, Irving M & LEONARD, J. Amber. Negotiating Climate Change: The Inside Story of the Rio Convention. Cambridge: University, 1994, p. 45-75.

¹² GRAY, J.S. A Scientist's Perspective. In: EARLL, R. (Ed.) The Precautionary Principle: Making it Work in Practice. London: Environment Council, 1993, p.2.

¹³ PEARCE, David W. The precautionary Principle in Economic Analysis. In O'RIORDAN, T; CAMERON, J. (Ed.) Interpreting the Precautionary Principle. London: Cameron and May, 1994, p.24.

¹⁴ CROSS, Frank B. Paradoxical Perils of the Precautionary Principle. Washington & Lee Law Review, nº 53:851-925, 1996, p. 12.

degradação ambiental, mediante adoção de políticas de gerenciamento e de proteção dos recursos naturais¹⁵. A Declaração de Estocolmo a reconhece expressamente:

“O despejo de substâncias tóxicas ou de outras substâncias e de liberação de calor em quantidades ou concentrações que excedam a capacidade do meio ambiente de absorvê-las sem dano, deve ser interrompido com vistas a impedir prejuízo sério e irreversível aos ecossistemas”. (Princípio 6)

A Convenção da Diversidade Biológica, logo em seu preâmbulo, dispõe que “é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica”.

Hunter, Salzman e Zaelke¹⁶, após afirmarem que a prevenção é um meio de aplicação do princípio da precaução, enumeram alguns exemplos de medidas preventivas: políticas de redução do desperdício e de prevenção da poluição, estímulo ao gerenciamento ambiental por meio de auditorias periódicas e de estudos de impactos ambientais, bem como adoção de medidas que contemplem análises de ciclo de vida e a responsabilidade ampliada em decorrência do produto.

Machado também faz uma lista de itens de aplicação do princípio: identificação e inventário das espécies, das fontes contaminantes das águas e dos ecossistemas, com a elaboração de uma mapa ecológico; planejamento ambiental e econômico integrado; ordenamento territorial ambiental para valorização das áreas de acordo com a sua vocação e estudo de impacto ambiental.

Não se pode olvidar que precaução e prevenção estão intimamente relacionadas, por essa razão, Édís Milaré¹⁷ engloba o primeiro no segundo aduzindo que “a prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba a precaução pelo seu caráter possivelmente específico”.

No entanto, para Antunes¹⁸ há diferença significativa entre ambas, justificando que a prevenção se aplica a impactos ambientais já conhecidos, informando tanto o estudo de impacto e o licenciamento ambientais, já a precaução diz respeito a reflexos ao ambiente ainda não conhecidos cientificamente.

¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio *et al.* Princípios de Direito Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.70.

¹⁶ HUNTER, David; SALZMAN, James & ZAELEKE, Durwood. International Environmental Law and Policy: Treaty Supplement. New York: Foundation, 1998, p.5.

¹⁷ MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.112.

¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.36.

Todavia, para Rodrigues¹⁹, a precaução antecede a prevenção, pois a preocupação não é apenas evitar o dano ambiental, mas evitar os riscos ambientais. Riscos que sequer são conhecidos, pois se o forem, cabe preveni-los.

O esforço de distinção é louvável, não fosse a necessária inter-relação e a forma complementar de ambos os princípios. Pois, como diz Cranor²⁰, a precaução não se aplica a ações sob condições de incerteza, mas tem implicação inclusive quando a autoridade que irá decidir não se encontra diante de uma considerável dúvida.

Para esse autor, a complexidade dos ecossistemas sempre introduzem algum grau de incerteza, inclusive sobre danos supostamente conhecidos e previsíveis. Logo. A prevenção é elemento de concretização do princípio da precaução.

Seja como for, políticas e medidas preventivas devem ser orientadas não apenas em sentido conservacionista, mas principalmente com vistas à exploração sustentada dos recursos ambientais; o que exige ações integradas e um planejamento global e sistemático de uso desses recursos. Como destaca Gouvêa²¹:

“O estabelecimento de uma política ambiental séria e providente requer, não apenas uma ação voltada para o controle de fontes de poluição ou de degradação ambiental e correção de situações críticas já existentes ou exigências de reparação dos danos causados mas uma ação preventiva integrando a conservação e o desenvolvimento, através de um adequado ordenamento territorial e do aproveitamento racional dos recursos naturais”.

No Brasil, o princípio da prevenção está expressamente previsto no art. 225, § 1º, I e II e §§ 5º e 6º, decorre da constatação de que as agressões ao meio ambiente são, em regra, de difícil ou impossível reparação. Noutro dizer, uma vez consumada uma degradação ao meio ambiente, a sua reparação é sempre incerta e, quando possível, excessivamente custosa. Daí a necessidade de atuação preventiva para que se consiga evitar os danos ambientais.

¹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*, parte geral. São Paulo: Max Limonad, 2002, v. 1, p. 15.

²⁰ CRANOR, Carl F. Asymetric Information, The Precautionary Principle, and Burdens of Proof. In RAFFENSPERNGER, C; TICKNER, J. (Ed.) *Protecting Public Health and the Environment. Implementing the Precautionary Principle*. Whashington, D.C.: Island, 1999, p.23.

²¹ GOUVÊA, Yara Maria G. Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.) *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 42.

2.3 Princípio do Poluidor-Pagador

O princípio do poluidor pagador pode ser compreendido como um mecanismo de alocação da responsabilidade pelos custos ambientais associados à atividade econômica. Em essência, portanto, este princípio fornece o fundamento dos instrumentos de política ambiental de que os Estados lançam mão para promover a internalização dos custos ambientais vinculados à produção e comercialização de bens e serviços.

Sobre o tema, Celso Fiorillo²² aduz que:

“Podemos identificar no princípio do poluidor-pagador duas órbitas de alcance: a) buscar evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e b) ocorrido o dano, visa à reparação (caráter repressivo).

Desse modo, num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção de danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à reparação dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.

[...]

Com isso, é correto afirmar que o princípio do poluidor-pagador determina a incidência e aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais: a) responsabilidade civil objetiva; b) prioridade da reparação específica do dano ambiental; e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.”

Historicamente, observa-se que os atores econômicos sempre procuraram externalizar tais custos ambientais, em particular aqueles que dizem respeito à proteção da saúde humana. Em outros termos, o custo dos bens e serviços produzidos, tradicionalmente, nunca refletiu o custo total das medidas de prevenção, mitigação e compensação dos impactos negativos associados ao processo de sua produção. Tal fato, deve-se ressaltar, pode ocorrer mesmo naqueles contextos em que a atividade econômica encontra-se subordinada ao atendimento de regras de controle ambiental.

Da mesma maneira, deve-se observar que, independentemente de sua natureza, as regras de responsabilidade civil pela reparação de danos ambientais não são hábeis a promover uma completa internalização dos custos de reparação do meio ambiente

²² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental. 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 212.

degradado. De fato, a aplicação dessas regras em diversos casos concretos sugere que o poluidor se torna responsável por arcar tão-somente com uma parcela dos custos associados à reparação do dano ambiental. Os exemplos mais significativos são fornecidos pelos casos que envolvem a reparação do dano ambiental decorrente de derramamento de petróleo.

Assim, no recente e conhecido caso do acidente provocado pelo petroleiro *Exxon Valdez*, a companhia petrolífera responsável pelo acidente foi obrigada a arcar com os custos de diversas medidas de reabilitação do meio ambiente degradado, bem como com alguns custos de reparação das perdas sofridas pela atividade pesqueira. Não obstante, a empresa nunca foi obrigada a arcar com todos os custos de reparação do dano causado. Em parte, portanto, esses custos foram externalizados. O princípio do poluidor-pagador, em casos tais, funciona como uma ferramenta que permite aos Estados conduzirem os atores econômicos a arcar com todos os custos dos impactos negativos da produção de bens e serviços mesmo antes que estes venham a ocorrer.

Nessa perspectiva, o setor produtivo, muitas vezes critica a formulação do princípio do poluidor-pagador argumentando que, em uma economia de mercado, a produção de bens ou serviços vincula-se a preferências exprimidas pelos consumidores. Desse modo, os produtores de bens e serviços não poderiam ser obrigados a arcar com todos os custos ambientais de sua colocação no mercado, pois esta ocorre como uma função da demanda, razão pela qual o consumidor também deveria ser obrigado a arcar com uma parcela desses custos.

A maioria dos Estados, contudo, reluta em arcar com os custos ambientais diretamente aos consumidores, o que não significa que estes não lhes serão indiretamente transferidos por intermédio do processo de formação dos preços. Com efeito, tendo em vista a forma como o princípio do poluidor-pagador é aplicado, observa-se ser possível a incorporação aos preços de bens e serviços dos custos adicionais de prevenção, mitigação e compensação dos impactos negativos da atividade econômica.

Todavia, não se pode perder de vista, que o princípio do poluidor permite que o processo de indenização de custos ambientais encontre-se associado a diferentes patamares de otimização da proteção do meio ambiente, o que não apenas reforça a ideia de que sua função essencial consiste em permitir aos Estados alocar custos ambientais, como também torna impossível uma determinação precisa da extensão em que tais custos se transferem aos consumidores por intermédio da formação dos preços no mercado. Não por outra razão, os Tribunais têm entendido que, do princípio do poluidor-pagador não derivam propriamente obrigações ambientais, pois ele configura, tão-somente, um instrumento econômico de política ambiental empregado pelos Estados para estabelecer de que modo os custos ambientais serão distribuídos entre os atores econômicos.

Em geral, há três tipos potenciais de custos que podem ser alocados por intermédio da aplicação do princípio do poluidor-pagador. São esses os custos de prevenção, de controle e de reparação. Os custos de

prevenção associam-se às medidas de prevenção dos impactos negativos decorrentes do desenvolvimento de determinada atividade econômica. Os custos envolvidos na construção de aterros especiais para adequada disposição de resíduos perigosos constituem um exemplo de custos dessa categoria, os quais podem ser nitidamente alocados antes que tais resíduos venham a ser dispostos de maneira incorreta, causando dano ao meio ambiente. Os custos de controle consistem nos custos associados aos sistemas de controle e monitoramento ambiental cuja adoção é exigida como requisito para implantação e operação de empreendimentos potencialmente poluidores, como forma, *e.g.*, de se assegurar que os equipamentos industriais operem dentro de determinados padrões ambientais. Os custos dessa categoria também podem ser alocados antes da ocorrência propriamente dita de degradação do meio ambiente. Já os custos de reparação são aqueles associados à adoção de medidas de recuperação ou reabilitação ambiental. São, portanto, os custos sobre que se discute nas ações de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e sua imposição ocorre após o advento de eventos específicos de degradação ambiental.

O princípio do poluidor-pagador induz os Estados a promover uma melhor alocação dos custos de prevenção e controle, razão pela qual sua aplicação é considerada como parte integrante da orientação geral do Direito Ambiental de se evitar episódios de degradação do meio ambiente.

Por fim, é preciso salientar que, atualmente, a aplicação do princípio do poluidor-pagador vem sendo cada vez mais influenciada pelo processo de formulação da política econômica internacional.

Nesse sentido, não obstante muitos países defenderem a necessidade de se impor tarifas especiais e outras sanções econômicas a produtos que são produzidos de forma ambientalmente inadequada, as regras da OMC proíbem os países de discriminar produtos em função da maneira pela qual são produzidos, pois, em seu entendimento, constitui pressuposto de um regime de comércio internacional justo a possibilidade de os países virem a decidir, em conformidade com sua legislação doméstica, qual o nível de proteção do meio ambiente que deve ser empregado como parâmetro de definição dos custos ambientais embutidos nos produtos por eles produzidos.

2.4 Princípio do Usuário-Pagador

Por esse princípio, as pessoas que utilizam recursos naturais devem pagar pela sua utilização, mesmo que não haja poluição, a exemplo do uso racional da água. Nesse ponto, cumpre esclarecer, que não se compra a água, pois de acordo com a Lei de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997) a água é bem de domínio público e inalienável, pagando-se apenas pelo seu uso e outras despesas, como o seu tratamento.

Para a tradicional doutrina de Maria Luiza Machado Granziera²³, o princípio do usuário-pagador “refere-se ao uso autorizado de

²³ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.59.

um recurso, observadas as normas vigentes, inclusive os padrões legalmente fixados. Trata-se de pagar pelo uso privativo de um recurso ambiental de natureza pública, em face de sua escassez, e não como uma penalidade decorrente do ilícito”.

Em verdade, os princípios do poluidor-pagador e usuário-pagador se assentam na vocação redistributiva do Direito Ambiental e se inspiram na teoria econômica mediante a qual os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (v.g., o custo resultante dos danos ambientais) precisam ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos de produção e, conseqüentemente, assumi-los²⁴.

Todavia, mister se faz mencionar que não há unanimidade na doutrina ambiental brasileira em relação às diferenças apresentadas pelos princípios, alguns autores como, por exemplo, Paulo Affonso Machado²⁵ entende encontrar-se o princípio do poluidor-pagador inserido no do usuário-pagador, porquanto a poluição pressupõe o uso, mas é possível o uso sem a poluição.

No entanto, Edis Milaré²⁶ embora reconhecendo proximidades e até certa complementaridade entre os dois princípios, entende-os diferentes, pois enquanto o primeiro impõe ao poluidor o dever de prevenir e reparar por eventuais danos, o segundo, dá azo à cobrança pela utilização de recursos ambientais, não em caráter punitivo, mas sim, pelo valor que o recurso natural representa de per si ou, ainda, em razão de sua função ecossistêmica.

O que se observa, é que o Princípio do Usuário-Pagador difere do Princípio do Poluidor-Pagador, porque neste há poluição e a quantia paga pelo empreendedor funciona também como “sanção social ambiental”, além de indenização. Enquanto que, no caso do usuário-pagador, a cobrança pela utilização de um recurso natural não prescinde da existência de poluição²⁷, como o uso racional da água.

Por oportuno, saliente-se que é um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente “a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”, nos moldes do inciso VII, do artigo 4º, da Lei nº 6.938/1981.

²⁴ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente – A gestão ambiental em foco. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013, p. 163.

²⁵ Op. cit. p.51.

²⁶ Op. cit. p.170-171.

²⁷ De acordo com o artigo 3º, III da Lei nº 6.938/1981, poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividade que direta ou indiretamente: a) prejudiquem à saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Todavia, em voto proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.378-6/DF, o Relator Ministro Carlos Ayres Britto entende que o art. 36 da Lei nº 9.985/00 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de **assunção da responsabilidade social – partilhada, pelos custos ambientais derivados da atividade econômica**²⁸:

“Nessa ampla moldura, é de se inferir que o fato de, aqui e ali, inexistir efetivo dano ambiental não significa isenção do empreendedor em partilhar os custos de medidas preventivas. Isto porque uma das vertentes do princípio usuário-pagador é a que impõe ao empreendedor o dever de também responder pelas medidas de prevenção de impactos ambientais que possam decorrer, significativamente, da implementação de sua empírica empreitada econômica”.

Sobre a questão, Frederico Amado²⁹ adverte que há uma progressiva tendência mundial na cobrança do uso dos recursos naturais, notadamente os mais escassos, a fim de racionalizar a sua utilização e funcionar como medida educativa para inibir o desperdício, além de angariar recursos para investimentos ambientais, mas este instrumento não deverá ser utilizado para privar os economicamente menos favorecidos dos recursos indispensáveis à sua qualidade de vida.

Apenas a título exemplificativo, o tratamento despendido à água doce no Brasil é exemplo da aplicação do princípio do usuário-pagador. A Constituição Brasileira de 1988 determinou pertencer o domínio sobre os recursos hídricos à União ou aos Estados. A lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997) instituiu como instrumentos para a gestão da água a outorga de direitos de uso deste recurso e a cobrança pelo seu uso.

3. A Transformação da economia e o meio ambiente

As transformações dos sistemas produtivos e dos cenários econômicos e políticos em escala internacional, a partir dos anos 60/70 do século passado, fez com que os capitais financeiros privados tornaram-se senhores da economia mundial. Esta ascensão sugeriu o enfraquecimento das fronteiras nacionais, devido a não sujeição desses mercados financeiros às estruturas produtivas e à regulações políticas em escalas nacionais.

²⁸ O Ministro acrescenta ainda, que o princípio do usuário-pagador contém o princípio do poluidor-pagador, isto é, aquele que obriga o poluidor a arcar com os danos que podem ou já foram causados.

²⁹ AMADO, Frederico. Direito Ambiental Esquemático. Editora Método: São Paulo, 2013, p. 40.

Para alguns analistas econômicos esse enfraquecimento estaria relacionado ao fortalecimento de empresas, corporações transnacionais, entidades multinacionais, e também, de organismos como FMI, Banco Mundial, GATT, OMC dentre outros.

Nessa linha de pensamento encontram-se os globalistas, segundo os quais a globalização “esvaziou” os Estados, enfraquecendo a sua autonomia e soberania, uma vez que estes Estados não teriam capacidade para se contrapor aos ditames da economia global. Segundo Held e McGrew³⁰, “os processos econômicos, ambientais e políticos regionais e globais redefinem profundamente o conteúdo das decisões nacionais”.

Em um mundo de mudanças rápidas e contínuas, o desafio é buscar *“uma forte motivação para a cooperação, em busca de soluções de problemas comuns; a utilização de tecnologias 'apropriadas' e/ou a criação de tecnologias culturalmente compatíveis com a realidade e as tradições e, finalmente, a resistência à dominação autoritária, interna e externa à comunidade, combinada com aspirações permanentes de preservar tradições e valores que reforcem a solidariedade e, assim, as tendências em direção de autonomia e sustentabilidade”*³¹.

Por isso a necessidade de se criar arranjos tributários inteligentes com vistas a superar os problemas socioambientais e possam ser indutores do desenvolvimento sustentável em âmbito nacional e até mundial, daí o imperativo de se compreender sem preconceito o modelo tributário fiscal e extrafiscal ou parafiscal que permitiu o desenvolvimento e consolidação do Pólo Industrial de Manaus.

3.1 AZona Franca de Manaus – Criação e desenvolvimento

A Zona Franca de Manaus – ZFM, foi originalmente pensada pelo Deputado Federal Francisco Pereira da Silva e aprovada pela [Lei nº 3.173, de 06 de junho de 1957](#), como Porto Livre, sem nunca ter sido regulamentada e implantado.

Uma década depois, já o Brasil vivendo o regime militar e a política da segurança nacional, foi aprovado o [Decreto-Lei nº 288](#), de 28 de fevereiro de 1967, estabelecendo incentivos fiscais federais estaduais e municipais (na época isso era possível), por 30 anos para implantação de um pólo industrial, comercial e agropecuário na Amazônia.

A justificativa inicial da desoneração tributária era a preocupação com o vazio demográfico que se tornara a Amazônia após a quebra do modelo extrativista da borracha, a falta de perspectiva

³⁰ HELD, David; MCGREW, Anthony. Prós e Contras da Globalização. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 86

³¹ RATTNER, Henrique. Liderança para uma Sociedade Sustentável. São Paulo: Nobel, 1999. p. 34

econômica para a região e a distância dos grandes centros consumidores, veja a dicção do art. 1º do Decreto-Lei nº 288:

Art 1º. A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos.

Ainda em 1967, por meio do [Decreto-Lei nº 29](#), o Governo Federal define geograficamente a Amazônia Ocidental tal como ela é conhecida, abrangendo os Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima. Veja que na perspectiva de então, a medida visava promover a ocupação dessa região e elevar o nível do que se denominava segurança nacional para manutenção da sua integridade, nesse sentido ainda foi que, em 15 de agosto de 1968, por meio do [Decreto-Lei nº 356/68](#), foi estendido parte dos benefícios do modelo ZFM a toda a Amazônia Ocidental.

A partir de 1989, a Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, autarquia federal que administra o modelo, passou a abrigar em suas competências procedimentais sete Áreas de Livre Comércio (ALCs), criadas com objetivo de promover o desenvolvimento de Municípios que são fronteiras internacionais na Amazônia e integrá-los ao restante do país, por meio da extensão de alguns benefícios fiscais do modelo ZFM, da melhoria na fiscalização de entrada e saída de mercadorias e do fortalecimento do setor comercial, agroindustrial e extrativo.

A primeira a ser criada foi a de Tabatinga, no Amazonas, por meio da Lei nº 7.965/89. Nos anos seguintes, foram criadas as de Macapá-Santana (Lei nº 8.387/91, artigo II), no Amapá; Guajará-Mirim (Lei nº 8.210/91), em Rondônia; Cruzeiro do Sul e Brasiléia-Epitaciolândia (Lei nº 8.857/94), no Acre; e Bonfim e Boa Vista (Medida Provisória nº 418/08), em Roraima.

Se se fizesse uma classificação levando em consideração fases vividas pelo modelo, sem abandono de outra porventura existente, poder-se-ia resumir da seguinte forma:

Num primeiro momento, da sua criação - 1967 até 1975 -, o modelo se pautou política industrial de referência no país, que caracterizava-se pelo estímulo à substituição de importações de bens finais e formação de mercado interno, tendo como aspectos preponderantes o predomínio da atividade comercial (sem limitação de importação de produtos, exceto armas e munições, fumos, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiro e perfumes) e o grande fluxo turístico doméstico, estimulado pela venda de produtos cuja importação estava proibida no restante do país.

No segundo momento, que corresponde ao período de 1975 a

1990, o modelo se viu às voltas com a nova política industrial que referenciou o país, caracterizando-se pela adoção de medidas que fomentasse a indústria nacional de insumos, sobretudo no Estado de São Paulo.

Ainda na esteira desse segundo momento, o Governo Federal estabeleceu um novo marco para a industrialização na ZFM com a edição dos Decretos-Leis nº 1435/75 e nº 1455/76, estabelecendo Índices Mínimos de Nacionalização para produtos industrializados no pólo, e comercializados nas demais localidades do território nacional.

No mesmo diapasão, foram estabelecidos limites máximos globais anuais de importação (contingenciamento), decorrente do momento econômico que passou o Brasil com a moratória estabelecida pelo Governo Sarney.

Marco importante nessa mesma fase ainda, foi a prorrogação pela primeira vez, do prazo de vigência do modelo ZFM, de 1997 para 2007, por meio do Decreto nº 92.560, de 16 de abril de 1986. Em 1988, por meio do artigo 40 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, o prazo foi prorrogado para até 2013.

O terceiro momento, que pode ser compreendido entre os anos de 1991 a 1996, entrou em vigor a Nova Política Industrial e de Comércio Exterior, marcada pela abertura da economia brasileira (Governo Collor), com a redução do Imposto de Importação para o restante do país e ênfase na qualidade e produtividade, com a implantação do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade (PBPQ) e Programa de Competitividade Industrial.

Nesse interregno, veio à lume, a Lei nº 8.387³² de 30 de dezembro de 1991, que estabeleceu profundas mudanças no modelo ZFM.

³²Ver o art. 1º que demonstra profundas alterações implementadas pela lei: Art. 1º. O § 1º do art. 3º, os arts. 7º com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.435, de 16 de dezembro de 1975, e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 3º

§ 1º Excetua-se da isenção fiscal prevista no caput deste artigo as seguintes mercadorias: armas e munições, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e produtos de perfumaria ou de toucador, preparados e preparações cosméticas, salvo quanto a estes (posições 3303 a 3307 da tarifa Aduaneira do Brasil - TAB), se destinados, exclusivamente, a consumo interno na Zona Franca de Manaus ou quando produzidos com utilização de matérias-primas da fauna e da flora regionais, em conformidade com processo produtivo básico.

.....
Art. 7º Os produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, salvo os bens de informática e os veículos automóveis, tratores e outros veículos terrestres, suas partes e peças, excluídos os das posições 8711 a 8714 da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB), e respectivas partes e peças, quando dela saírem para qualquer ponto do Território Nacional, estarão sujeitos à exigibilidade do Imposto sobre Importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos de origem estrangeira neles

Ainda nessa fase, foi implantado o Processo Produtivo Básico (PPB), determinado pela supracitada lei, como forma de atração e promoção de investimentos no desenvolvimento de ações capazes de irradiar os efeitos positivos do Pólo Industrial de Manaus, com a intensificação dos investimentos em toda sua área de jurisdição.

No quarto momento, que compreende o período de 1996 a 2002, a política industrial de referência do país caracterizava-se por sua adaptação aos cenários de uma economia globalizada e pelos ajustes demandados pelos efeitos do Plano Real, como o movimento de privatizações e desregulamentação.

Evoluindo na Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) em aprofundamento da Política Industrial Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), que prevê maior eficiência produtiva e capacidade de inovação das empresas e expansão das exportações. A PDP define macrometas para o país, até 2010, que prevêem o aumento da formação bruta de capital fixo, maior dispêndio do setor privado em pesquisa e desenvolvimento (P&D), e ampliação das exportações brasileiras, em especial, das micro e pequenas empresas.

Em 2006 foi regulamentada, por meio de decreto presidencial, a nova Lei de Informática, que prorrogou de 2009 até 2019 incentivos fiscais para o setor em todo país. O Decreto nº 5.906, de 26 de setembro de 2006, regulamentou artigos da Lei nº 11.077, de 30 de dezembro de 2004, da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991 (que dispõem sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação) e da Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, (que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de tecnologias da informação). Entra em operação, em 2007, o Sistema Brasileiro de TV Digital, padrão de transmissão digital baseado no sistema japonês ISDB-T (Serviço Integrado de Transmissão Digital Terrestre), que é apontado como o mais flexível entre os existentes, ao

empregados, calculado o tributo mediante coeficiente de redução de sua alíquota ad valorem, na conformidade do § 1º deste artigo, desde que atendam nível de industrialização local compatível com processo produtivo básico para produtos compreendidos na mesma posição e subposição da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB).

§ 1º O coeficiente de redução do imposto será obtido mediante a aplicação da fórmula que tenha:

I - no dividendo, a soma dos valores de matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos de produção nacional e da mão-de-obra empregada no processo produtivo;

II - no divisor, a soma dos valores de matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos de produção nacional e de origem estrangeira, e da mão-de-obra empregada no processo produtivo.

§ 2º No prazo de até doze meses, contado da data de vigência desta lei, o Poder Executivo enviará ao Congresso Nacional projeto de lei estabelecendo os coeficientes diferenciados de redução das alíquotas do Imposto sobre Importação, em substituição à fórmula de que trata o parágrafo anterior.

§ 3º Os projetos para produção de bens sem similares ou congêneres na Zona Franca de Manaus, que vierem a ser aprovados entre o início da vigência desta lei e o da lei a que se

permitir mobilidade e portabilidade. Este novo cenário incrementa o processo de convergência digital no país.

Concentra-se nesta fase também a implementação estratégica do Processo Produtivo Básico (PPB) dos biocosméticos, estabelecendo as participações em valor agregado local e as quantidades mínimas de utilização de insumos regionais, por intermédio da Portaria Interministerial nº 842, de 27 de dezembro de 2007.

Características atuais do modelo Zona Franca de Manaus:

- O prazo de vigência do modelo foi prorrogado de 2013 para 2023, por meio da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003;
- A definição de Processos Produtivos Básicos (PPBs) para produtos fabricados no PIM é orientada pelo maior adensamento de cadeias produtivas nacionais, inclusive dos biocosméticos;
- Há um esforço para ampliar a inserção internacional do modelo, sobretudo por meio de missões comerciais, participação em acordos de comércio exterior e realização de eventos de promoção comercial, a exemplo da Feira Internacional da Amazônia;
- Permanece a busca pelo aumento das exportações e maior equilíbrio da balança comercial;
- Há um esforço das indústrias do PIM em fomentar o adensamento tecnológico do parque industrial, por meio de investimentos em institutos de pesquisa regionais, sobretudo advindos de recursos do percentual destinado à Pesquisa e

refere o § 2º, poderão optar pela fórmula prevista no § 1º.

§ 4º Para os produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, salvo os bens de informática e os veículos automotíveis, tratores e outros veículos terrestres, suas partes e peças, excluídos os das posições 8711 a 8714 da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB), cujos projetos tenham sido aprovados pelo Conselho de Administração da Suframa até 31 de março de 1991 ou para seus congêneres ou similares, compreendidos na mesma posição e subposição da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB), constantes de projetos que venham a ser aprovados, no prazo de que trata o art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a redução de que trata o caput deste artigo será de oitenta e oito por cento.

§ 5º A exigibilidade do Imposto sobre Importação, de que trata o caput deste artigo, abrange as matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem empregados no processo produtivo industrial do produto final, exceto quando empregados por estabelecimento industrial localizado na Zona Franca de Manaus, de acordo com projeto aprovado com processo produtivo básico, na fabricação de produto que, por sua vez tenha sido utilizado como insumo por outra empresa, não coligada à empresa fornecedora do referido insumo, estabelecida na mencionada Região, na industrialização dos produtos de que trata o parágrafo anterior.

§ 6º O Poder Executivo fixará os processos produtivos básicos, com base em proposta conjunta dos órgãos competentes do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, da

Desenvolvimento (P&D), determinado pela Lei de Informática em vigor;

● Ampliam-se os investimentos da SUFRAMA em projetos de modernização produtiva e infra-estrutura nos Municípios da sua área de atuação, envolvendo construção de aeroportos, estradas, estruturas turísticas, projetos pilotos de produção e capacitação de mão-de-obra.

A Suframa, na fase atual, consolida o processo de revisão do seu planejamento estratégico, em que melhor configura o desempenho da sua função de agência de desenvolvimento regional. Ao mesmo tempo, incrementa projetos para o fortalecimento do PIM e de aproveitamento de potencialidades regionais, sobretudo por meio do Centro de Ciência, Tecnologia e Inovação do Pólo Industrial de Manaus (CT-PIM) e do Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA).

A autarquia trabalha, ainda, no aprofundamento e aperfeiçoamento da função de fomento e fiscalização de projetos finalísticos (Industriais, Agropecuários, etc.); institucionalização da função de agência de desenvolvimento (execução de estudos, fomento a projetos-meio, infra-estrutura, P&D, etc.); na expansão e integração de atividades de prospecção tecnológica, inteligência comercial e de planejamento estratégico, e na expansão de atividades de estudos e pesquisas sobre políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico na Amazônia Ocidental.

Desenvolve ações para fortalecer o sistema regional de Ciência, Tecnologia e Inovação, por meio da aplicação de recursos em

Secretaria de Ciência e Tecnologia da Presidência da República e da Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa), no prazo máximo de cento e vinte dias, contado da data de vigência desta lei; esgotado este prazo, a empresa titular do projeto de fabricação poderá requerer à Suframa a definição do processo produtivo básico provisório, que será fixado em até sessenta dias pelo Conselho de Administração da Suframa ad referendum do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento e da Secretaria da Ciência e Tecnologia.

§ 7º A redução do Imposto sobre Importação, de que trata este artigo, somente será deferida a produtos industrializados previstos em projeto aprovado pelo Conselho de Administração da Suframa que:

I - se atenha aos limites anuais de importação de matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, constantes da respectiva resolução aprobatória do projeto e suas alterações;

II - objetivo:

a) o incremento de oferta de emprego na região;

b) a concessão de benefícios sociais aos trabalhadores;

c) a incorporação de tecnologias de produtos e de processos de produção compatíveis com o estado da arte e da técnica;

d) níveis crescentes de produtividade e de competitividade;

e) reinvestimento de lucros na região; e

f) investimento na formação e capacitação de recursos humanos para o desenvolvimento científico e tecnológico.

§ 8º Para os efeitos deste artigo, consideram-se:

estruturas de ensino e P&D, formação de recursos humanos pós-graduado, e de acordos de cooperação técnico-científica com instituições nacionais e internacionais. Também apóia a cooperação e integração econômica da Pan-Amazônia.

3.2 Aspectos econômicos.

Construída ao longo do tempo como um projeto único e diferenciado que foge do figurino tradicional dos manuais econômicos, a Zona Franca de Manaus com essa sua característica diferenciada, tem causado dificuldade de compreensão e análise.

No entanto, todos aqueles que se debruçaram sobre o tema, de forma honesta e isenta, aprofundando o efetivo conhecimento sobre a realidade, mesmo tendo uma postura inicial crítica sobre a Zona Franca de Manaus, se convenceram da importância para o Brasil dessa solução implantada no coração da Amazônia.

Os demais, infelizmente, repetem três vícios fundamentais em suas críticas, quais sejam: erros factuais, omissões relevantes e interpretações equivocadas ou de forma genérica, má-fé. Essa a tônica de muitas manifestações, que repercutido à exaustão quer assumir na sua milésima repetição foros de verdade.

Pensada e criada para integrar e ocupar a Amazônia frente à cobiça internacional, o projeto Zona Franca foi além de seu escopo inicial, pois realizou desenvolvimento com preservação ambiental, assegurando a manutenção de 98% da floresta tropical úmida, ao mesmo tempo em que dá

a) produtos industrializados os resultantes das operações de transformação, beneficiamento, montagem e recondicionamento, como definidas na legislação de regência do Imposto sobre Produtos Industrializados;

b) processo produtivo básico é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto.

§ 9º Os veículos automóveis, tratores e outros veículos terrestres, suas partes e peças, excluídos os das posições e subposições 8711 a 8714 da Tabela Aduaneira do Brasil (TAB) e respectivas partes e peças, industrializados na Zona Franca de Manaus, quando dela saírem para qualquer ponto do Território Nacional, estarão sujeitos à exigibilidade do Imposto sobre Importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos, de origem estrangeira e neles empregados, conforme coeficiente de redução estabelecido neste artigo, ao qual serão acrescidos cinco pontos percentuais.

§ 10. Em nenhum caso o percentual previsto no parágrafo anterior poderá ser superior a cem.

.....
Art. 9º Estão isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) todas as mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer à comercialização em qualquer ponto do Território Nacional.

§ 1º A isenção de que trata este artigo, no que respeita aos produtos industrializados na Zona Franca de Manaus que devam ser internados em outras regiões do País, ficará condicionada à observância dos requisitos estabelecidos no art. 7º deste decreto-lei.

§ 2º A isenção de que trata este artigo não se aplica às mercadorias referidas no § 1º do art. 3º deste decreto-lei."

concretude ao preceito da Constituição Federal de redução das desigualdades regionais.

3.3. Distorção da renúncia fiscal no Brasil.

Diferente do que se costuma veicular, a Zona Franca de Manaus NÃO É UM PARAÍSO FISCAL. O Pólo Industrial de Manaus, motor da economia amazonense, é um dos principais pontos da geração de receitas públicas no país. Os números falam por si. Cabe lembrar que, a exemplo da maior parte do desenvolvimento industrial brasileiro, a consolidação da Zona Franca de Manaus também teve como mola indutora da atividade econômica a concessão de incentivos fiscais.

No cenário nacional inúmeros são os exemplos: a indústria automobilística, a indústria aeronáutica e a indústria de informática são setores historicamente favorecidos com incentivos fiscais. Ou quase nada pagam de impostos, ou pouco pagam e ainda são beneficiados com outros gastos públicos subsidiados, como empréstimos do BNDES, que analisaremos mais à frente neste documento.

Da mesma forma a Zona Franca de Manaus também se utiliza de um conjunto de benefícios fiscais. No entanto, o modelo não está baseado em financiamento público. Na ZFM, o mecanismo de benefício fiscal e vinculado exclusivamente à produção, não ao capital, somente se torna efetivo com o início da produção industrial das empresas incentivadas.

a) A tributação federal na ZFM

O Estado do Amazonas é o principal gerador de receita para a União na região Norte. Os dados da Receita Federal do Brasil, para o ano de 2012, são os seguintes:

Estados	R\$ Bilhão	%
Amazonas	8.958,75	56,74%
Demais Estados	6.829,99	43,26%
TOTAL	15.788,74	100,00%

Arrecadação Federal na 2ª Região Fiscal (AC/AP/AM/PA/RO/RR)

É importante destacar um outro aspecto no que se refere ao pacto federativo. No mesmo período, o Amazonas recebeu de transferências compulsórias somente R\$ 2,3 bilhões, a indicar que o Estado tem sido exportador líquido de recursos para a União da ordem de R\$ 6,4 bilhões anuais.

Portanto, a Zona Franca de Manaus é um mecanismo de superação das desigualdades regionais, pois os recursos nela gerados são empregados em todo o país, através do Governo Federal.

b) A tributação Estadual: ICMS, Contrapartidas e Encargos

Aqui, provavelmente, reside o maior mito sobre a Zona Franca de Manaus. Os dados mostram, diferentemente do senso comum, que o Amazonas tem uma maior participação no bolo de arrecadação de ICMS do que no PIB Brasileiro. Enquanto arrecadamos 2,05% do total do ICMS, nossa participação no PIB não passa de 1,59%.

De igual forma, a participação do ICMS no PIB estadual de 9,29% é superior à participação do total do ICMS no PIB brasileiro que é de 7,18%.

Qual o significado disto? Nossas atividades econômicas são tributadas pelo ICMS mais que a média nacional. ISTO REPRESENTA UMA CARGA TRIBUTÁRIA DE ICMS SUPERIOR À PARTICIPAÇÃO NO PIB EM TORNO DE 29%. Portanto, o Amazonas tem maior carga tributária de ICMS que a média nacional.

		2010		
	ICMS ARRECADADO	PIB 2010	Relação ICMS x PIB	
Amazonas	5.555.220,00	59.779.000,00	9,29%	
BRASIL	270.726.422,00	3.770.086.000,00	7,18%	
Relação Amazonas / Brasil		2,05%	1,59%	

Ademais, o Estado do Amazonas condiciona a fruição dos incentivos fiscais do ICMS a contrapartidas de altíssima relevância e impacto econômico e social. Para usufruírem dos incentivos, as empresas instaladas na Zona Franca de Manaus têm de contribuir para três importantes fundos, fazendo com que a atividade industrial seja geradora da própria evolução da economia amazonense.

Uma das contrapartidas mais relevantes da Zona Franca é a contribuição das empresas incentivadas para a Universidade do Estado do Amazonas – UEA, mantida totalmente com os recursos oriundos dessa contribuição.

Única instituição de ensino superior presente em todos os 62 Municípios amazonenses, é fator fundamental na formação do capital humano, gerando oportunidades a quem de outra forma não teria acesso a instrução superior. Ainda são exigidas das empresas incentivadas contribuições para o fortalecimento da indústria do turismo e interiorização do desenvolvimento, bem como para o fomento das pequenas e médias.

Grande parte dos bens produzidos na Zona Franca de Manaus, não seriam produzidos no país sem benefícios fiscais, principalmente nesse momento de intensa competição global. Portanto sem atividade econômica, não teríamos tributos, além de exportarmos empregos, não havendo que se falar em renúncia.

Incentivos de redução de alíquota, principalmente de impostos regulatórios, como o IPI, por exemplo, não são gastos tributários (nome técnico da renúncia). Trata-se de renúncia nominal para efeitos de indução desenvolvimentista locacional ou setorial. De toda sorte, a renúncia desonera os custos dos bens, beneficiando todos os consumidores brasileiros em qualquer Estado onde os produtos sejam adquiridos e consumidos.

4. Conclusão

De todo o exposto, resta claro que há necessidade de uma concertação nacional mais séria e comprometida não só com os princípios informadores e cogente para o meio ambiente sustentável, mas também uma ordem tributária baseada não apenas em um tratamento mais racional dos recursos ambientais, mas acima de tudo, em formas mais éticas de manter e assegurar a existência e sobrevivência da espécie humana.

É que dados tem sido manipulados para oferecer uma imagem negativa da Zona Franca de Manaus. Comparam-se setores de atividades econômicas díspares no sentido da intensidade de emprego da mão-de-obra. A Indústria da Construção Civil é atividade exemplar no uso intensivo do fator trabalho (trabalho intensiva) enquanto a Indústria de Transformação instalada no PIM, e considerada de elevada complexidade tecnológica, é considerada intensiva em capital.

Considerando o efetivo desempenho no quesito emprego e renda, o fato de 5,7% do faturamento industrial ser gasto com salários deveria ser considerado testemunho de competitividade e sustentabilidade, e não o contrário.

Outros dois aspectos precisam ser destacados:

A criação de empregos não pode ser mensurada de forma simplista e automática, pois a economia amazonense não teria o mesmo perfil sem a Zona Franca de Manaus, portanto, o impacto da criação de empregos atinge praticamente toda a população do Estado de mais de 4 milhões de pessoas;

Há também o impacto da criação de empregos em outros pontos do território nacional. Quantos empregos criam em São Paulo as compras de R\$ 13 bilhões destinadas à Zona Franca de Manaus?

O Pólo Industrial de Manaus tem sido extremamente eficiente na contenção do desmatamento; o Amazonas, mantendo intacta 98% de sua cobertura vegetal original, tem tido a menor taxa de desmatamento da Amazônia. Desmatamento significa emissões de carbono para a atmosfera e perda dos princípios ativos do banco genético, fonte de oportunidades sustentáveis de produção de fármacos, cosméticos e alimento. As fontes de emissões do PIM são os combustíveis fósseis, que são bem menores do que as emissões pelo desmatamento e que estão sendo substituídas por gás natural e energia hidrelétrica de Tucuruí.

Ademais, quanto mais cresce o Produto Interno Bruto do Amazonas, mais reduz o desmatamento, que reduziu no período de 2003/2009, 73,94%.

Da mesma forma, o impacto social do PIM para o Amazonas é incontestável, o que resta demonstrado com o crescimento do número de Universidades, Faculdades, cursos de pós-graduação, escolas estaduais, centros de pesquisa e instituições de saúde no Estado, desde a criação da ZFM.

Além disso, atualmente o PIM emprega cerca de 120.000 pessoas, o que somado à mão-de-obra indireta, que trabalha com serviços destinados a atender ao pólo, estimada em 4 vezes a mão-de-obra direta, chega-se à soma de mais de 600 mil trabalhadores, o que representa 34,5% da população total da cidade de Manaus.

O Impacto na Competitividade, conceitualmente falando, é necessário lembrar que a característica de imposto sobre o valor adicionado impõe que seja abatido o valor devido na operação anterior da operação presente. Assim, combinado com o conceito anterior, todo o Estado de origem tem utilizado a sua parte para conceder incentivos fiscais e gerar competitividade para sua economia. Portanto, quando maior essa fatia (ou alíquota) maior a capacidade do Estado de competir.

O primeiro ponto decorre exatamente da redução da alíquota interestadual nas remessas para industrialização e consumo na ZFM. É importantíssimo e não tem tido a relevância devida na discussão. Com a referida redução da renúncia na origem, teremos um aumento da carga tributária na aquisição de insumos.

O crédito presumido de ICMS - equivalente ao imposto que seria pago na origem - a que hoje faz jus a indústria e o comércio da Zona Franca será reduzido. De um lado onerará o consumidor amazonense e de outro lado, diminuirá a competitividade de nossos produtos.

Portanto o mecanismo de reduzir as alíquotas em direção à ZFM, traz ganhos aos Estados remetentes e reduz a competitividade da ZFM. Não há como minorar esse dano.

O Amazonas não tem um quilômetro de rodovia federal na direção dos grandes centros consumidores. Há uma carência de terminais portuários que não se resolverá no curto prazo. Os valores praticados pela cabotagem são mais de o dobro que o praticado em outros trechos do território nacional. Um frete marítimo no trecho Manaus-São Paulo custa mais de que no trecho Ásia-São Paulo. Os bens de maior valor agregado não podem ser transportados pelo modal rodo fluvial, tendo que se utilizar do modal aéreo, sabidamente o mais caro de todos.

De fato, não são apenas as dificuldades presentes, sobretudo as limitações para o desenvolvimento e implementação de soluções. A questão ambiental impõe fatores limitantes intransponíveis. Por exemplo, a rodovia BR-319 construída durante o regime militar não recebe autorização para que seja re-asfaltada, imagine a construção de novos corredores logísticos.

Quem fala em desindustrialização e transferência para Manaus, não pode estar falando sério.

Por último, é importante ressaltar que todas as empresas que usufruem dos benefícios fiscais inerentes à ZFM, estão obrigadas a cumprir

um Processo Produtivo Básico (PPB), que é a contrapartida principal aos incentivos.

Por todo o exposto, é sempre salutar lembrar as admoestações do saudoso professor Samuel Benchimol, quando profetizava ainda na década de 80 do século passado que o desenvolvimento sustentável da Amazônia teria que respeitar quatro paradigmas: ser economicamente viável, socialmente justo, ambientalmente adequado e politicamente equilibrado. O modelo Zona Franca de Manaus, conforme esse resumido esforço histórico prova, responde aos quatro.

É que a viabilidade econômica do modelo está comprovada pelo capital privado que em Manaus decidiu se localizar – em uma economia aberta e globalizada, o capital vota com os pés. Mais de quinhentas indústrias deram seu voto de confiança ao nosso modelo e aqui permanecem, não pela bondade de seus corações ou pela beleza do por do sol no Rio Negro, mas porque aqui conseguiram executar seus planos de negócio e obtiveram a rentabilidade desejada pelos seus investidores. Não nos esqueçamos que grande parte do sucesso do nosso modelo se deve à acolhida que demos a investidores do mundo todo, sem xenofobia ou discriminação.

A pujança econômica de anos recentes também permitiu o estabelecimento de políticas de formação e aperfeiçoamento de mão-de-obra que tornaram Manaus um dos pólos nacionais de desenvolvimento de tecnologia, baseado tanto nos investimentos estatais quanto nos ordenamentos legais da Lei de Informática que canaliza recursos para investimentos em pesquisa e desenvolvimento na Amazônia. Inicia-se assim, ainda que timidamente, a ocupação da Amazônia, não por agricultores como nos idos de 1970, mas por doutores, como deve ser.

Fica claro nesta obra a diferença social entre o Amazonas e os demais Estados da região Norte. Comparemo-nos momentaneamente com nosso vizinho Pará, Estado de belezas e riquezas no mínimo comparáveis às nossas. O Amazonas tem renda per capita aproximadamente o dobro do Pará – nossa área total desmatada é de 2% do território, contra mais de 20% em nosso vizinho. Pergunta-se por quê. Engana-se quem pensa que é porque os amazonenses têm melhor coração ou maior amor à floresta que os paraenses. É uma questão de modelo de desenvolvimento e volume de renda – indústrias ocupam pouco espaço enquanto que agricultura, pecuária, mineração e madeireiras, as principais atividades econômicas em nosso vizinho, ocupam vastas áreas com grande impacto ambiental. Além disso, o nível de renda diferenciado tem permitido ao Amazonas construir uma política e instituições que reforçam a conservação ambiental. São poucos os governos no mundo que, quando visitados por grandes pecuaristas ou agricultores, podem responder com segurança que tais investimentos não são bem-vindos em áreas de floresta nativa. O Amazonas pode graças à justiça social proporcionada pela Zona Franca. Lembremo-nos que a renda per capita amazonense não figura dentre as mais altas do país, apenas próximo à média, portanto não há aqui concebido um excesso de justiça.

Como óbvio, não se está a pregar a paralisia do desenvolvimento, mas o que se propõe, nessa perspectiva é que a tributação nacional possa ser instrumento de inibição da ganância desmedida e da utilização dos recursos naturais como forma de enriquecimento desmedido em prejuízo do todo societal, mas isso só será possível se houver um consenso brasileiro da importância do bioma amazônico pra o Brasil e o mundo e conservá-lo não deve ser um fardo, mas uma missão e por isso deve ser remunerada com tributação diferenciada, EIS AÍ A MOSTRA DOS EFEITOS VIRTUOSOS DA TRIBUTAÇÃO NA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE.

5. Referências bibliográficas

AMADO, Frederico. Direito Ambiental Esquematizado. Editora Método: São Paulo, 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BONDASKY, Daniel. Prologue to the Climate Change Convention. In MINTZER, Irving M & LEONARD, J. Amber. Negotiating Climate Change: The Inside Story of the Rio Convention. Cambridge: University, 1994.

CRANOR, Carl F. Asymmetric Information, The Precautionary Principle, and Burdens of Proof. In RAFFENSPERNGER, C; TICKNER, J. (Ed.) Protecting Public Health and the Environment. Implementing the Precautionary Principle. Washington, D.C.: Island, 1999.

CROSS, Frank B. Paradoxical Perils of the Precautionary Principle. Washington & Lee Law Review, nº 53:851-925, 1996.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental. 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

GOUVÊA, Yara Maria G. Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.) Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006,

GRAY, J.S. A Scientist's Perspective. In: EARLL, R. (Ed.) The Precautionary Principle: Making it Work in Practice. London: Environment Council, 1993.

HELD, David; MCGREW, Anthony. Prós e Contras da Globalização. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HUNTER, David; SALZMAN, James & ZAELKE, Durwood. International Environmental Law and Policy: Treaty Supplement. New York: Foundation, 1998.

JORDAN, Andrew & O'RIORDAN, Timothy. The Precautionary Principle in Contemporary Environmental Policy and Politics. In: TICKNER, Joel &

RAFFENSPERGER, Carolyn (Ed.). *Protecting Public Health and The Environment: Implementing the Precautionary Principle*. Washington: Island, 1999.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – A gestão ambiental em foco*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEARCE, David W. *The precautionary Principle in Economic Analysis*. In O'RIORDAN, T; CAMERON, J. (Ed.) *Interpreting the Precautionary Principle*. London: Cameron and May, 1994.

RATTNER, Henrique. *Liderança para uma Sociedade Sustentável*. São Paulo: Nobel, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*, parte geral. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio *et al.* *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BREVE REFLEXÃO SOBRE O AFASTAMENTO DA LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL, PARTINDO-SE DO JULGADO RMS 43.439/MG

Lorena Silva de Albuquerque
Procuradora do Estado

Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça demonstram, de maneira clara, uma atuação cada vez mais criativa do Poder Judiciário Brasileiro.

A despeito do Princípio Constitucional da Separação de Poderes, o que se tem observado são verdadeiras inovações no sistema normativo brasileiro pelo Poder Judiciário que, a princípio, deveria aplicar as leis ao caso concreto.

Em setembro de 2013, foi decidido, por unanimidade, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que o prazo para impetrar mandado de segurança em face de decisão que converte agravo de instrumento em agravo retido seria de cinco dias. Trata-se do RMS 43.439/MG.

Consoante fundamentação apresentada, o único recurso cabível contra a decisão atacada seria os Embargos de Declaração. Na medida em que necessário impetrar o *mandamus* antes da coisa julgada/preclusão, o prazo para impetração somente poderia ser 5 (cinco) dias.

Pelo que se observa, o Superior Tribunal de Justiça afastou expressamente o disposto no art. 23 da Lei nº 12.016/09.

Nem se fala que se trata de caso isolado no Poder Judiciário.

Apenas a título de ilustração, citam-se os seguintes julgados:

- a) REsp 1.353.801-RS, STJ, pelo qual foi permitida a possibilidade de o juiz, de ofício, suspender as ações individuais quando em curso ação civil pública sobre o mesmo tema, mesmo sem requerimento das partes individuais, em contrariedade ao art. 104 da Lei nº 8.078/90;
- b) REsp 1063343-RS, STJ, pelo qual foi indeferido pedido de desistência em Recurso Especial, em contraposição ao art. 501 do Código de Processo Civil.

A partir dessas decisões, observa-se uma crescente atuação do Poder Judiciário. Assumidamente o mesmo viola as regras postas.

O tema chama atenção em especial em razão da tendência do Direito Brasileiro a uniformizações.

A despeito do *civil law* e de em geral se afirmar que no Brasil não foi adotada a Teoria dos Precedentes, a verdade é que existem mecanismos de engessamento do Judiciário às decisões anteriores e superiores. É que se extrai do art. 557, do Código de Processo Civil, que determina que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou

com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Dado cenário atual do Judiciário, indaga-se:

Não seria tal atitude confrontante com o ordenamento jurídico brasileiro? Poderia o prazo para a impetração de mandado de segurança ser reduzido por decisão judicial?

Atualmente, tem havido debates sobre o ativismo no Poder Judiciário. Por ele, o Judiciário tem uma postura mais ativa que simplesmente aplicar a lei. Não poderia o mesmo ser reduzido à “boca da lei”, podendo buscar uma solução mais consentânea com o interesse público.

Em contraposição, existe a postura garantista, na qual se dá mais valor à Segurança Jurídica e ao Princípio da Legalidade. O Poder Judiciário não poderia extrapolar suas funções, sob pena de violar o Princípio da Separação dos Poderes.

Considerando que, ao ser estabelecido o prazo de 5 (cinco) dias, há negativa de vigência à lei, pode-se defender a existência de uma atuação ativista, pois há contrariedade expressa com a legislação.

Ainda que existam muitos doutrinadores favoráveis ao ativismo judicial, a teoria não pode ser aceita sem restrições. Vale transcrever a posição de Gustavo Gonçalves Gomes¹, em seu artigo “Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno”:

“O modelo brasileiro de *civil law*, estruturado com base na observância plena ao regramento legislativo, releva grandes restrições à prática do ativismo judicial, na medida em que, em regra, ao adotar uma conduta supostamente “ativista”, o magistrado deixa de aplicar a lei ou a esta dá interpretação extensiva, permitindo chegar à decisão que melhor lhe convém para solucionar o caso. Bem por isso, nos regimes de *civil law*, o ativismo judicial é bem mais criticado do que em outros regimes jurídicos, pois, em tese, o magistrado ativista desvirtua a função jurisdicional, aproximando à função legislativa. É o caso do Brasil, por exemplo, país onde o sistema jurídico é pautado na mais fiel observância à legislação material. É função do Legislativo e não do Judiciário criar as leis que serão aplicadas no nosso meio social. Ao Poder Judiciário resta tão só zelar pela sua interpretação e, utilizando o seu poder de coerção, fazer valer a vontade do legislador”.

¹ Ativismo judicial e Garantismo Processual. Coordenação: Fredie Didier Jr, José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Jus Podivm. Salvador, 2013. Pg. 294.

No mesmo sentido de críticas ao ativismo, a lição de Nelson Nery e Gerges Abboud²:

“Por óbvio que, ao caracterizarmos o ativismo como afastamento da legalidade vigente, não estamos afirmando que o jurista esteja vinculado à legalidade estrita. O que asseveramos é que ao Judiciário não é lícito deixar de aplicar a lei, salvo se ela for inconstitucional. Por consequência, o texto constitucional configura limite indisponível para qualquer decisão judicial, mormente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.”

Ainda que se aceitasse o ativismo no Brasil, e se considerasse tais decisões simples exercício de uma interpretação não somente literal, mas também sistemática, permaneceria a indagação sobre a possibilidade de redução do prazo para impetração de mandado de segurança.

O mandado de segurança é ação constitucional prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, o qual determina que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles³, é remédio constitucional posto à disposição da pessoa para proteção de direito líquido e certo. Para Ary Florencio, citado por Alexandre de Moraes⁴, seria verdadeiro instrumento de liberdade civil e liberdade política.

A Constituição Federal previu a ação, mas não estipulou prazo para seu exercício. Coube, então, à legislação infraconstitucional fazê-lo.

Ocorre que, agora, uma Turma do Superior Tribunal de Justiça reduziu tal prazo para 5 (cinco) dias, na hipótese em que o ato ilegal é a conversão do agravo de instrumento em agravo retido. Seria isto constitucional?

Não se pode analisar a questão somente pelo prisma da legalidade, levando-se em consideração os prazos recursais do Código de Processo Civil.

O mandado de segurança não é somente uma ação civil com rito especial. Trata-se de verdadeiro direito/garantia fundamental previsto expressamente na Carta Magna.

² Ativismo judicial e Garantismo Processual. Coordenação: Fredie Didier Jr, José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Jus Podivm. Salvador, 2013. Fl. 529.

³ Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Pg. 3.

⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional 21ª ed. Atlas, São Paulo: 2007. Pg.140.

Em sua clássica obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, José Afonso da Silva⁵, citando Ruy Barbosa, faz distinção entre os direitos e garantias fundamentais. Os direitos compreenderiam as disposições meramente declaratórias. As garantias, as assecuratórias, que em defesa dos direitos, limitam o poder. Dentre estas, existiriam dois grupos: a) garantias gerais; b) garantias constitucionais, nas quais se enquadraria o mandado de segurança.

Sob o título de “Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo”, Gilmar Ferreira Mendes⁶ igualmente trata do mandado de segurança como uma especialização do direito de proteção judicial efetiva, prevista na CF/88 (art. 5º, XXXV).

Resta evidenciada, então, a natureza de garantia fundamental do mandado de segurança.

Possuindo tal qualificação, à mesma passa a ser aplicável o regime jurídico dos direitos e garantias fundamentais, em especial proteção contra os poderes instituídos.

Considerando a relevância dos direitos e garantias fundamentais para a ordem jurídica, a Carta Magna determinou, no art. 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Outra importante proteção foi a proporcionada pelo art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal, pelo qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Na lição de Flávia Piovesan⁷, o princípio da aplicabilidade imediata das normas, nos termos do art. 5º, § 1º, realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, cabendo aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima aos mesmos.

Conclui-se, assim, ser o mandado de segurança garantia fundamental ao qual deve ser dada máxima efetividade, não sendo passível sequer de supressão por emenda constitucional, por tratar-se de cláusula pétrea.

Nessa linha de argumentação, cabe transcrever a lição de Eduardo Sodré⁸:

“Nesse diapasão, nunca é demais lembrar que a natureza constitucional da ação mandamental, em especial sua previsão em um dos incisos do artigo 5º da Constituição de

⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. Malheiros: 2007. Pg. 186.

⁶ *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 438.

⁷ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito constitucional internacional*. 10ª ed. São Paulo: 2009. Pg 35/36.

⁸ *Ações Constitucionais*. Organizador Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivm, 2006.) Pg. 94.

1988, acarreta importantes consequências práticas. A principal delas é no sentido de que as hipóteses de cabimento da ação mandamental devem ser, via de regra, interpretadas de forma ampliativa, sendo certo que restrições à sua utilização devem ser sempre vistas com reservas, eis que, em tese, não é dado ao legislador infraconstitucional limitar direitos assegurados constitucionalmente”.

A redução de prazo para impetração de mandado de segurança é, sem dúvida, forma de limitar garantia constitucional.

Ainda que confirmada a constitucionalidade do prazo de 120 dias previsto na Lei nº 1.533/51, através da Súmula 632 do Supremo Tribunal Federal, o mesmo foi realizado pela via LEGAL pelo Poder LEGISLATIVO e num prazo bem mais elástico que 5 (cinco) dias.

Como se sabe, o mandado de segurança é ação de procedimento especial, na qual é necessária a prova pré-constituída. Na medida em que não há dilação probatória, toda a prova é antecipada.

Ora, reduzir o prazo para cinco dias seria verdadeira fragilização do instituto, pois obrigaria as partes a, em apenas cinco dias, fazer juntada de toda a documentação necessária para formar o instrumento. No caso concreto, ainda que se trate de processo em curso, a demonstração de teratologia poderia demandar mais tempo.

A interpretação, assim, além de representar violação ao Princípio da Separação dos Poderes, viola garantia constitucional. Caberá, então, ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, fazer valer as diretrizes de nossa Carta Maior.

Livro de Memórias dos 40 Anos



Ao completar 40 anos, a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas teve a sua história registrada na obra **“Relato de uma história: Quarenta Anos de Advocacia Pública no Amazonas”**, cuja organização coube à servidora Islene Botelho Barroso, Coordenadora de Cerimonial e Comunicação da PGE.

A edição desta obra teve como foco principal o resgate da história da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, a partir de pesquisas, consultas, entrevistas, análise de documentos, leis e decretos referentes à Casa de Advogados Públicos amazonenses.

O livro também é enriquecido com muitas fotos, destacando-se as que registram as primeiras sedes da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas e a Galeria dos Procuradores-Gerais do Estado, bem como as que retratam todos os Procuradores ativos, inativos, *in memoriam* e ex-Procuradores.

A obra também contém depoimentos de autoridades, Procuradores e servidores, além de resgatar documentos importantes da história da PGE e veicular a produção intelectual dos Procuradores do Estado.

Idealizadores da Revista da PGE



Roosevelt Braga dos Santos
Procurador do Estado aposentado



Fernando de M. Collyer Cavalcante
Procurador do Estado aposentado

***Galeria
de
Fotos***

Posse de Procuradores do Estado



Posse de Procuradora em 1990, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Vicente de Mendonça Júnior



Posse de Procuradora em 1990, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Vicente de Mendonça Júnior



Posse de Procuradora em 1996, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Carlos Fausto Ventura Gonçalves



Posse de Procuradora em 1996, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Carlos Fausto Ventura Gonçalves



Posse de Procuradora em 1997, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Jorge de Rezende Sobrinho



Posse de Procuradores em 1997, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Oldeney Sá Valente



Posse de Procuradores em 2001, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Jorge Henrique de Freitas Pinho



Posse de Procuradores em 2005, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. R. Frânio de A. Lima



Posse de Procuradores em 2005, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. R. Frânio de A. Lima



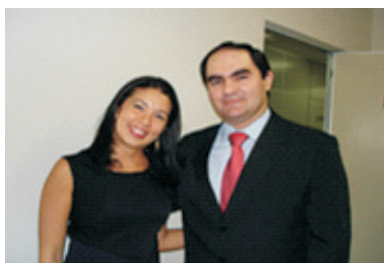
Posse de Procuradores em 2009, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. R. Frânio de A. Lima



Posse de Procuradores em 2011, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. R. Frânio de A. Lima



Posse de Procuradores em 2012, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Clóvis Smith Frota Júnior



Posse de Procuradora em 2012, na gestão do Procurador-Geral do Estado Dr. Clóvis Smith Frota Júnior

Comemoração dos 40 anos da Procuradoria Geral do Estado

Abertura

7 de novembro de 2012 - Auditório da PGE









Seminário Comemorativo dos 40 Anos da PGE
8 e 9 de novembro de 2012 - Salão Elegance















**Encerramento das Comemorações
dos 40 Anos da PGE**
Dia 10 de outubro de 2014



**XIX Congresso Nacional de
Procuradores de Estado em Manaus**
Outubro de 1993











II Seminário de Direito Processual Civil Junho de 2006





III Seminário Amazonense de Direito Público

Outubro de 2006





IV Seminário PGE de Direito Público
Novembro de 2007
35 Anos da PGE













V Seminário PGE de Direito Público

Novembro de 2008













I Seminário PGE de Direito Ambiental

Abril de 2009



VI Seminário PGE de Direito Público Novembro de 2009





Simpósio sobre a Nova Lei do Mandado de Segurança
Março de 2010



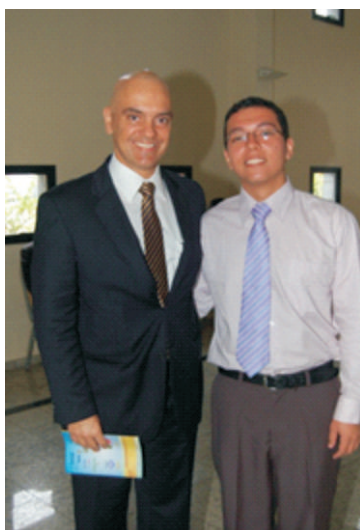
VII Seminário PGE de Direito Público

Novembro de 2010











Impresso nas Oficinas Gráficas
da Imprensa Oficial do Estado