



ESTADO DO AMAZONAS

REVISTA
DA
PROCURADORIA
GERAL
DO
ESTADO

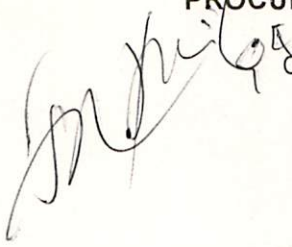


15/16

REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Centro de Estudos Jurídicos



REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

R. PGE	Manaus	a. 10	nºs 15/16	1992/1993
--------	--------	-------	-----------	-----------

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

Rua Ferreira Pena, 366
CEP: 69.010-140 - Telefone: (092) 622-3904
Manaus - AM

Diretor do Centro de Estudos Jurídicos
SÉRGIO VIEIRA CARDOSO, Procurador do Estado

Comissão Editorial:

ANTONIO MENDES DO CARMO, Procurador do Estado.
SANDRA MÁRIA DO COUTO E SILVA, Procuradora do Estado.
RAIMUNDO FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA, Procurador do Estado.
MARIA RITTA SOARES CAVALCANTE, Bibliotecária.
MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA, Bibliotecária.

Os artigos assinados não representam necessariamente a opinião da Procuradoria Geral do Estado

A transcrição de matérias contidas na Revista da Procuradoria Geral do Estado, só será permitida com citação da fonte.

Solicita-se permuta.

Tiragem destes números: 500 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO
AMAZONAS. Manaus, Procuradoria Geral do Estado,
Coordenadoria de Documentação e Divulgação Jurídica,
1983.

1983-93 (1-16)

C.D.D. 340.05
C.D.U. 34(05)

PROCURADORES DO ESTADO 1994

1ª CLASSE:

Antônio Mendes do Carmo
Elson Rodrigues de Andrade
Flávio Cordeiro Antony
José das Graças Barros de Carvalho
Lourenço dos Santos Pereira Braga
Oldeney Sá Valente
Paulo Lobato Teixeira
Raimundo Frânio de Almeida Lima
Roosevelt Braga dos Santos
Sandra Maria do Couto e Silva
Sebastião David de Carvalho

2ª CLASSE:

Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles
Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes
Cynthia de Araújo Lima Lopes
Indra Mara dos Santos Bessa
Jari Vargas
José Sodrê dos Santos
Leonardo Prestes Martins
Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins
Paulo José Gomes de Carvalho
Sérgio Vieira Cardoso

3ª CLASSE:

Ana Eunice Carneiro Alves
Angela Beatriz Gonçalves Falcão de Oliveira
Evandro Ezidro de Lima Régis
Jorge Henrique de Freitas Pinho
Júlio César Lima Brandão
Luis Carlos Paula e Souza
Maria Hosana Machado de Souza
Roberta Ferreira de Andrade
Ronald de Souza Carpinteiro Peres
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato

PROCURADORES DA FAZENDA (QUADRO SUPLEMENTAR DA P.G.E.)

Jaime Carvalho Arantes
José Martins de Araújo
Leonor do Carmo Mota Vila

PROCURADORES APOSENTADOS

ADALBERTO ANDRADE DE MENEZES.

- Decreto de 29 de abril de 1988;

ADSON DE SOUZA LIMA.

- Decreto de 8 de novembro de 1982;

ALBERTO GUIDO VALÉRIO

- Decreto de 07 de outubro de 1994;

BENEDITO DE JESUS AZEDO.

- Decreto de 10 de novembro de 1987;

CAUPOLICAN PADILHA GOMES

- Decreto de 07 de janeiro de 1994;

DARCY DE SANTANA COSTA.

- Decreto de 11 de outubro de 1979;

EDUARDO MAGNANI DA ENCARNAÇÃO.

- Decreto de 19 de novembro de 1987;

EROS PEREIRA DA SILVA.

- Decreto de 5 de julho de 1982;

FERNANDO DE MELO COLLYER CAVALCANTE.

- Decreto de 28 de agosto de 1987;

FRANCISCO DE ASSIS A. PEIXOTO.

- Decreto de 30 de janeiro de 1962;

HÉLIO SEBASTIÃO DE CASTRO LIMA.

- Decreto de 6 de março de 1980;

JACIREMA SANTANA PAIS.

- Decreto de 6 de setembro de 1989;

JAYME ROBERTO CABRAL ÍNDIO DE MAUÉS.

- Decreto de 3 de abril de 1990;

JOÃO BOSCO DANTAS NUNES.

- Decreto de 24 de setembro de 1993;

JOSÉ BERNARDO CABRAL.

- Decreto de 25 de agosto de 1981;

MÁRIO JORGE COUTO LOPES.

- Decreto de 15 de junho de 1954;

MIOSÓTIS CASTELO BRANCO.

- Decreto de 4 de julho de 1988;

ONESMO GOMES DE SOUZA.

- Decreto de 21 de janeiro de 1993;

PAULO DE LA CRUCE G. MARINHO.

- Decreto de 20 de outubro de 1954;

PLÍNIO RAMOS COELHO.

- Decreto de 27 de agosto de 1980;

RUY BRASIL CORREA.

- Decreto de 27 de outubro de 1988;

SÍLVIA PUCU DE STEPHANO.

- Decreto de 20 de novembro de 1989;

VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR.

- Decreto de 22 de maio de 1967;

WALTER BARBOSA DOS REIS.

- Decreto de 13 de janeiro de 1988;

WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA.

- Decreto de 31 de maio de 1982.

PROCURADORES FALECIDOS

ADRIÃO SEVERIANO NUNES NETO

AURELIANO RIBEIRO CARMINÉ

ELZAMIR MUNIZ FRADE

MOACIR DA SILVA

EX-PROCURADORES

AGNALDO E. DA SILVEIRA FILHO

ANA BORGES COELHO DOS SANTOS

DJALMA MONTEIRO DE ALMEIDA

VANIAS BATISTA MENDONÇA

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO
Governador do Estado do Amazonas

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

LEONARDO PRESTES MARTINS
Subprocurador Geral do Estado

SUMÁRIO

- Apresentação 15

PARECERES

- Regime de Dedicção Exclusiva. 19
Raimundo Frânio de Almeida Lima
- Restauração de Base de Cálculo de Quintos. 26
Raimundo Frânio de Almeida Lima
- Contagem em dobro de férias não gozadas, para aposentado-
ria. 30
Raimundo Frânio de Almeida Lima
- Concessão de Vantagens. 36
Raimundo Frânio de Almeida Lima
- Imposto de Renda Retido pelo Estado. 41
Sandra Maria do Couto e Silva
- Exclusão do Crédito Tributário. Interpretação do Art. 163 § 1º.
III da Constituição Estadual. 47
Paulo José Gomes de Carvalho
- Devolução do IPMF. 56
Ana Eunice Carneiro Alves
- Ajuste de Função Gratificada. 59
Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles
- Situação Funcional dos Servidores. 62
Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles
- Autenticação do Termo de Contrato. 65
José das Graças Barros de Carvalho

• Entrega de Recursos Federais. Seguridade Social.	67
José das Graças Barros de Carvalho	
• Cobrança de Anuidade e Taxas Escolares.	74
Caupolican Padilha Gomes	
• Autenticação de Contrato.	79
Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins	
• Pagamento em Atraso.	82
Jorge Henrique de Freitas Pinho	
• Pagamento de Horas Extras.	91
Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles	
• Pagamento de Contribuição Sindical Patronal.	95
Sandra Maria do Couto e Silva	
• Aquisição de Material Permanente.	101
Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins	
• Critérios de Reajuste de Contrato.	107
Jorge Henrique de Freitas Pinho	
• Aplicação da Lei nº 8666/93.	123
Roberta Ferreira de Andrade	
• Aplicação do Art. 25 da Lei nº 8666/93.	132
Jorge Henrique de Freitas Pinho	
• Servidores Administrativos sob a égide da Lei nº 1674/84. Estabilidade Sindical.	145
Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles	
• Pedido de Ressarcimento de Verbas.	150
Djalma Monteiro Almeida	
• Revisão do Processo Administrativo Disciplinar.	156
José das Graças Barros de Carvalho	
• Aposentadoria Especial.	162
Djalma Monteiro de Almeida	
• Remuneração de ocupantes de cargos comissionados.	169
Onesmo Gomes de Souza	
• Obrigatoriedade de aplicação do § 2º do artigo 7º da Lei Federal 8542/92.	173
Djalma Monteiro de Almeida	
• Ato de Demissão.	180
Onesmo Gomes de Souza	
• Pagamento de Gratificação a Servidores afastados do exercício	

de seus cargos.	187
Djalma Monteiro de Almeida	
• Anulação de Ato de Dispensa.	192
Lourenço dos Santos Pereira Braga	
• Aposentadoria Especial de Professor.	198
Lourenço dos Santos Pereira Braga	
• Tempo de Serviço de Natureza Privada.	209
Cynthia de Araújo Lima Lopes	
• Contagem de Tempo de Serviço de Natureza Privada para fins de Aposentadoria.	214
Cynthia de Araújo Lima Lopes	
• Concessão de Gratificação de Quinquênio.	219
Sebastião David de Carvalho	

TRABALHOS FORENSES

• Mandado de Segurança.	223
Elson Rodrigues de Andrade	
• Suspensão de Segurança. Mandado de Segurança.	241
Paulo Lobato Teixeira	
• Embargos de Declaração. Mandado de Segurança.	250
Vanias Batista Mendonça	
• Manifestação. Agravo Regimental.	255
Oldeney Sá Valente	
• Ação Reclamatória Trabalhista.	262
Jari Vargas	
• Recurso Especial. Apelação Cível.	268
Paulo José Gomes de Carvalho	
• Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança.	273
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato	
• Pedido de Integração à Lide. Mandado de Segurança.	285
João Bosco Dantas Nunes	
• Contestação. Mandado de Segurança.	290
Jari Vargas	
• Contestação. Ação Declaratória.	296
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato	

• Recurso Extraordinário.	300
Vanias Batista Mendonça	
• Impugnação. Ação de Execução Fiscal.	313
Paulo José Gomes de Carvalho	
• Ação de Desapropriação Indireta. Contestação.	316
João Bosco Dantas Nunes	
• Contestação. Medida Cautelar Inominada.	322
Elson Rodrigues de Andrade	
• Apelação. Ação de Indenização por Ato Ilícito.	332
Paulo Lobato Teixeira	
• Contestação. Ação Declaratória Negativa de Débito Fiscal. ...	341
Sandra Maria do Couto e Silva	
• Imprestabilidade. do Laudo Pericial. Ação de Reintegração e Posse.	354
Flávio Cordeiro Antony	
• Contestação à Medida Cautelar.	358
Paulo José Gomes de Carvalho	
• Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido Cautelar. Contestação. Ação Ordinária.	361
Oldeney Sá Valente	
• Recurso Ordinário.	382
Sebastião David de Carvalho	
• Recurso Especial.	386
José das Graças Barros de Carvalho	
• Integração à Lide. Ação Declaratória.	389
Flávio Cordeiro Antony	
• Embargos à Execução.	399
Sebastião David de Carvalho	
• Agravo de Petição.	401
Indra Mara dos Santos Bessa	
• Contestação. Ação Ordinária.	405
José das Graças Barros de Carvalho	

DOCTRINA

• Das várias espécies de inconstitucionalidades.	413
João Áureo Mendes Brito	

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- Servidor público. Isonomia de Vencimentos e Vantagens ADIn. 507-3 - AM - Medida Liminar - TP - J. 9.4.92 - Ref. Min. Celso Melo. D.J.U. 18.09.92. 431

LEGISLAÇÃO

- Lei nº 2.172, de 26.11.92 - Cria a Secretaria de Estado de Justiça, Segurança Pública e Cidadania. 443
- Decreto nº 14.819 de 23.07.93 - Dispõe sobre a adequação dos atos de admissão de pessoal sob o Regime Especial. 445
- Decreto nº 15.545, de 23.04.93 - Dispõe sobre autorização de viagem para Secretários de Estado, dirigentes de entidades da Administração Indireta. 447

NOTÍCIAS

- O XIX Congresso Nacional dos Procuradores do Estado. 451
- A Carta de Manaus. 454

ASSUNTOS DIVERSOS

- Discurso de Homenagem ao Procurador do Estado, falecido Moacir da Silva 459
Reginaldo Felker
- Discurso de Recepção à Procuradoria Geral do Estado a nova Procuradora do Estado Roberta Ferreira de Andrade 463
Ana Eunice Carneiro Alves

APRESENTAÇÃO

Este é mais um número da Revista da Procuradoria Geral do Estado, cuja edição vem a lume cercada das estimuladoras expectativas dos seus leitores, que nela encontram um repositório dos trabalhos forenses, manifestações e pareceres, além de artigos doutrinários e outras matérias produzidos pelos Procuradores do Estado, no exercício de seus relevantes misteres, e por ilustres juristas que nos honram com suas valiosas colaborações.

Os trabalhos aqui apresentados foram produzidos no biênio 1992/1993 e estão sendo agora divulgados em atenção ao compromisso que assumimos de atualizar a publicação semestral da Revista.

Ao ressaltar a boa qualidade dos estudos estampados neste número, agradeço aos Procuradores e aos colaboradores, os quais, com a excelência de sua produção literária técnico-jurídica, muito têm contribuído para a valorização e o bom conceito de nossa Revista.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PARECERES

PROCESSO Nº 0369/91-PGE

ASSUNTO: Regime de dedicação exclusiva. Consulta.

INTERESSADO: O Instituto de Tecnologia da Amazônia - UTAM.

PARECER Nº 009/92-PPE/PGE.

REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. PROFESSOR DO UTAM. INTELIGÊNCIA DA EXTENSÃO DO ART. 39, II, DO E.M.S. (LEI Nº 1823/88).

- A permissibilidade de acumulação de dois cargos de professor ou de um cargo de professor com outro técnico ou científico - regulada pelo art. 109, XV, da Constituição do Estado - contempla somente situações comuns, marcadas pela vinculação do docente ao regime ordinário de trabalho.

- Submetido ao regime especial da dedicação exclusiva, o professor do UTAM está impedido do exercício de outra atividade remunerada na esfera pública ou privada, seja por outro cargo ou emprego, seja por contrato a prazo para prestação de serviços técnicos ou científicos, ainda que em horário não conflitante com suas obrigações no Instituto.

- O regime do inciso II do art. 39 do E.M.S. é caracterizado pela exclusividade no serviço, não pelo número de horas de trabalho.

O Diretor-Geral do Instituto de Tecnologia da Amazônia-

UTAM, referindo-se ao fato de que professores sob regime de dedicação exclusiva também exercem cargos em outros órgãos públicos ou com alguns destes mantêm contrato de prestação de serviços nas áreas de consultoria, planejamento e assessoria técnica, solicita à PGE parecer acerca do que isso representa em relação ao tema das acumulações.

Matéria de ordem constitucional — pois devidamente regulada nos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal e no XV do 109 da Estadual —, das acumulações se pode dizer que, em regra, são elas proibidas, sendo exceções apenas três formas expressas. Não é menos disso o que está inscrito nas disposições citadas, cabendo, aqui, reter-se o texto da Lei Máxima do Estado, **verbis**:

Art. 109 - A administração pública direta, indireta e fundacional de que tratam o art. 105 e seu § 1º desta Constituição, em relação ao que se refere a esta seção, guardará obediência a:

.....
XV - a proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, abrangendo a administração direta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público, excetuando-se, desde que haja compatibilidade de horários:

- a) a de dois cargos ou empregos de professor;
- b) a de um cargo ou emprego de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de médico.

Se é esse o mandamento constitucional, inquestionável, em tese, será admitir-se, por exemplo, que o servidor seja titular de um cargo ou emprego de professor na administração estadual e de outro também de professor (ou técnico, ou científico) na municipal, distrital ou federal, desde que os horários das correspondentes obrigações não se choquem.

Mas, insista-se, isso é em tese. Aí, sem qualquer dúvida, o texto constitucional tem em mira servidores submetidos a uma

relação comum de trabalho. Realço tal aspecto porque — como bem lembra o insigne ADILSON ABREU DALLARI —, em certos casos,

"pode haver restrição ao funcionário público de exercer qualquer outro trabalho remunerado ou de manter certas e específicas relações de emprego, dependendo do regime de trabalho a que estiver sujeito, ou do que estiver prescrito no estatuto a que se subordina". (In "Regime Constitucional dos Servidores Públicos", 2ª edição, São Paulo, Editora RT, 1990, pág. 70) — (Grifei).

Ter-se-á nessa hipótese, então, um inequívoco regime especial de trabalho, que, consoante definiu o ministro LUIZ GALLOTTI em voto proferido no Egrégio STF, "é todo aquele que desborda do comum, quer por exigir **particular dedicação ao serviço, ou especial habilitação do servidor, com o conseqüente direito a uma remuneração extra**" (V. Recurso Extraordinário nº 78.681-SP, RDA 121/224 — Sem grifos no original).

Essa "particular dedicação ao serviço" constitui o atributo fundamental do chamado **regime de dedicação exclusiva**, ao qual a consulta se refere e que o Estatuto do Magistério Superior do Instituto de Tecnologia da Amazônia (a Lei nº 1823/88) contempla nestes termos:

Art. 39 - O Professor integrante da carreira do Magistério Superior do Estado do Amazonas ficará submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

.....
 II - **Dedicação exclusiva, com obrigação de prestar 40 (quarenta) horas semanais de trabalho em dois turnos diários, integrais e impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada.** (Sublinhei).

E dele decorre o direito a "uma remuneração extra", como o mesmo EMS assegura, desta forma:

Art. 42 - O vencimento ou salário para o docente em regime de dedicação exclusiva será fixado com o acréscimo:

— de 40% do salário básico correspondente ao regime de quarenta horas semanais de trabalho, para docente de ensino superior.

A solução da questão posta ao exame desta Procuradoria está, pois, já na primeira dessas disposições estatutárias (a qual não afronta a Constituição Estadual, por tratar de situação específica). De seus termos, como visto, já ressaí a certeza de que, quando sujeito a exclusiva dedicação, nenhum docente do UTAM poderá exercer a atividade que for — mesmo fora do Serviço Público — se esta outra lhe propiciar alguma retribuição pecuniária. Esse, aliás, foi um juízo originalmente firmado pela Procuradoria Geral do Estado no corpo do Parecer nº 067/89-PPE/PGE, o qual, citando o questionado dispositivo do Estatuto, assentou: "O impedimento do exercício de outra atividade remunerada e a prestação de 40 horas semanais em dois turnos integrais são exigências do Estatuto".

Admita-se, nesta passagem, a possibilidade de alguém arguir que, formalmente, o art. 39 não proíbe uma segunda ocupação estipendiada se desenvolvida num turno diferente daqueles dois fixados. Nada mais falso! Em verdade, a expressão "e impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada" constitui uma condição que se cumula com as demais inscritas no inciso II do dispositivo. Não se relaciona ela apenas com os "dois turnos diários integrais". Fosse diferente, o regime não se chamaria de **dedicação exclusiva**, mas, certamente, de "dedicação plena", no qual a única proibição é que o servidor — após cumprir os turnos exigidos — tenha outra ocupação de natureza idêntica à de seu cargo ou emprego.

Cabe, a propósito, lembrar que o regime de "dedicação exclusiva" não é senão o que alguns doutrinadores chamam de "tempo integral". É o caso, v. g., do eminente HELY LOPES MEIRELLES, que, ao preferir falar em "regime de tempo integral", compara-o com o de dedicação plena e ensina que a diferença entre um e outro.

"está em que, naquele, o funcionário só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalha na atividade profissional de seu cargo ou de sua função

exclusivamente para a administração mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função em qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena. No regime de tempo integral o funcionário só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. **Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular.** (In Direito Administrativo Brasileiro", 14ª edição, S. Paulo, Editora RT, 1989, págs. 406/407) — (Sem destaques no original).

Observe-se que a questão terminológica não afeta o conteúdo do regime. Ao instituí-lo, o legislador, obviamente, designa-o dessa ou daquela maneira. Se na legislação estadual, como visto do Estatuto do Magistério Superior do UTAM, ele optou por grafar "dedicação exclusiva", na federal chegou a chamá-lo de "regime de tempo integral e dedicação exclusiva", ou, abreviadamente, RETIDE (assim no Decreto 60.091/67).

Seja como for, indiscutível é a compreensão de que tal regime de trabalho não permite ao servidor o exercício de outra atividade paga, mesmo em turno diverso daqueles em que desempenha suas obrigações, mesmo, também, após cumprida a carga horária estabelecida. Esse é entendimento consagrado pela jurisprudência, do que serve de exemplo o seguinte acórdão do V. Tribunal de Justiça de S. Paulo.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO. Regime de dedicação exclusiva. Caracterização pela exclusividade no serviço público, não assim pelo número de horas de trabalho. (RTJESP 41/92 — (Grifei).

Demonstrado, pois, que, quando submetido a dedicação exclusiva, nenhum professor do UTAM poderá exercer qualquer outro cargo ou emprego remunerado na Administração Pública ou na esfera privada, seja qual for o turno dessa segunda relação de

trabalho —, resta indagar se, igualmente, estão vedados meros contratos de prestação de serviços, que a consulta também refere.

Entendo, a respeito, que, do mesmo modo, essa singularidade não está imune da vedação. Afinal, se é especial o regime de trabalho do professor (como já compreendido) e se uma das características formais desse regime é o "impedimento do exercício de outra atividade remunerada", não há como excluir-se da proibição as contratações da espécie, já que serão obrigações profissionais sob remuneração própria.

Aliás, no campo dessas relações não caracterizadas como emprego, é também pacífica, e antiga, a jurisprudência desfavorável aos servidores de dedicação exclusiva. A austera Comissão de Acumulação de Cargos do extinto DASP, p. ex., já em 1968 definia:

"Ao funcionário submetido ao RETIDE não é lícito prestar serviços avulsos, referentes a atividades permanentes, embora sem caráter de emprego e retribuição mediante recibo". (In Proc. 25.789/68 — D.O.U. de 20/08/68, pág. 7.366.

É que, seja qual for a particularidade do fato, tudo se subsume no conceito de "atividade remunerada". Fossem, pois, até na área do magistério os serviços de consultoria cuja prestação remunerada se pretendesse contratar, até aí chegaria a proibição de tal outra atividade, consoante assentado, v. g., em recente pronunciamento do Consultor da República Carlos Galiza, adotado pelo Parecer nº CS-33, do douto Consultor-Geral Célio Silva, nestes termos:

"... é proibido ao docente de nível superior, em regime de dedicação exclusiva, o exercício de qualquer outro cargo, ainda que de magistério, ou de qualquer outra função ou atividade remunerada". (In D.O.U. de 03/07/91, págs. 12.916/12.917).

Em resumo, portanto, estou em que é absoluto o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, de caráter permanente ou a prazo, ou por tarefa, por professor do UTAM vinculado ao regime de dedicação exclusiva.

Submeta-se.

PGE PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,

em Manaus, 09 de março de 1992.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 0369/92-PGE

**INTERESSADO: INSTITUTO DE TECNOLOGIA DA AMAZÔNIA -
UTAM**

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de acumulação de cargos ou empregos públicos ou privados, ou ainda atividades remuneradas com o cargo de Professor do UTAM, exercido no regime de dedicação exclusiva.

D E S P A C H O:

APROVO, por sua substanciosa fundamentação jurídica, o PARECER Nº 009/92, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, que, com propriedade, analisou, à luz da legislação pertinente e de atualizada jurisprudência administrativa e judicial, todos os ângulos em que se enquadrou a consulta formulada pelo Sr. Diretor-Geral do UTAM, concluindo pela impossibilidade legal de acumulação de cargo de Professor do referido Instituto, no regime de dedicação exclusiva, com qualquer outro, público ou privado, ou ainda com atividades remuneradas, mediante prestação de serviços técnicos ou científicos.

DEVOLVA-SE, pois, o presente Processo à Direção do Instituto de Tecnologia da Amazônia - UTAM, com vistas à orientação das respectivas decisões, em tema de acúmulo remunerado de cargos e empregos.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 19 de março de 1992.

VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01371/92-PGE-SESAU - 06472/92 - SESAU

ASSUNTO: RESTAURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE "QUINTOS".

INTERESSADO: JOSÉ DAS NEVES PEREIRA DA ROCHA

PARECER Nº 035/92-PPE/PGE

ADICIONAL DOS "QUINTOS" (ART. 82 DA LEI 1762/86).

CÁLCULO À BASE DO CARGO DE CHEFE DE GABINETE.

- Existentes antes da Lei 1591/83 ou depois da edição da Lei 1783/87, os cargos de Chefe de Gabinete não se confundem com os que a primeira dessas leis denominou de Chefe de Gabinete de Secretário de Estado. Somente estes — e não aqueles — tiveram atribuições idênticas às dos atualmente denominados Subsecretário de Estado, nos quais, aliás, se transformaram.

- Para cálculo do adicional dos "quintos", a remuneração do Subsecretário de Estado somente servirá de base se exercido o cargo homônimo, ou o homólogo chamado Chefe de Gabinete de Secretário de Estado, ou, ainda, ~~qual~~ que a lei expressamente declarar.

- No cálculo dos "quintos", a mudança do cargo de referência para outro de menor valor não representa ofensa à garantia

constitucional da irredutibilidade de vencimentos, se a base antes observada não era a correta.

Pode o Interessado que a Administração volte a pagar-lhe o adicional dos chamados "quintos" à base do cargo de Subsecretário de Estado, como foi definido na Informação nº 196/90-SRF, em agosto de 1990 (à fl. 28), e não sobre a remuneração de Chefe de Gabinete, para a qual a incidência da vantagem passou a partir de março de 1991, por orientação da SEAD (V. à fl. 13). Tal mudança, segundo alega, implicou redução de vencimento, o que constitui ofensa à garantia inscrita no inciso XV do art. 37 da Constituição Federal. Noutro passo, certidão juntada às fls. 39/40 comprova que dentre os vários cargos comissionados que desempenhou, o de maior valor, exercido por pelo menos um ano (de 28/03/79 a 15/08/82), foi o de Chefe de Gabinete.

É, sucintamente, o relatório.

A matéria destes autos não é nova, aqui. Com efeito, o tema já foi estudado por esta Procuradoria em mais de uma vez, como no Proc. nº 0531/91-PGE, concluído com o Parecer nº 022/91-PPE/PGE, da autoria do Procurador Djalma Monteiro de Almeida, assim ementado:

A possibilidade jurídica da mudança de cálculo para efeito dos "quintos" só ocorre ante a mudança do cargo ou função que originou o direito, de sorte que se o cargo pretendido não apresenta o mesmo rol de atribuições e responsabilidades do gerador do direito, impossível é a mudança.

In casu, o então Interessado, sob a alegação de que a Lei 1783/87 transformara os cargos de Chefe de Gabinete nos atuais de Subsecretário de Estado, pretendia que se passasse a calcular sobre a remuneração destes a vantagem que lhe fora concedida por ter exercido aquele. Ficou demonstrado, porém, o seguinte:

a) ao tempo desse exercício, as funções de Chefe de Gabinete não eram idênticas às de Subsecretário;

b) jamais houve, propriamente, transformação dos cargos denominados de "Chefe de Gabinete" nos de Subsecretário. Positivamente, eis o que ocorreu: em 1983, a Lei 1591 extinguiu os cargos de Subsecretário de Estado (nascidos com a Lei 1013/71), bem como os de "Chefe de Gabinete" (que coexistiam com aqueles), e criou um terceiro tipo, único, sob a denominação de "Chefe de

Gabinete de Secretário de Estado", com a incumbência, entre outras, de substituir o Secretário de Estado respectivo. Esse Chefe de Gabinete de Secretário de Estado, sim, é que, em 1987, por via do art. 4º da Lei 1783, passou a denominar-se Subsecretário de Estado, tal como na nomenclatura do período 1971/1983. (Posteriormente, a organização administrativa estadual voltou a adotar a figura do "Chefe de Gabinete", mas convivendo esta com a do Subsecretário, o que persiste até os dias correntes).

Tanto como na questão que vem de ser lembrada, tem-se que o servidor destes autos exerceu o discutido cargo fora da vigência da Lei 1591/83. Foi ele — recorde-se — "Chefe de Gabinete" (isso no período de 26/03/79 a 15/08/82, coexistindo com a Subsecretário de Estado), e não "Chefe de Gabinete de Secretário de Estado", cargo que só viria a existir em maio de 1983.

Não se trata, portanto, da hipótese concebida na conclusão de nº 04 do conhecido despacho do Dr. Procurador-Geral no Proc. 0166/87-PGE, onde foi fixado que, "no caso de o cargo ou a função indicados já não existirem com a denominação do tempo do exercício, servirá de base o cargo ou a função que possua iguais atribuições ou em que se tenha transformado". Não, indubitavelmente, e por estas duas razões: a) o cargo exercido pelo Interessado tinha **nomen** e funções idênticas aos dos atuais Chefes de Gabinete, de símbolo AD-1; b) o cargo de atribuições iguais às do Subsecretário de Estado, no qual se transformou, denominou-se "Chefe de Gabinete de Secretário de Estado".

Em sendo assim, não há como mudar-se a base de cálculo presentemente praticada em relação aos "quintos" do Requerente. Doutro modo não há como prosperar a arguição de ofensa ao mandamento constitucional da irredutibilidade de vencimentos. É que, embora se saiba que tal garantia impede a diminuição do valor formado pelo vencimento do cargo efetivo e as vantagens permanentes (como a dos "quintos"), não pode ela ser invocada quando pretendida a manutenção de uma parcela constituída com erro.

É o parecer. Submeta-se ao Dr. Procurador-Geral do Estado.

PGE - PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus, 10 de agosto de 1992.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 01371/92-PGE 06472/92-SESAU**INTERESSADO: JOSÉ DAS NEVES PEREIRA DA ROCHA****ASSUNTO: PEDIDO DE RESTAURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE "QUINTOS".****DESPACHO:**

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o PARECER Nº 035/92, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, o qual, ao analisar o pedido do Interessado, concluiu que o cargo comissionado de Chefe de Gabinete que exerceu tinha as mesmas funções dos atuais cargos de Chefe de Gabinete, símbolo AD-1, funções puramente de assessoramento e, portanto, não se assemelhava às atribuições executivas de direção de Subsecretário de Estado, substituto eventual do Secretário de Estado, como o foi, em determinado período, o denominado cargo de "Chefe de Gabinete de Secretário de Estado", o que não é o caso dos autos, como ficou bem demonstrado.

Isto posto, DEVOLVA-SE o Processo à SESAU para proceder conforme a orientação do sobredito Parecer, tendo como base de cálculo da vantagem pessoal do Requerente a remuneração do Cargo de Chefe de Gabinete - AD-1.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 18 de agosto de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01271/93-PGE (5247/93-4-SPT-SEAD)

ASSUNTO: Pedido de contagem em dobro de oito períodos de férias não-gozadas, para aposentadoria.

INTERESSADO: Hélio dos Santos Rocha

PARECER Nº 046/93-PPE/PGE

FÉRIAS NÃO-GOZADAS. ACÚMULO A PARTIR DE TRÊS PERÍODOS. LEI 1.109/73 E ARTS. 58 E 63 DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS DO ESTADO.

— A Lei 1.109/73 não foi revogada pelo E.F. de 1986, pois as disposições desta sobre tempo de serviço computável em dobro para aposentadoria (art. 58, II e V) não são incompatíveis com o cômputo de férias acumuladas. Entendimento que se formula à base dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

— Se a acumulação de períodos de férias não autoriza o acúmulo dos correspondentes adicionais, que serão pagos "obedecendo rigorosamente a escala antes estabelecida" (§ 2º do art. 63 do E.F.), o servidor que os percebeu não perderá, só por isso, o direito à contagem deferida pela Lei 1.109.

— Não são de contar-se para efeito de aposentadoria os três períodos de férias mais recentemente vencidos, se o servidor ainda pode desfrutá-los (conf. **caput** e § 3º

do art. 63 do E.F.).

Sob a alegação de que deixou de desfrutar oito períodos de férias "por imperiosa necessidade do serviço", pede o interessado que sejam elas contados em dobro, para fins de aposentaria, conforme assegura o art. 1º da Lei 1.109/73. Como prova da assertiva, anexa certidão que, a um só tempo, enumera tais períodos e registra que a acumulação se deu pelo motivo alegado (à fl. 03). Essa nota também consta da cópia de ficha funcional que igualmente junta, consoante visto às fls. 09, 10, 11 e 12.

Em tramitação na SEAD, o pedido é examinado pela Consultoria Geral dos Sistemas, que lhe dá parecer favorável. Remetido o processo ao Gabinete, a Sra. Secretária solicita, entretanto, a manifestação da PGE acerca destas duas indagações: 1 - ainda vige a invocada Lei 1.109, se a Lei 1.762/86 (posterior, por óbvio), em tema de contagem de tempo em dobro para fins de inativação, autoriza apenas a do serviço ativo nas Forças Armadas em operação de guerra e do período de licença especial não-gozada?; 2 - vigente o mencionado diploma de 1973, pode a aludida contagem ser feita na hipótese de o funcionário ter recebido o adicional de férias?

É o relatório. Passe ao exame.

Para responder com melhor embasamento à primeira questão, imprescindível é que sejam relidos, já e aqui, os textos do aludido dispositivo da Lei 1.109 e das normas da 1.762 (o Estatuto dos Funcionários) que falam de cômputo dobrado de tempo de serviço. Então, pela ordem:

— **Lei 1.109/73:**

Art. 1º - Fica assegurado ao servidor, a **contagem em dobro das férias não gozadas**, para fins de aposentadoria.

§ 1º - Somente gozará do benefício a que alude este artigo, o servidor que, **por imperiosa necessidade do serviço, acumular, no mínimo, três períodos de férias.**

§ 2º - Deverão ser registrados nos assentamentos funcionais do servidor, para os fins desta lei, os períodos de férias acumulados, com a devida justificativa, (Grifei).

.....

— **Lei 1.762/86:**

Art. 58 - Para efeito de aposentadoria, disponibilidade e adicional, será computado integralmente:

.....
 II - O tempo de serviço ativo nas Forças Armadas prestado durante a paz, computado em dobro quando em operação de guerra;

.....
 V - O tempo de licença especial não gozada, contada em dobro.

Comparadas as disposições transcritas, parece-me restar claro o entendimento de que a edição da Lei 1.762 não operou — pelos menos através do art. 58 — a revogação tácita da discutida 1.109 por mencionar somente o tempo de serviço público em atividade bélica e a licença especial não-gozada como computáveis em dobro. É que essas duas hipóteses, sendo de natureza diferente da que constitui o objeto da 1.109, podem com esta coexistir harmonicamente. Se estou em erro, erro com a Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece:

Art. 2º (Omissis)

.....
 § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Obtida tal resposta, penso, contudo, que outra questão pode ainda ser formulada a respeito: e o dispositivo do E. F. que trata especificamente do acúmulo de período de férias teria — por sua vez — também deixado incólume a vintenária lei aqui em debate? Vejamos o que ele diz:

Art. 63 - Poderão ser acumulados até três períodos de férias, por imperiosa necessidade do serviço, declarada por escrito pelo chefe imediato do funcionário (Omissis).

§ 1º - A declaração constante do "caput" deste artigo será formulada até dez dias antes da data prevista para início do gozo de férias.

§ 2º - A acumulação de períodos de férias não autoriza a acumulação do valor das férias anuais remuneradas a que se refere o "caput" do artigo anterior, que será pago obedecendo rigorosamente a escala de férias antes estabelecida. (Redação dada pelo art. 10 da Lei 1.897/89).

§ 3º - O período de férias acumuladas com base neste artigo será incluído na escala do ano seguinte, imediatamente após o período normal. (Gg. nn.).

Ora, sem ignorar a possibilidade de a alguém parecer que são conflitantes entre si, tenho que, em verdade, o art. 1º da 1.109 e o 63 da 1.762 não se repelem. Com efeito, se este só permite o acúmulo máximo de três períodos para efeito de gozo, aquele assegura o cômputo dobrado das férias acumuladas em quantidades igual, a tal número, no mínimo. O primeiro dispositivo, pois, tem a função de evitar que — na hipótese de ser obstado por mais de três anos de afastar-se do trabalho "por imperiosa necessidade do serviço" — o servidor sofra dupla perda: além do sacrifício de passar todo aquele tempo sem férias (o que é fato rotineiro na Administração Pública), ainda ver se esfumarem, sem qualquer compensação, os períodos que excederem do limite que a norma estatutária permite para desfrute.

Assim, lembrado de que, na forma do § 1º do art. 2º da já citada Lei de Introdução ao CCB, a norma posterior só revoga a precedente

quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior,

tenho que o art. 63 do E.F. também não malferiu a Lei 1.109. Está esta, então, perfeitamente vigente, em suma.

Relativamente à segunda indagação — que questiona a aplicabilidade da Lei 1.109 quando o funcionário recebeu o agora denominado adicional de férias —, penso estar a resposta, basicamente, na nova redação do § 2º do art. 63 do Estatuto. É que o texto reformulado pela Lei 1.897/89, depois de fixar que a acumulação de períodos não autoriza o acúmulo dos valores respectivos, determina que o terço devido "será pago obedecendo rigorosamente a escala de férias antes estabelecida". Então, se a Lei

manda pagar o adicional independente do desfrute das férias e se os períodos acumulados poderão ser desfrutados quando até três, não vejo por que negar-se ao servidor o direito de serem contados em dobro os períodos que se tornaram indesfrutáveis por excederem de tal número.

Não há dúvida, o propósito da legislação é que o servidor não deixe de cumprir o repouso anual. Para lembrar a conhecida doutrina, o descanso das férias constitui um direito em relação ao funcionário, sendo sua concessão um dever da Administração. Mas é essa mesma Administração que, em casos como o presente, acaba por consentir na acumulação de períodos em quantidade superior ao limite do art. 63 do Estatuto. Não é por menos que ela propôs ao legislador compensações tal qual a materializada na Lei 1.109. Isso é fato, e o Direito não pode ignorar fatos, como fato é o que deu origem a este processo.

Solvida dessa forma a segunda e última das questões formuladas, opino, afinal, no sentido de que se defira o pleito, mas não *in totum*: uma vez que o citado art. 63 permite o gozo de até três períodos de férias quando acumulados "por imperiosa necessidade do serviço" (como registrado no documento às fls. 09, 10, 11 e 12), entendo que devem ser contados em dobro somente os períodos vencidos até 1990.

Noutro passo, sugiro ao Sr. Procurador-Geral — consoante me autoriza a Lei 1.639/83 — que recomende à SEAD a responsabilização dos órgãos setoriais de pessoal que descumprirem o disposto nos §§ 1º e 3º do art. 63 do Estatuto dos Funcionários.

É o meu parecer.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus(AM), 10 de dezembro de 1993.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 01271/93-PGE (5247/93-4-SPT-SEAD)**INTERESSADO: HÉLIO DOS SANTOS ROCHA****ASSUNTO: PEDIDO DE CONTAGEM EM DOBRO DE OITO PERÍODOS DE FÉRIAS NÃO GOZADAS, PARA APOSENTADORIA****DESPACHO:**

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o PARECER Nº 046/93, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, da lavra do ilustre Procurador-Chefe Dr. Frânio Lima, o qual conclui pela viabilidade e legalidade da contagem em dobro das férias acumuladas, por imperiosa necessidade do serviço, devidamente declarada e registrada nos assentamentos funcionais do servidor, sem implicar, em nenhum caso, perda do pagamento das férias, obedecendo rigorosamente a respectiva escala estabelecida.

No entanto, opina que se defira o pleito não integralmente, uma vez que o citado art. 63, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado permite o gozo de até três períodos de férias quando acumulados por necessidade imperiosa do serviço, de modo que sejam contados em dobro somente os períodos vencidos até 1990, enquanto os três períodos de férias mais recentemente completados não devem ser computados duplamente pois o servidor ainda pode desfrutá-los, conforme prevê o **caput** do art. 63 e § 3º do E.F.

Finalmente, aprovo a recomendação contida no Parecer acima referenciado, no sentido de que a Secretaria de Estado da Administração advirta os órgãos setoriais de pessoal das Secretarias de Estado quanto à respectiva responsabilização do descumprimento do disposto nos §§ 1º e 3º do art. 63, do Estatuto dos Funcionários.

ENCAMINHE-SE, pois, o Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus, 22 de dezembro de 1993.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01043/93-PGE (113/93-DPE - 1581/93-1-SEAD)

INTERESSADO: NATANAEL BENTO RODRIGUES

ASSUNTO: Concessão da vantagem dos "quintos", com cálculo sobre os subsídios de deputado estadual. Pedido baseado no art. 5º da Lei 2.016/91.

PARECER Nº 043/93-PPE/PGE

LEI PROMULGADA PELO LEGISLATIVO POR REJEIÇÃO DE VETO QUE A CONSIDEROU INCONSTITUCIONAL.

— Deve o Executivo negar cumprimento a texto legal que o Legislativo promulgou após rejeitar o veto aposto por inconstitucionalidade. É que permanece inconstitucional o que assim nasceu.

— O descumprimento de lei inconstitucional não implica ato ilegal, antes, corresponde a cumprimento da Constituição.

— É de ser atacado por ação direta, pela via do art. 72, I, f, da Constituição do Estado — e pela autoridade indicada no inciso I do § 1º do art. 75 da mesma C.E. —, o texto de lei estadual que o Executivo considere inconstitucional.

Servidor aposentado no cargo de Advogado de Ofício em 1983, o Peticionário pretende, por este processo, a concessão da vantagem dos "quintos" (art. 82 da Lei 1.762/86), com cálculo sobre os subsídios de deputado estadual. O pedido, fundado no art. 5º da

Lei 2.016/91 — dispositivo cuja vigência decorre de promulgação verificada nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 36 da Constituição do Estado —, foi apresentado à Defensoria Pública, que, sem examiná-lo, o encaminhou à apreciação da Secretaria da Administração (fl. 08). Recebendo-o aí, a Consultoria Geral dos Sistemas, por ver no processo "matéria jurídica de alta indagação", sugeriu sua remessa à PGE. Então, o feito veio à Procuradoria.

É desfalcado do "parecer conclusivo" de que fala o parágrafo único do art. 17 da Lei 1.639/93, portanto, que os autos chegam a esta PPE. A despeito disso, vou adiante, pois encontro neles questão estranha ao mérito que deve ser suscitada desde logo: a inconstitucionalidade mesma da lei em que o pleito se apóia.

Com efeito, o aludido art. 5º — resultante de emenda formulada por um deputado a projeto-de-lei do Executivo destinado a organizar o Quadro de Pessoal Civil da Polícia Militar — fora vetado pelo Governador do Estado por inconstitucional, conforme as razões publicadas às págs. 02 e 03 do D. O. de 03 de janeiro/91. É que tal adição legislativa, ao permitir, em suma, o aproveitamento de cargo parlamentar exercido por servidor público para o cálculo do benefício do art. 82 do Estatuto dos Funcionários, acabava por ferir a alínea d do inciso XVII do art. 109 da Constituição Estadual, pois esse dispositivo apenas autoriza contar como **tempo de serviço** o afastamento do funcionário para o desempenho do mandato eletivo. Demais disso, ferido também ficava o art. 34, I, da mesma C.E., o qual não admite emendas que aumentem a despesa nos projetos de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, como o do caso.

Apesar da inconstitucionalidade argüida, o Poder Legislativo rejeitou o veto e, depois, com base no § 6º do art. 36 da Carta do Estado, seu Presidente promulgou a disposição, que o Requerente agora invoca em favor do pedido.

É inquestionável, o Governador, ao exercer o seu poder de veto, fá-lo por considerar o projeto, "no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público" (§ 1º do art. 36 da C.E.). À sua vez, pode a Assembléia rejeitar a desaprovação governamental e, por fim, o Presidente dela promulgar o texto antes vetado, se a autoridade executiva não o fizer (§§ 5º e 6º do mesmo art. 36). In casu, portanto, os dois Poderes agiram consoante a Lei Máxima do Estado. Todavia, na hipótese de real inconstitucionalidade, não há como dar-se à que elimina o pecado original. Em verdade, em verdade, permanecerá inconstitucional o que assim nasceu. Sustentável, então, a argüição que fundou o veto depois derrubado, deve o Executivo procurar banir da ordem legal o dispositivo,

buscando junto ao Judiciário a declaração competente.

Na espécie em exame, se a alguém puder parecer discutível a agressão ao disposto na alínea d do inciso XVII do art. 109 da C.E., bastará a outra alegação — o ferimento do art. 34, I, da mesma Carta — para convencer da inconstitucionalidade do indigitado art. 5º da Lei 2.016. Veja-se, por oportuno, o que estabelece tal norma:

Art. 34 - Não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvado o disposto no art. 158, §§ 3º e 4º, desta Constituição.

Ora, que a emenda originadora do referido art. 5º aumentou a despesa do Estado, não há dúvida (por ela, criou-se mais uma hipótese de incidência de uma vantagem do funcionalismo); ora, que o projeto emendado era daqueles que só podem ser apresentados pelo Governador, menos duvidoso é (dispunha ele sobre criação de cargos na Administração e regime jurídico de servidores, daí ser de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, conforme o § 1º, II, a e c, do art. 33 da C.E.).

Diante do exposto, estou em que deve o Poder Executivo negar cumprimento ao art. 5º da Lei 2.016, de 03 de janeiro de 1991, promulgado pelo Presidente da Assembléia Legislativa a 14 de agosto de igual ano (D.O. nº 27.292, de 09 de setembro seguinte), sem prejuízo da propositura da correspondente ação direta de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça, nos termos do inciso I, f, do art. 72 da Constituição do Estado.

Ao propósito, não cabe discussão quanto ao Executivo poder recusar-se a cumprir a lei estadual que considere inconstitucional. Nesse sentido, por exemplo, é recentíssima decisão da Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, tomada no Recurso Especial nº 23.121-1-60, conforme se vê da parte genérica da ementa (conquanto o feito trate de ato normativo) a seguir transcrita:

LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO - NEGATIVA DE EFICÁCIA.
O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional. (In "Diário da Justiça" de 08 de novembro/93, Seção I, pág. 23.521 - Grifos não do original).

Aliás, vem de longe — e de boa fonte — esse entendimento. Com efeito, em 1965, nos autos do Processo P. R. nº 6.245, Mestre ADROALDO MESQUITA DA COSTA, então Consultor-Geral da República, já o esposava, afirmando:

— A tese de que o Poder Executivo pode e deve negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais é francamente vitoriosa. (Parecer in RDA 82, Out/Dez-65, págs. 359/364).

Por coincidência, essa manifestação do eminente jurista se deu em feito no qual o texto legal atacado decorria de emendas parlamentares que aumentavam as despesas previstas no projeto do Executivo de nº 06/64 (donde se originou a Lei 4.449/64), sobre cargos e vencimentos na área do Ministério da Viação e Obras Públicas. O respeitável Consultor propôs, então, que o Executivo negasse cumprimento aos dispositivos que acusara de ofensa à Constituição, independentemente da representação judicial devida.

Registre-se que, ao defender a tese da negativa de execução dos textos contrários à Lei Máxima, ADROALDO — não obstante a sua própria autoridade intelectual — fez questão de invocar o apoio de outros luminares. Assim, em seu favor chamou juristas da estatura de HELY LOPES MEIRELLES, CAIO TÁCITO (que, à sua vez, se esteara em NÉLSON HUNGRIA e CÂNDIDO MOTA) e PEDRO CHAVES. Do insigne HELY, a propósito, destacou ele esta lição, encontrada no "Direito Municipal Brasileiro", vol. II, págs. 514/515):

"Os Estados de Direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isto significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o desta e não o daquela, que lhe é subordinada. **Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição**". (Grifei).

Ao fim e ao termo, pois e agora com esses abonos, reitero a opinião de que o Poder Executivo não deve dar cumprimento ao art. 5º da Lei 2.016/91 e sugiro ao Sr. Procurador-Geral que recomende ao Senhor Governador o ajuizamento da ação que o § 1º, I, do art. 75 da Constituição Estadual lhe faculta.

À consideração do Sr. Procurador-Geral.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus(AM), 19 de novembro de 1993.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

DESPACHO:

1. APROVO, por seus jurídicos fundamentos o bem lançado PARECER nº 043/93-PPE/PGE, da Lavra do ilustre e zeloso Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário Dr. Frânio Lima.

Assim e nada tendo a acrescentar à citada manifestação, ordeno à devolução deste Processo à SEAD, de onde se origina.

2. Oficie-se ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, recomendando-lhe a promoção da ADIN contra a disposição do art. 5º da Lei nº 2.016, de 03.01.91, promulgada pelo Legislativo Estadual contra o veto a ele apostado, oportunamente, pelo Chefe do Poder Executivo.

Providencie-se.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 01 de dezembro de 1993.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 00698/92-PGE**ASSUNTO: AVISO EXTRAJUDICIAL DE COBRANÇA DE IMPOSTO DE RENDA LANÇADO EM FORMULÁRIOS DE DCTF.****INTERESSADO: ESTADO DO AMAZONAS - SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E CULTURA - SEDUC.****PARECER Nº 001/92 - PROFIS/PGE**

IR retido pelo Estado.

Lançamento obrigatória em Declaração de Contribuições e Tributos Federais — DCTF. Recolhimento obrigatório do IR retido aos cofres públicos federais. Regência ao caso, da Carta Política Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/69. Cobrança procedente.

Tratam os autos de Aviso de cobrança extrajudicial de débito relativo a Imposto de Renda de trabalho assalariado lançado em Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF, pela Secretaria do Estado da Educação e Cultura - SEDUC - Unidade Educacional Centro I, no exercício fiscal de 1987.

Para melhor conhecer a origem do débito, foi solicitado o processo administrativo instaurado junto à Delegada da Receita Federal, sob o nº 212 9200006-98, do qual constam Declarações de Contribuições e Tributos Federais, Demonstrativo dos débitos referentes aos meses de janeiro e fevereiro, abril a junho e agosto a dezembro de 1987, apontando, mês a mês o valor do imposto cobrado perfazendo um total de Cr\$ 721.350,00 hoje convertido em 12.271, 23 UFIR, a título de obrigação principal, acrescida de

8.911,55 UFIR aplicáveis para juros e encargo, caso o débito fosse pago em cota única, vencida em 30.04.92.

Ainda constante do processo nº 2129000006-89 as Declarações de Contribuições e Tributos Federais - DCTF, relativas às retenções de IR incidente sobre os rendimentos do trabalho assalariado, devidamente subscritas pelo agente público responsável pela chefia do Setor de Administração da Unidade Educacional Centro I, acordando que o teor das referidas DCTF constitui confissão de dívida, nos termos do artigo 5º do Decreto nº 2124/80.

Vieram também nos autos, Termo de Inscrição da Dívida da União, emitido em 18/2/92, e anexos, indicando um débito de Cz\$ 721.750,00, com transformação em cruzeiros para Cr\$ 13.261,11, valor este original, sujeito aos acréscimos e encargos previstos na legislação pertinente.

Com o fito de conhecer-se o documentário de que se serviu a funcionária subscritora das referidas DCTF, foi solicitada diligência para levantamento desse material bem como oitiva da responsável pelo Setor de Administração da Unidade Educacional Centro I, da SEDUC, para constatação de que os débitos ora cobrados referem-se às retenções de IR incidente sobre o trabalho assalariado dos funcionários daquela Unidade Educacional Centro I, registrado nas fichas financeiras de cada um, mês a mês, conforme determina a legislação reguladora desse tributo federal.

Informo que a funcionária subscritora das DCTF compareceu àquela Unidade Centro I e forneceu cópias dos documentos relativos ao caso, arquivados no setor próprio, ora acostados aos autos às fls. A referida funcionária declarou, verbalmente, que tão-somente elaborava os documentos fiscais - DCTF - e que enviava cópias dos mesmos para a SEDUC para recolhimento, em guia DARF, do débito apurado mensalmente. Não é sabido se houve recolhimento pelo Estado para cumprir as obrigações apuradas.

Cotejando os documentos emitidos e a legislação invocada em fundamentação ao débito cobrado, forçoso concluir-se que procede o lançamento fiscal do IR efetivado nas Declarações de Contribuições de Tributos Federais.

O tributo federal exigido refere-se ao exercício fiscal de 1987, portanto rege-se pela Carta Política Federal de 1967 com a Emenda Constitucional de 1969, que em seu artigo 23 assim expressava:

"Art. 23 -

§ 1º - Pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto a que se refere o ítem IV do artigo 21, incidente sobre rendimento do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo".

Para explicitar, o imposto sob referência no supratranscrito artigo, constante do inciso IV do artigo 21, é o imposto incidente sobre rendas e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custos e diárias pagas pelos cofres públicos, na forma da lei. Dito IR tinha retenções e recolhimento determinados ao empregador, pessoa jurídica pública ou privada estando incluso, para cumprimento dessa obrigação tributária, o Estado do Amazonas.

Sabe-se que, do produto da arrecadação do IR retido, participavam os Estados da Federação, consoante disciplinava o artigo 25 da CF:

"Art. 25 - Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do artigo 21, a União distribuirá vinte e quatro por cento na forma seguintes:

I - 14% (quatorze por cento) ao Fundo de Participações dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;"

II -
.....
.....

Por outro lado, para que os Estados usufruissem do percentual estipulado, assim estabelecia a CF de 67, no artigo 25 parágrafo 3º, in verbis:

"Art. 25 -

§ 3º - A transferência dos recursos dependerá de recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de administração indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia".

Como se vê, os Estados estavam obrigados a reter o IR

incidente sobre o trabalho assalariado e a promover o seu recolhimento. Cumpridas essas obrigações, o repasse do percentual a que faziam jus no Fundo de Participação dos Estados dar-se-ia na forma dos regramentos específicos.

Por Instrução Normativa de nº 129, de 19.11.86, da Secretaria da Receita Federal foi instituída a Declaração de Contribuições Federais - ECTF - e estabelecidas as normas para adoção do referido documento fiscal.

No item 3 da IN nº 129/86-SRF, ficou estabelecido que a DCTF seria utilizada pelos contribuintes referidos no item I do Anexo III, para prestar mensalmente informações relativas à obrigação principal de tributos e/ou contribuições federais cujos fatos geradores viessem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1987.

Em contrapartida, o item I do Anexo III, da IN nº 129/86 no título QUEM DEVE APRESENTAR A DCTF inclui entre os contribuintes sujeitos ao cumprimento desta obrigação acessória as pessoas jurídicas, não distinguindo entre pública e privada. Daí concluir-se que o Estado do Amazonas obrigou-se ao atendimento dessa regra.

Assim, o setor próprio da Unidade Educacional Centro I passou a elaborar DCTF, no ano de 1987, inexistindo nos autos, DCTF pertinentes aos meses de março e julho/87.

Provada está a obrigação do Estado do Amazonas em reter o IR sobre trabalho assalariado segundo o procedimento estabelecido na IN nº 129/86-SRF. Esclareça-se, por oportuno, que tais Declarações de Contribuintes e Tributos Federais constituem confissão de dívida na forma do artigo 5º do Decreto-Lei nº 2124/84, em anexo.

A IN nº 129/86, na Seção Anexo VI, das Instruções para pagamento/recolhimento das Contribuições e Tributos declarados na DCTF, no item 1, especifica os efeitos da Confissão de Dívida. Referida IN nº 129/86 disciplina procedimento para recolhimento do IR retido, indicando a DARF, guia hábil para o caso.

Por fim, estando o crédito tributário de IR lançado e confessado através das Declarações de Contribuintes e Tributos Federais, por força do artigo 174, IV, da lei nº 5172/66, está a salvaguarda dos efeitos da prescrição, como se pode inferir na transcrição a seguir:

"Art. 174 - A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua contribuição definitiva.

Parágrafo Único - A prestação se interrompe:

I -
.....
.....
.....
.....
IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que **importem em reconhecimento do débito pelo devedor**". (grifado)

À vista do exposto, corroborado com as regras constitucionais invocadas e com aquelas específicas ao Imposto de Renda, em anexo, concluo pela procedência da legalidade da cobrança extrajudicial efetivada pela Fazenda Nacional contra o Estado do Amazonas, submetendo este parecer à análise do douto Procurador-Chefe desta especializada, recomendando-se que seja obtida informação acerca da existência de qualquer recolhimento de IR, no exercício de 1987.

É o parecer.
s.m.j.

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 00698/92-PGE
ASSUNTO: COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO FEDERAL (IR).
INTERESSADO: ESTADO DO AMAZONAS (SEDUC)

DESPACHO

Encaminhe-se à consideração final do Senhor Procurador-Geral do Estado, o anexo parecer nº 001/92-PROFIS, que aprovo.

Com efeito, a quando da vigência da Carta de 67, com Emenda nº 1/69, o Estado membro figurava como contribuinte substituto na exata medida em que lhe competia arrecadar o imposto de renda retido na fonte de trabalho assalariado e recolher à Receita Federal.

Ora, como o débito reclamado neste processo tem fato gerador anterior à promulgação da Carta de 1988, que mudou a sistemática de repasse do imposto de renda aos Estados (arts. 157

e § 1º), pertinente é o recolhimento do valor que o Estado reteve na fonte do contribuinte substituído.

Aqui chegados, se não se operou o repasse à União, no momento oportuno, recomenda-se que o Estado faça, agora.

Por isso, o processo deverá ser encaminhado à SEDUC para, de duas, uma: a) precisar se o valor retido foi recolhido; b) do contrário, promover o recolhimento.

Se tal não ocorrer, a União deverá executar o Estado, o que, aliás, não é nada recomendável.

PROFIS, em 14.06.93.

ELSON ANDRADE
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 00698/92-PGE

ASSUNTO: Cobrança de Crédito Tributário Federal (IR).

INTERESSADO: Estado do Amazonas/SEDUC

DESPACHO:

Na conformidade das conclusões do Parecer da Procuradoria Fiscal/PGE, bem como da manifestação de seu Procurador-Chefe, ENCAMINHE-SE o presente Processo ao Exmo. Sr. Secretário da Educação para, no caso em apreço, determinar a adoção das seguintes providências: a) precisar se os valores retidos foram regularmente recolhidos à Receita Federal; b) se a hipótese não tiver sido positiva, é de se promover, pois, o recolhimento, entabulando composição com a Receita, com vistas a evitar a execução fiscal em iminência.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à SEDUC.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 02 de junho de 1992.

VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01642/92-PGE**ASSUNTO: INTERPRETAÇÃO DO ART. 163, § 1º, III DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.****INTERESSADO: SECRETARIA DA ECONOMIA, FAZENDA E TURISMO - SEFAZ****PARECER Nº 003/92 - PROFIS/PGE**

EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO VIA ANISTIA - INAPLICABILIDADE - ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS LIGADAS À TRIBUTAÇÃO - INFORMAÇÃO E ORIENTAÇÃO DO CONTRIBUINTE SOBRE AS EXIGÊNCIAS LEGAIS E A FORMA DE CUMPRÍ-LAS ADEQUADAMENTE.

A Secretaria de Estado da Economia, Fazenda e Turismo - SEFAZ, encaminhou à esta PGE Ofício nº 1053/92-GSEFAZ para submeter a exame o Parecer nº DV 143/92-NPALT/CTI que manifestou preocupação sobre o entendimento que os contribuintes, vem emprestando ao disposto no artigo 163, § 1º, III da Constituição do Estado do Amazonas.

Preambularmente, penso conveniente com o escopo de orientar o exame da matéria, que espanquemos, desde logo, exegese esposada por contribuintes - segundo notícia a consulente - de que o artigo 163, § 1º, III da Constituição do Estado do Amazonas contempla estranha hipótese de exclusão do crédito tributário da Fazenda Pública Estadual.

Falemos, então, uma palavra sobre exclusão do crédito tributário, nos termos previstos no art. 175, II do Código Tributário Nacional.

O Instituto de Anistia, já faz algum tempo, tem seus pressupostos claramente assentados no Direito Tributário, na Doutrina e Jurisprudência de modo a não suscitar a mais mínima dúvida quanto sua aplicabilidade e alcance.

Aprofundando, entretanto, a questão, sem a minúcia e rigor científico que "IN CASU" afigura-se-nos dispensável, podemos dizer que anistia é o perdão, o esquecimento da Infração punível, deixando-o anistiado de receber a penalidade imposta pelo Fisco, mediante lei, que abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concedeu, desaparecendo, "ex vi legis", o evento punível.

Acentue-se, por oportuno, que a anistia não tem aplicação aos atos qualificados em lei como crime ou contravenções e os que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiros em benefício daquele. A anistia, portanto, se reduz, praticamente, a casos de falta do pagamento ou impontualidade no adimplemento da obrigação tributária ou penalidade.

Assim, impende salientar, de pronto, que o benefício fiscal em tela, muito ao contrário do que advogam os contribuintes, nunca esteve compreendido nas hipóteses de exclusão do crédito tributário.

Efetivamente, em análise, até mesmo de cunho perfunctório, podemos afirmar, sem exata dúvida, que nada há no dispositivo apontado (163, § 1º, III da Constituição Estadual) que possa sinalizar, nem de longe, com o instituto de anistia, pela singela razão de que a anistia exige para sua eficácia e validade ato legislativo próprio, isto é lei material e formalmente elaborada.

Afastado o equívoco, analisemos, agora, o real sentido que dimana da norma constitucional amazonense.

Parece-nos, que o legislador Constituinte Estadual, ao erigir em sede constitucional que a fiscalização, na primeira operação será sempre de orientação e esclarecimento, teve por mira, certamente, o fato de que o direito, consoante lição do mestre Bernardo Ribeiro Moraes, precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e individual, submetendo as relações da vida às prescrições da lei. Muitas vezes, a clareza a precisão dos textos legais, permitem o fácil enquadramento do caso concreto na norma jurídica adequada todavia, nem sempre é assim. Padece a lei escrita da contigência humana, fazendo com que a previsibilidade do legislador seja falha diante da variabilidade das circunstâncias, dos fatos sociais e econômicos, e da pessoa que deve respeitar a lei.

Tal compreensão, revela conhecimento da nova

mentalidade existente nos Estados Democráticos de Direito, onde a administração tributária, mantém e amplia um permanente diálogo com os demais órgãos, com entidade de classe e com os diversos setores da comunidade, notadamente com os contribuintes e responsáveis, tudo isso, com o propósito de criar uma nova concepção na população, dando-lhe a idéia do tributo como dever cívico.

Com base nesse conceito, o Fisco Estadual, vem utilizando o jornal, o rádio, os correios, a televisão, palestras, reuniões, cursos, seminários, e divulgando sistematicamente a legislação tributária (coletâneas, boletins, revistas, publicações-esparsas e manuais de orientação), objetivando a autoridade administrativa, com esse tipo de atividade orientar, informar e motivar adequadamente o contribuinte sobre as exigências legais e a forma de cumpri-las nos moldes estabelecidos em lei.

Nessa linha de raciocínio, não se pode relegar para um segundo plano a função exercida pelos próprios Fiscais no relacionamento com os contribuintes pois, é precisamente nesse ponto que reside a controvérsia suscitada pela consulente, em face da recomendação ensartada na norma constitucional em foco, que reflete com profunda fidelidade a preocupação com um salutar relacionamento entre o fisco e o contribuinte.

Ora, aqui chegados, parece-nos elementar e de simplicidade franciscana que a idéia-força contida no dispositivo constitucional retro aludido não tem outro objetivo, senão o de harmonizar os direitos da Fazenda e os do contribuinte, isso não significa dizer que, ao fiscal, na primeira operação, é defeso autuar o contribuinte quando flagrado violando lei tributária, pois se assim fosse, estaríamos relegando ao oblivio o princípio de legalidade tributária, segundo o qual não há infração tributária sem prévia lei que tipifique (define o tipo) a conduta antijurídica (infração tributária) e fixe a respectiva pena ou seja a sanção em razão de ato ilícito.

É o parecer

S. M. J.

Manaus, 08 de outubro de 1992

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 01642/92-PGE**ASSUNTO:** Eficácia e alcance do art. 163 da CE**INTERESSADO:** SEFAZ**DESPACHO:**

EMENTA: Intervenção do Estado federado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Eficácia, alcance e finalidade do art. 163, § 1º, III, da CE. Por inteiro o art. 163 revela norma aberta de eficácia limitada, programática e condicionada, cuja aplicabilidade depende, inescusavelmente, de ato de realização do comando constitucional. Ruptura da ordem jurídica pela promulgação de nova carta (1988). Princípio da recepção. Aplicabilidade da legislação anterior compatível com a nova ordem constitucional. Limites do constituinte derivado. Desoneração fiscal: inconstitucionalidade formal e material. Descaracterização dos tipos penais previstos na Lei nº 8137/90: Impossibilidade.

A Chefia do Núcleo de Programação e Aplicação da Legislação Tributária da SEFAZ, à constatação de que contribuintes sob fiscalização, ou não, estão solicitando "os benefícios" do art. 163, § 1º, III, da Constituição Estadual, sugeriu e a Secretaria de Estado da Economia, Fazenda e Turismo provocou a audiência do Órgão Superior de Assessoramento Jurídico do Estado - PGE, com vistas a que seja desenhado o perfil, o alcance o escopo teleológico do art. 163 da CE, em face dos próprios elementos contenciosos que nele se expressam.

A questão sobre que versa o processo já mereceu a precisa apreciação do Dr. Paulo Carvalho, o qual, através do Parecer nº 003/92-PROFIS/PGE, que aprovo, deixou assentado dois pontos básicos da inquietação posta a exame: um, no sentido de que o conteúdo do prefalado art. 163, § 1º, III, da CE, não se compadece com nenhuma das formas de exclusão do crédito tributário; dois, na direção de que

a administração tributária, revelando alto espírito democrático e respeitoso com o contribuinte, "mantém e amplia um permanente diálogo com os demais órgãos, com entidade de classe e com os diversos setores da comunidade, notadamente com os contribuintes e responsáveis, tudo isso com o propósito de criar uma nova concepção da população, dando-lhe a idéia do tributo como dever cívico.

Com base nesse conceito, o Fisco Estadual, vem utilizando o jornal, o rádio, os correios, a televisão, palestras, reuniões, cursos, seminários, e divulgando sistematicamente a legislação tributária (coletâneas, boletins, revistas, publicações esparsas e manuais de orientação), objetivando a autoridade administrativa, com esse tipo de atividade orientar, informar e motivar adequadamente o contribuinte sobre as exigências legais e a forma de cumprí-las nos moldes estabelecidos em lei".

Numa palavra, a sensata e sistemática atuação do Fisco é no sentido de, em orientando o contribuinte, evitar o elemento surpresa ou o deliberado propósito de autuá-lo, mas o de orientá-lo, educá-lo, estimulá-lo a não só cumprir a legislação tributária, mas ainda e fundamentalmente para induzi-lo a cumprir o seu dever ético-cívico-jurídico de, enquanto cidadão, satisfazer suas obrigações financeiras perante o Estado, sem cujos recursos não poderá prover a satisfação social a que lhe incumbe por delegação consentida e espontânea de cada cidadão e de todos juntos.

Bem, em conformidade com o art. 174 da LEI MAIOR, a Constituição do Estado do Amazonas, no seu art. 163, desenhou diretrizes da intervenção do Estado sobre a atividade econômica no pertinente à orientação, à fiscalização, à indução, à promoção de incentivos e planejamento, sendo este último de caráter meramente indicativo para o setor privado.

É que o Estado de direito social, conquanto reconheça e assegure a propriedade privada e a livre iniciativa, aliás ínsito ao modelo capitalista, estabelece restrições ao exercício de condutas econômicas eventualmente danosas à sociedade, conformando-as ao bem-estar comum, portanto, reprimindo toda e qualquer atividade de natureza anti-social da iniciativa privada.

Enfim, o Estado de direito social garante e estimula o direito de a iniciativa privada ser a promotora do desenvolvimento econômico, mas limita o eventual exercício danoso desse direito, com vistas a compatibilizar o crescimento econômico com o consequente desenvolvimento econômico e social.

Foi com essa superior compreensão, não há dúvidas e

espancar, que o constituinte caboclo derivado arquitetou o art. 163 da nossa Carta Política, assim:

"Como agentes normativos e reguladores da atividade econômica, o Estado e os Municípios **exercerão**, na forma da lei, as funções de orientação, fiscalização, promoção, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

Para, no § 1º, complementar:

"A fiscalização que, na primeira operação será sempre de orientação e esclarecimento. **observará** com prioridade:

I - omissis

.....
III - cumprimento da legislação tributária.

Demarcado o caráter filosófico e teleológico do art. 163 da CE, passa-se ao estudo da natureza desse preceito e a interpretação gramatical do conjunto orgânico normativo que ele encerra.

Depreende-se, de logo, que o mandamento constitucional inscrito no art. 163 dirige-se à regulação, por inteiro, da política de intervenção do Estado sobre a atividade econômica, ora orientando, ora fiscalizando, ora induzindo, ora incentivando o promotor e titular dos meios de produção.

A regra, portanto, revela claramente complexo normativo não auto-executável, a ser entendida, assim, como norma aberta a merecer concreção legiferante infraconstitucional e, por conseguinte, a permitir a produção dos efeitos jurídicos desejados pelo legislador constituinte derivado.

Decidiu-se o constituinte estadual, pois, a desenhar, num só artigo, decomposto em parágrafos e incisos, a política normativa relativa à orientação, fiscalização e indução do Estado sobre a atividade econômica.

Trata-se, como logicamente se depreende, de um conjunto orgânico normativo incidível, a não permitir que nenhuma de suas unidades desdobradas em parágrafos e incisos, possa ser eficaz isoladamente, desgarrada do sistema.

A própria análise gramatical não leva a outra inferência senão a de que o constituinte derivado baré quis e condicionou a eficácia do sistema previsto no art. 163 à edição de lei ordinária.

Sim, porque quando o art. 163 diz que o "Estado e os Municípios **exercerão**, na forma da lei, as funções de ..." e o § 1º sustenta que "A fiscalização... na primeira operação... **observará**..." (inciso III) o "cumprimento da legislação tributária, quis o constituinte, em discurso direto e com os verbos "**exercerão**" e "**observará**" no

futuro, expressamente condicionar que os efeitos jurídicos desejados pelo sistema previsto no art. 163, enquanto unidade orgânica incidível, estão a depender de ato de concreção infraconstitucional, aliás, como flagrantemente revelada pela expressão "exercerão", na forma da lei, as **funções de...**".

Por isso que, *in casu*, não se poderá conceber o exame isolado do § 1º, inciso III, do art. 163 da CE, posto como os §§ e os incisos têm que guardar harmonia com o caput do art. do qual fazem parte indissociável.

"Ninguém, averba Saulo Ramos, pode conceber que um inciso ou um parágrafo pudesse ser destacado do artigo e posto em vigor imediatamente, enquanto o conjunto da reforma de um sistema orgânico ficasse aguardando a lei complementar".

E mais: "Sabemos que o parágrafo do art. é, tecnicamente, o desdobramento do enunciado principal, com a finalidade de ordená-lo inteligentemente ou excepcionar a disposição principal, ordenando ou excepcionando, sempre se refere ao caput".

"Em sentido técnico-legislativo - ensina Vicente Ráo - indica a disposição secundária de um artigo, ou texto de lei, que, de qualquer modo, completa ou altera a disposição principal a que se subordina.

Também visa o legislador, com frequência, dispor a matéria em sucessão lógica, unindo o sentido de cada parágrafo ao do parágrafo anterior e o de todos os parágrafos ao do texto principal do artigo" ("O Direito e a vida dos Direitos", vol. I, p. 326).

"Recorde-se, ainda - e com Saulo Ramos - que nossa grafia legal adotou o símbolo § para designar parágrafos sucessivos, símbolo árabe que significa continuação do anterior e para o posterior" (D.O.U. 7 out. 88).

Tem-se, assim, à evidência não só que o art. 163 da CE, enquanto norma aberta, não exequível por si mesma, necessita de preceito ordinário de integração para ser eficaz, mas também que os seus §§ e incisos não poderão entrar em vigor enquanto o comando constitucional sistêmico não for regulamentado.

Perguntar-se-ia, entretentes, Como fica a regulação dos mecanismos de controle, fiscalização e indução do Estado sobre a economia enquanto não for editada a lei reclamada pelo art. 163 da CE?

Na ocorrência de ruptura da ordem jurídica vigente, tal como aconteceu com a promulgação da Constituição de 1988, das duas, uma das seguintes respostas se dá: uma, é revogado o modelo jurídico anterior que não se harmoniza com a nova ordem jurídica

eleita: duas, todo o conjunto normativo anterior que não ficar em incompatibilidade vertical com o novo projeto político juridicizado, será recebido, recepcionado como dizem os doutos e, portanto, com autoridade jurídica para continuar não só em vigor, mas eficaz.

Daí a ilação segundo a qual, na hipótese dos autos, continua em vigor toda a legislação anterior à Carta de 1988, não incompatível com ELA, que cuidava da política normativa, orientadora, fiscalizadora e indutora da atividade econômica do Estado. É o que impõe o chamado princípio da recepção das normas.

Pondere-se, ademais, por oportuno e necessário, que ao legislador constituinte derivado não é dada a competência absoluta para proceder a uma produção legiferante com irrestrita liberdade, posto como limitado pelos princípios essenciais e estabelecidos da LEI ÁPICE, convindo chamar à liça, no particular, a expressa determinação constitucional de que "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição**". (o destaque não está no art. 25).

Disso resulta que, flagrantemente inconstitucional seria dispositivo constitucional estadual que pretendesse, seja pela via direta ou do disfarce de que a "primeira fiscalização" tivesse o escopo apenas de orientação, promover desoneração fiscal genérica e gratuita, tal como interesses personalíssimos e esconsos procuram extrair do esdrúxulo e cartorial § 1º, inciso III, do art. 163 da CE.

Se assim fosse, ponto final, nenhum sibilino exercício de aduiterão mental lhe esconderia o conteúdo de inconstitucionalidade material e formal frente ao § 6º do art. 150 da LEI MAIOR:

"Qualquer anistia ou remissão que envolva matéria tributária ou previdenciária só poderá ser concedida através de **lei específica**, federal, estadual ou municipal".

Houvesse, pois, o constituinte estadual pretendido desonerar o contribuinte de qualquer obrigação tributária (principal ou acessória) ao argumento da "primeira fiscalização", tal dispositivo estaria não apenas contaminado pela inconstitucionalidade material frente ao § 6º do art. 150, mas ainda pela inconstitucionalidade formal frente à regra do art. 84, III c/c o art. 48, I, tudo da SUPREMA LEI.

Doutro tanto, se se pretendesse ainda desonerar o contribuinte faltoso ao prefalado argumento da "primeira fiscalização", estar-se-ia pondo à escanteio, mediante descaracterização indébita dos tipos penais tributários claramente definidos na Lei nº 8.137, de 27.12.92 e, por isso, vulnerando ainda a regra constitucional de competência privativa da União de legislar sobre direito penal (art. 22, I).

Por tudo isso, diga-se por fim que se admitida fosse, **ad argumentandum, self enforcing** a natureza da norma do art. 163, em face das flagrantes inconstitucionalidades detectadas, a par da evidente ofensa ao relativismo social em favor do absolutismo individual que a norma revela, ao Senhor Governador do Estado incumbia-lhe o dever ético-jurídico de aforar inescusável ação direta de inconstitucionalidade do personalizado art. 163 da CE perante o SUPREMO AUGUSTO.

Em síntese radical e tecnicamente falando, é o art. 163 da Constituição Estadual, por inteiro, ora norma de eficácia limitada e condicionada, ora norma programática, uma e outra ou as duas juntas, dependentes de intervenção legislativa ordinária para dar concreção àquele comando constitucional.

Não sem olvidar que, se se pretende conferir ao § 1º, III, do art. 163, o condão de cegamente desonerar o contribuinte faltoso pela só circunstância de ter sido fiscalizado pela "primeira vez", tal intenção sobre não se conformar com os superiores e indisponíveis interesses da administração pública e de estar em testilhas com os comandos constitucionais antes referidos, reflete norma que já nasceu marcada axiologicamente lacunosa, para dizer o mínimo.

Em arremate: enquanto não for editada lei para dar concretude ao art. 163 da CE, a atuação do comando nele anunciado será operado com a aplicação, no particular, da legislação anterior ao vigente modelo constitucional e por ele recepcionada.

À superior consideração do Senhor Procurador-Geral do Estado.

Manaus, 16 de março de 1993.

ELSON ANDRADE
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 01243/93-PGE**INTERESSADO: BANCO DO ESTADO DO AMAZONAS****PARECER Nº 001/93 - PROFIS/PGE**

Devolução de IPMF, recolhido até 03/09/93. Liminar concedida pelo STF em 06/09/93, suspendendo a cobrança do imposto. Obrigação do Agente Arrecadador repassar à União os valores recolhidos. Efeito **ex nunc** da liminar.

Senhor Procurador-Chefe,

O Diretor Presidente do Banco do Estado do Amazonas, em razão de liminar concedida pelo STF suspendendo a cobrança do IPMF nas contas dos Estados e Municípios e suas Autarquias e Fundações a partir do dia 06/09/93, consulta a esta Procuradoria Geral se os recursos retidos pelo BEA até a data de 03/09/93 devem ser devolvidos às respectivas contas ou recolhidos à Receita Federal.

RELATEI.

Em liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926-5, que tem como Requerente o Governador do Estado do Paraná e outros, o STF suspendeu a cobrança do IMPF nas contas dos Estados e Municípios, tomando por base o princípio de imunidade recíproca, pelo qual os entes públicos não se tributam entre si, decorrência natural do pacto federativo firmado pelos Estados, Municípios e Distrito Federal consagrado nos arts. 1º e 18 da Constituição Federal.

A Imunidade tributária, consagrada no artigo 150, VI, "a" da Carta Magna, além de ser instituto constitucional, decorre naturalmente da forma de governo adotado pelo Estado brasileiro.

sendo parte do próprio pacto federativo. Os entes integrantes da Federação encontram-se num mesmo patamar, são juridicamente isonômicos, sendo conseqüentemente imunes à tributação.

Tributar os Estados e Municípios por via do IPMF se constitui em verdadeira desfiguração da Federação, pois significa reconhecer a um de seus componentes o poder de império sobre os demais, criando através de norma constitucional derivada tratamento desigual a pessoas políticas situadas no mesmo nível jurídico conforme determinação de norma constitucional originária.

E por assim, entender, foi que o STF, em votação unânime "deferiu medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação, os efeitos do § 2º do art. 2º da E. C. nº 03/93, no tocante à garantia prevista no art. 150, item VI, letra "a" da Constituição Federal".

Entretanto, a liminar concedida ocorreu em 06/09/93. E o que fazer com os recursos retidos até a data de 03/09/93?

É entendimento assente, nos Tribunais do País, que "a eficácia da medida liminar que em representação de inconstitucionalidade, suspende a vigência da lei arguida como inconstitucional, é tão somente *ex nunc*, operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere".

Na verdade, parece-nos que quando se suspende liminarmente a vigência de uma lei, na realidade não se está declarando a sua inconstitucionalidade, mas evitando apenas que ela produza efeitos negativos.

Embora entendamos que a concessão da liminar da medida cautelar antecipe os efeitos da futura declaração da inconstitucionalidade, haja vista que o princípio da imunidade recíproca entre as pessoas de direito interno é princípio constitucional básico das federações, inserida como regra expressa em nosso ordenamento constitucional, não seria prudente recomendar que o BEA devolvesse às contas do Estado e Municípios, suas Autarquias e Fundações os recursos retidos até 03/09/93. Até porque, se a liminar foi concedida no dia 06, só a partir dessa data é que fica suspensa a vigência do artigo 2º, § 2º da E. C. nº 03/93. E, portanto, o procedimento correto do BEA seria de repassar os valores retidos à União, através da Receita Federal.

É o que nos parece. S. M. J.

Manaus, 21 de outubro de 1993

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 01243/93-PGE

Aprovo o judicioso Parecer lançado pela Dra. Ana Eunice.

Devolva-se à PGE.

Manaus, 22 de outubro de 1993.

PAULO J. G. DE CARVALHO
Procurador-Chefe

DESPACHO:

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos o bem lançado Parecer da ilustre Procuradora do Estado Dra. Ana Eunice Carneiro Alves.

Nada tendo a acrescentar, determino a devolução deste processo diretamente ao Gabinete do operoso Presidente do Banco do Estado do Amazonas S/A. - BEA, o ilustre Prof. Ozias Monteiro Rodrigues.

Encaminhe-se.

Manaus, 25 de outubro de 1993.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 00723/92-PGE (001615/92-SEAD)**ASSUNTO:** Consulta sobre reajuste de Função Gratificada.**INTERESSADA:** EMPRESA AMAZONENSE DE TURISMO**PARECER Nº 004/92-PPT/PGE**

As funções gratificadas devem ser resjutadas de acordo com o resjute dos salários previstos em Lei, sob pena de afrontar o disposto no artigo 7º, inciso VI do texto Constitucional.

Resulta, a incorporação ao salário dos servidores da EMAMTUR, do valor das Funções Gratificadas recebidas por aqueles que tenham exercido por cinco (05) anos consecutivos ou intercalados a indicada vantagem, conforme, Acordo de Trabalho, celebrado em 05 de junho de 1989, entre a Associação dos Servidores da EMAMTUR é aquela entidade, fato este assegurado através do decreto nº 13.107 de 29 de junho de 1990, que dispõe sobre a reorganização do quadro de pessoal da EMAMTUR através de seu artigo 5º, que afirma:

"Ficam assegurados os benefícios acordados pelo Acordo Coletivo de Trabalho, celebrado entre a EMAMTUR e a Associação dos Servidores da EMAMTUR - ASE, em 05 de julho de 1989, com a interveniência da SEFAZ, SEAD e SIC, cujo teor das cláusulas 4ª, 5ª e 7ª integram o presente Decreto".

No entanto, o questionamento refere-se apenas a atualização ou não da mencionada Função Gratificação, face a sua incorporação aos salários dos servidores da EMAMTUR, por força do

Acordo Coletivo e do Decreto nº 13.107 de 29.06.90.

Entendemos, que a cláusula 6ª do Acordo Coletivo celebrado entre os servidores da EMAMTUR e aquela entidade, vinculados ao regime a questão, pois representa expressamente a vontade das partes, quando afirma:

Cláusula 6ª - "Fica acordado que os próximos reajustes dos servidores da EMAMTUR, a partir do presente Acordo, seguirá a política salarial do Governo do Estado do Amazonas tendo como base os mesmos percentuais e datas concedidas à Administração Pública".

Ora se quando dos reajustes concedidos pelo Estado do Amazonas aos seus servidores, inclusive pertencente aos órgãos da Administração Pública Indireta, regidos pelas normas celetistas além de seus salários, são reajustados os valores das Funções Gratificadas - MG, logicamente, aqueles que já as recebem, deverão ter os seus valores reajustados, face a incorporação ao seu salário pelo decurso do tempo previsto em legislação própria à espécie.

Ressalte-se ainda o disposto na Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso VI, que determina:

"Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo".

É o nosso parecer. S.M.J.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO, da PGE,
em Manaus(AM), 10 de junho de 1992.

ALDEMAR AUGUSTO A. J. DE SALLES
Procurador-Chefe, em exercício

PROCESSO Nº 723/92-PGE**INTERESSADO:** EMAMTUR - Órgão Oficial de Turismo**ASSUNTO:** Solicitamos de V. Ex^a., a gentileza de mandar examinar o assunto em questão, para que esta Empresa possa atualizar os valores das funções incorporadas.**DESPACHO:**

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer nº 004/92 da Procuradoria do Pessoal Temporário/PGE, que bem analisou o assunto, concluindo pelo reajustamento dos valores das Funções Gratificadas - FG, já incorporados ao salário pelo decurso do tempo previsto em legislação própria.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à Empresa Amazonense de Turismo - EMAMTUR.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 16 de Junho de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 01331/92-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre situação funcional dos servidores face ao Decreto 14.819 - 23.07.92.

INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO PARA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO - SEPD.

PARECER Nº 16/92-PPT/PGE

EMENTA - Deve ser obedecido texto legal, que regula a admissão de servidores públicos em regime jurídico especial.

Sr. Chefe

Após a manifestação dessa Procuradoria, a respeito da situação funcional de servidores da Secretaria de Estado para promoção do Desenvolvimento do Governo do Estado admitidos para trabalhar naquela Secretaria, sob o regime Jurídico previsto na Lei Estadual 1674/84, que trata do regime especial, retorna aquela secretaria em nova consulta à PGE. Tendo em vista o Decreto Estadual nº 14.819 de 23 de julho de 1992, que prorrogou por seis (06) meses a contar de 01 de julho o prazo da vigência das admissões de pessoal.

Sem sombra de dúvidas verifica-se que foram prorrogadas as admissões efetuadas sob a égide da Lei 1.674/84 a partir do dia 01 de julho até seis (06) meses desta data, sob entre outros fundamentos o da necessidade de assegurar a permanência e a continuidade dos servidores Públicos essenciais, sob pena de grave e irrecuperáveis lesões ao interesse coletivo.

Após, o decurso do prazo, estabelecido no Decreto 14.819 de 23.07.92, sem nenhum reparo ao bem lançado parecer do ilustre

colega Dr. Alberto Guido Valério e aprovado pelo Procurador-Chefe e pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado em despacho fundamentado às folhas 36 dos autos, em 16 de outubro do corrente ano cumpra-se o disposto na Constituição Federal, exigindo-se o Concurso Público para a admissão de pessoal.

No entanto, considerando a necessidade de utilização dos servidores que atualmente prestam serviços aquela Secretaria, podem os mesmos permanecer prestando serviços até a efetiva concretização das normas legais que regulam a matéria.

S. M. J.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO DA
P.G.E., em 07 de dezembro de 1992.

ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALLES
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 01331/92-PGE

**INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO PARA PROMOÇÃO
DO DESENVOLVIMENTO - SEPD.**

O Parecer nº 16/92-PPT/PGE complementa o Parecer nº 09/92/PPT/PGE.

Mantenho o posicionamento emitido no Parecer 09/92, porque ali foi analisada a possibilidade de permanência dos servidores do regime especial, razão pela qual se concluiu que a efetivação somente se daria através de concurso público.

Agora, a Secretaria interessada indaga sobre instruções a serem seguidas, para continuidade dos serviços do órgão e direitos dos atuais servidores.

Concordamos com a conclusão do Parecer nº 16/92-PPT/PGE, de que, enquanto não realizado o concurso público, os servidores da SEPD continuarão a ser contratados pelo Regime Especial, da Lei nº 1.674, de 10.12.84, porque ela foi recepcionada parcialmente pelo Art. 37, inciso IX, da Constituição Federal/88 e Art. 108, da Constituição Estadual/89.

Quanto ao Decreto nº 14.819, de 23.07.92, entendemos que ele fixou um termo final os contratos do regime especial que

estavam em curso, mas nada impede que a Lei nº 1.674.84 continue a ser utilizada para contratação de servidores, a fim de dar continuidade aos serviços.

Quanto aos direitos dos servidores, são aqueles previstos na Lei nº 1.674/84.

Assim, com esses esclarecimentos complementares, submetemos o parecer à consideração do Exmo. Sr. Procurador-Geral.

PPT-PGE, em 28 de dezembro de 1992.

VANIAS BATISTA DE MENDONÇA
Procurador-Chefe da PPT

PROCESSO Nº 1.331/92-PGE

INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO PARA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO - SEPD.

DESPACHO:

Aprovo, por seus próprios fundamentos a manifestação da Chefia da Procuradoria do Pessoal Temporário/PGE.

Com efeito, ante as necessidades do serviço e desde que ocorram as hipóteses previstas na Lei nº 1.674/84, parcialmente recepcionada pelo ordenamento constitucional, torna-se possível, em caráter excepcional, novas admissões, por prazo certo, daqueles servidores cujos atos admissivos tiveram validade até 31 de dezembro de 1992, nos termos do Decreto nº 14.819, de 23.07.92.

Essa solução, porém, é paliativa e ainda mais acentua a premência de realização de concursos públicos para atender às atividades da Administração, criados previamente, quando for o caso, os cargos devidos.

Devolva-se, pois, este Processo à SECRETARIA DE ESTADO PARA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO - SEPD com a sugestão de manifestar à SEAD suas preocupações quanto ao problema por que passa no atinente ao seu quadro funcional.

Manaus, 11 de janeiro de 1992

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 1646/92-PGE**ASSUNTO: AUTENTICAÇÃO DO TERMO DE CONTRATO Nº 41/92****INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTE
E OBRAS.****PARECER Nº 095/92-PA/PGE**

EMENTA - CONTRATOS, CONVÊNIOS, AJUSTES, etc. SÃO AUTENTICADOS PELA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO QUANDO SATISFAZEM AS EXIGÊNCIAS MÍNIMAS DO DECRETO-LEI Nº 2.300/86, DA LEI ESTADUAL Nº 1.384/80 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01/91-PGE. PARECER FAVORÁVEL À AUTENTICAÇÃO.

Estes Autos vieram à Procuradoria Geral do Estado para receberem de sua Procuradoria Administrativa, a autenticação de seu respectivo instrumento contratual.

Examinados, verifiquei satisfazerem as exigências formais mínimas de Licitação ou sua respectiva Dispensa ou Inexigibilidade seguida de ratificação pela autoridade superior, Empenho Prévio e assinatura regular do Ato Administrativo com respectiva publicação de seu extrato no Diário Oficial nos vinte dias seguintes.

Assim, nos termos aplicáveis do Decreto-Lei nº 2.300/86, da Lei Estadual nº 1.384/80 e da Instrução Normativa nº 01/81-PGE, parece-me formalmente regular o Processo, pelo que opino favoravelmente à autenticação do instrumento do Contrato nº 41/92-SETRAN celebrado entre o Estado do Amazonas, através da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras e a empresa SIBRA ENGENHARIA LTDA., para obras e serviços de adaptação do Galpão 10-A da Portobrás para Albergue Infante-Juvenil.

Todo órgão que administra, repassa recursos públicos ou contrata, no entanto, deve praticar por si mesmo os princípios básicos da administração pública, isto é, legalidade, moralidade, finalidade e publicidade, sendo essa autenticação da Procuradoria Geral do Estado apenas uma forma de controle interno da administração estadual.

É o Parecer.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
05 de outubro de 1992.

JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO.
Procurador do Estado

DESPACHO:

Acorde com o Parecer, autentico o instrumento.

Adotadas as providências de estivo, encaminhe-se ao Procurador Geral.

Em 13.10.92

CYNTHIA DE ARAÚJO LIMA LOPES
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 1646/92-PGE

ASSUNTO: TERMO DE CONTRATO Nº 41/92

**INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTE
E OBRAS.**

DESPACHO:

Na conformidade da autenticação do instrumento em referência, promovida pela Procuradoria Administrativa/PGE, DEVOLVA-SE pois, o presente Processo à SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTES E OBRAS - SETRAN.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 19 de outubro de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 1632/92-PGE

**INTERESSADA: SECRETARIA DE ESTADO DA ECONOMIA,
FAZENDA E TURISMO.**

PARECER Nº 0107/92-PA-PGE

EMENTA - INADEQUADA A PORTARIA CONJUNTA SEFAZ/IPASEA. NOS TERMOS DO ART. 159, § 3º COMBINADO COM O ART. 160, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SÃO CONSTITUCIONAIS OS ARTS. 56 A 59 DA LEI FEDERAL Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991, COM CUJA FUNDAMENTAÇÃO A UNIÃO ESTÁ CONDICIONANDO A ENTREGA DE RECURSOS FEDERAIS À QUITAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. É LÍCITO AO ESTADO-MEMBRO ADOPTAR SEMELHANTE COMPORTAMENTO, NAS RELAÇÕES DE SUA COMPETÊNCIA, POR VIA LEGAL OU ADMINISTRATIVA PRÓPRIA.

Senhora Procuradora-Chefe:

A Secretaria de Estado da Economia, Fazenda e Turismo, pelo Ofício nº 1.025/92, expõe seu propósito de, em conjunto com o IPASEA - Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Amazonas, por Portaria, praticar à semelhança do que já faz a União, o que entende ser autorização constitucional para condicionar a entrega de recursos de municípios à quitação por eles de encargos da previdência estadual.

Sabe-se que a União Federal, pela Portaria Interministerial nº 428/92, sentindo-se autorizada pelos dispositivos citados na Ementa, da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Seguridade Social, condicionou a entrega de recursos do Fundo de Participação dos Municípios à regularidade dos beneficiários quanto ao pagamento de créditos da seguridade social.

Essa posição da administração federal motivou reclamações de vários Municípios, inclusive o Mandado de Segurança nº 92.0001636-7 do Município de Ariguemes, Estado de Rondônia, que ensejou o Parecer PGFN/CRJN/nº 753/92, onde a douta Procuradoria da Fazenda Nacional entende que "destarte, constata-se a constitucionalidade dos arts. 56 e seguintes da Lei nº 8.212/91 e da Instrução Normativa Interministerial nº 428/92, visto que o parágrafo único, do art. 160, da Carta Magna, autoriza à União condicionar a entrega dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios ao pagamento dos créditos da seguridade social da Fazenda Pública Federal, ou seja, das pessoas jurídicas de direito público interno na esfera federal, incluindo as autarquias federais" (Diário Oficial da União, 15.07.92, seção I, pág. 9225).

Na situação fática da União, os dispositivos constitucionais são seguidos da Lei Complementar nº 63 e, simultaneamente, da Lei nº 8.212/91, possibilitando-lhe a Portaria Interministerial, para operacionalidade.

Apesar da posição acima, da União, a matéria possui a complexidade apontada no expediente da Secretaria da Fazenda, em relação ao Estado membro, cuja administração pretenda adotar comportamento semelhante ao da União e se depara com os vários instrumentos legais existentes.

Parece-me que a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que detalhou o mandamento constitucional, deixou ao Estado membro, que não tenha legislado concorrentemente sobre a matéria, a possibilidade de uso de compensação ou transação de seus créditos com os municípios, na forma do respectivo § 1º do art. 4º.

Ora, assim, o Estado do Amazonas - não por Portaria unilateral mas por um instrumento próprio, Convênio, por exemplo, poderia definir compensação ou transação de seus créditos com os Municípios, de forma a ser possível o ajuste entre os valores da participação dos Municípios no ICMS e os débitos deles para com o IPASEA, mensalmente.

Além dessa viabilidade contratual, vejo também talvez a

possibilidade de uma Lei estadual, no uso da competência concorrente do Estado membro, prevista no art. 24, item I, e § 1º e 2º do item XVI. disciplinar essas relações de débito e crédito entre o Estado do Amazonas e seus Municípios.

Por outro lado, em se tratando de matéria de origem tributária, alvitro a conveniência de conhecimento dela pela Procuradoria Fiscal, que talvez deva assessorar o ilustre Secretário de Estado da Economia, Fazenda e Turismo na proposta do instrumento legal ou administrativo mais adequado ao cumprimento dessas obrigações e ao relacionamento desses direitos entre o Estado do Amazonas e seus Municípios.

É o Parecer.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
14 de outubro de 1992.

OSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 1632/92-PGE

DESPACHO:

As razões expendidas no parecer-retro não foram de molde a convencer-me de seu acerto. Delas discordo inteiramente, e o faço mediante os seguintes motivos:

Não creio que a proposta de edição de portaria conjunta pela SECON e IPASEA com vistas a condicionar os repasses das cota-partes do ICMS devido aos Municípios à exigência da inexistência de débito do Município para o IPASEA, encontre ressonância em nosso ordenamento jurídico.

É, ao que penso, absolutamente inconstitucional qualquer proposta deste jaez, partindo de uma unidade federada, no caso o Estado do Amazonas.

A Constituição Federal é de uma clareza meridiana ao estipular:

"Art. 160 - É vedada a retenção ou qualquer

restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo Único - Essa vedação não impede a União de condicionar a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos".

No caput, uma proibição abrangente, no parágrafo uma exceção, que se não tira a força da regra posta na cabeça do dispositivo, lhe retira uma parte de sua eficácia.

A vedação tem endereço certo: os Estados da federação já que à União não se aplica, por força de exceção aberta pelo parágrafo único. Ela, somente ela, pode reter, ou, para usar a linguagem constitucional, pode condicionar o repasse de recursos ao pagamento de seus créditos. Não está, a União, portanto, obrigada a entregar recursos a Estados e Municípios inadimplentes.

É de se perquirir, por que tal privilégio só à União e não aos Estados?

Resquícios de um federalismo centralizador. Talvez onde os poderes se concentravam na União? Talvez

Ives Gandra Martins, dá uma explicação bastante plausível para a exceção instituída à regra em comentário:

"A única exceção aberta favorece a União, que foi aquinhoadada com o direito de condicionar a entrega de recurso ao pagamento de créditos.

A exceção só se justifica, à luz da realidade percebida pelos constituintes, de que tinham criado um modelo tributário, em sua faceta financeira, descompassado. O descompasso residia no fato de terem aumentado as atribuições da União pela nova Carta, mas reduzido sua participação no bolo financeiro.

Passando a União a ter um Poder legislativo maior, um Poder Executivo maior e um Poder Judiciário maior, mas perdendo receitas - a saber cinco impostos e 14 pontos percentuais nos seus dois principais (IPI e IR) -, à evidência passaria a sofrer insufici-

ência de receitas para enfrentar os encargos elevados". (Comentário à Constituição do Brasil, 6º Volume, Tomo II, p. 79).

A dicção do art. 160, não deixa margem à discussões ou tergiversações: não é permitida a retenção, sob qualquer forma, dos recursos constitucionalmente assegurados aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Vale transcrita o magistério de Ives Gandra Martins:

"A transferência para os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, ressalvada a hipótese do parágrafo único, não é suscetível de qualquer espécie de bloqueio. As dívidas dos entes federativos não permitem a autocompensação, por força do dispositivo mencionado". (ob. cit.).

Mais adiante:

"As expressões 'qualquer restrição' a 'retenção' afastam, a meu ver, a possibilidade de penhorar a receita futura a empréstimos contraídos por variados motivos ou quaisquer outras formas de obrigações". (ob. cit)

Ainda sobre o tema, disserta o mestre:

"Em outras palavras, o texto atual não permite que se possa utilizar a receita tributária, que a Constituição entende fundamental para que a autonomia dos entes federados seja plena, nos limites da Carta Maior, como forma de compensação de outros débitos que tais entes tenham com outros entes federativos.

Vale dizer, o atual texto constitucional não admite que se possa utilizar pressão - inclusive de natureza política - sobre os entes federativos, através de autocompensações de créditos tributários ou de partições das rendas fiscais". (ob. cit)

Em arremate assevera:

"O dispositivo, portanto, objetiva não

permitir que receitas fundamentais à manutenção dos municípios possam ser bloqueados por compromissos vários assumidos". (ob. cit. p. 80)

Em síntese, a proibição contida no art. 160, da Constituição da República, dirige-se, indubitavelmente às pessoas de direito público repassadoras de receitas tributárias - União e Estados. Como a União foi contemplada com o privilégio de condicionar o repasse de recursos no pagamento de seus créditos (CF, art. 160, § único), é lícita a ilação de que a proibição vem atingir em cheio apenas os Estados membros da federação, já que os municípios e o Distrito federal não são passíveis de transferir suas receitas.

Diante disto, torna-se inócuo argumentar que a Lei de Benefícios e Custeio da Previdência Social, - Lei nº 8.212/91 -, em seu art. 56, condiciona as transferências dos recursos do FPE e FPM à inexistência de débitos em relação as contribuições devidas ao INSS, e que por isso o Estado poderia o mesmo fazer.

Esta disposição da Lei nº 8.212/91 encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal, como fartamente demonstrado.

Vale esclarecer, a outro tanto, que a Constituição do Estado do Amazonas, em consonância com a *Lex Legum*, proíbe a retenção, pelo Estado, de receitas tributárias destinadas aos Municípios:

"Art. 147.
§ 5º - É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega dos tributos devidos aos Municípios neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos".

Ao IPASEA, enquanto autarquia, compete, isto sim, acionar os Municípios, para cobrar, executivamente, seus créditos, *ex vi* do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

À consideração do Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
05 de novembro de 1992.

CYNTHIA DE ARAÚJO LIMA LOPES
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 1632/92-PGE**INTERESSADA: SEFAZ/IPASEA****ASSUNTO: PROPOSTA DE PORTARIA CONJUNTA, CONDICIONADORA DE REPASSE DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS, PELO ESTADO, AOS MUNICÍPIOS INADIMPLENTES COM A PREVIDÊNCIA ESTADUAL.****DESPACHO:**

APROVO a manifestação da Procuradoria Administrativa/PGE, estritamente consubstanciada no alentado despacho de fls., da ilustre Procuradora-Chefe, no qual ficou bem evidenciada a inviabilidade da proposta do IPASEA em reter ou compensar a entrega de percentuais de receitas tributárias, inadimplentes com aquele Instituto, somente após sua total quitação dos encargos avençados.

Na espécie, competirá ao IPASEA, enquanto autarquia, apenas acionar os Municípios inadimplentes com a previdência estadual e promover a cobrança executiva de seus créditos *ex vi* do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

DEVOLVA-SE o Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA ECONOMIA, FAZENDA E TURISMO.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus, 19 de outubro de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01211/92-PGE**ASSUNTO: CONSULTA SOBRE LEGALIDADE DE COBRANÇA DE ANUIDADE E TAXAS ESCOLARES.****INTERESSADA: UTAM****DESPACHO:**

Senhora Procuradora-Chefe:

O INSTITUTO DE TECNOLOGIA DA AMAZÔNIA está solicitando análise desta Procuradoria no que diz respeito a cobrança de Anuidade e Taxas escolares.

Esse procedimento está previsto na Lei nº 1237, de 10 de outubro de 1977 e na própria Lei que criou a Universidade de Tecnologia da Amazônia, em seu art. 8º (Lei nº 1060 de 14 de setembro de 1972).

A Lei nº 1650, de 19 de julho de 1984, que proíbe a cobrança de Taxa de Matrícula em estabelecimentos escolares do Estado e a ele vinculados, aplica-se apenas aos colégios de 1º e 2º Graus, pelos abusos que vinham sendo cometidos por alguns professores e diretores de estabelecimentos de ensino estaduais.

A Universidade de Tecnologia da Amazônia está fora dessa exigência, por tratar-se de órgão de ensino superior, sujeito ao cumprimento da legislação do ensino superior e a normas ditadas pelo Conselho Federal de Educação.

Se isso não bastasse, a legislação que a criou, cuidou de legitimar essas cobranças em dois diplomas legais: a Lei nº 1237 e a 1060, que não foram revogadas na edição da Lei nº 1650 de 19 de julho de 1984.

A luz do direito, não há o que questionar na cobrança das taxas de matrícula e anuidade, legitimada pelo Conselho Estadual de Educação que aprovou a sua majoração para o período de 1992. A única medida cabível, da parte dos alunos, que são os

inconformados, será impetrarem recurso ao Conselho Federal de Educação.

No nosso entender, portanto, não há razão para questionamentos sobre o assunto, uma vez que a lei é clara, objetiva e não deixa margem a dúvidas. A cobrança da taxa de matrícula e demais emolumentos pelo Instituto de Tecnologia da Amazônia é legítima.

É o nosso entendimento.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
15 de julho de 1992.

CAUPOLICAN PADILHA GOMES
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 01211/92-PGE

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE LEGALIDADE DE COBRANÇA DE ANUIDADE E TAXAS ESCOLARES.

INTERESSADA: UTAM

DESPACHO:

Acorde com a conclusão esboçada no pronunciamento retro.

De efeito, legítima é a cobrança de taxa de matrícula e outras, porque observado o princípio de reserva legal. Além disto, o próprio regulamento do UTAM, aprovado pelo Decreto 11.686/88, reclama que integram os recursos financeiros do Instituto, dentre outras, "as rendas provenientes das anuidades e taxas escolares" (art. 45, V).

A lei nº 1650, de 19 de julho de 1984, que proibiu a cobrança de taxas e contribuições pelos estabelecimentos oficiais de ensino não pode ser erigida em barreira à cobrança de anuidades e taxas escolares pelo UTAM. As razões desta assertiva são encontradas na Constituição da República.

O legislador constituinte demonstrou uma salutar preocupação com a questão da educação, iniciando o capítulo setenciando que a educação é direito de todos e dever do Estado e, tem por escopo o "pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (art. 203).

Em que pese haver instituído o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais - art. 205, IV - como um princípio do ensino, a Constituição em outro dispositivo - art. 208 - enumera os deveres do Estado para com a educação, instituindo aqui a **obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental** - inciso I, do art. 208 -, e bem assim, a "progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio" - inciso II -.

Interpretando os referidos dispositivos constitucionais, JOSÉ AFONSO DA SILVA em lapidar lição, assegura:

"O art. 206, IV, assume o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, devendo o Estado assegurá-lo, desde já, ao ensino fundamental e garantir a progressiva extensão da gratuidade ao ensino médio (art. 208, I e II). O princípio do art. 206, IV, significa que onde o ensino oficial, em qualquer nível já é gratuito não poderá passar a ser pago. Onde é pago, se for fundamental, deverá passar imediatamente a ser oferecido gratuitamente, e se for médio, a entidade pública mantenedora deverá tomar providências no sentido de que, progressivamente, se transforme em gratuito" (Curso Positivo, 5ª Ed., RT, p. 702/703).

Há, portanto, que se distinguir o que foi colocado a nível de princípios do ensino, de que trata o art. 206 e seus incisos, e os deveres do Estado com a educação, elencados no art. 208.

A própria disposição dos comandos parece querer expressar que a regra do inciso I, do art. 208, não passa de uma especificação da regra contida no inciso IV, do art. 206, ou uma delimitação de seu conteúdo. A gratuidade do ensino público é assegurada como um princípio do ensino (genérico) e a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental um dever concreto do Estado, não mais um princípio.

A leitura das linhas constitucionais a ser feita é que o Estado tem o inafastável dever de garantir o ensino fundamental (1º grau) gratuitamente, direito reconhecido público e subjetivo (art. 208, § 1º), o que autoriza seu titular fazê-lo valer em juízo, contra o Estado, que, se não puder assegurar matrícula em escola pública, deverá conceder bolsas de estudo em escola particular para o ensino fundamental e médio (art. 213 § 1º).

Quanto ao ensino universitário ou de 3º grau, a Constituição não foi tão longe, ou seja, silenciou no tocante à obrigatoriedade e gratuidade neste nível de ensino, deixando aberto o caminho para a cobrança das aludidas taxas que sem configurar contraprestação pelo serviço prestado - ficam em muito aquém dos custos do serviço - já vinham sendo cobradas de há muito pelo Instituto -. O assunto, aliás, foi objeto de regulamentação pelo Decreto-Lei nº 532, de 16 de abril de 1969, que "dispõe sobre a fixação e o reajustamento de anuidade, taxas e demais contribuições do serviço educacional".

Por todas essas razões é que não se pode ter como extensiva ao ensino universitário a diretriz adotada pela Lei Estadual nº 1650 de 1º de julho de 1984, consubstanciada a proibição de cobrança de taxa de matrícula pelos estabelecimentos oficiais de ensino do Estado do Amazonas. A proibição aí expressa deve ser entendida em termos. Sua exegese deve se compatibilizar com o conjunto de regras que regem a matéria, máxime as constitucionais.

Diante destas razões parece inquestionável que o referido diploma legal só pode referir-se ao ensino fundamental e médio, não tendo qualquer repercussão ao ensino superior, exato porque não há imposição ao Estado de prestá-lo.

Não se vislumbra, nesse posicionamento, apologia ao ensino pago, porque isto representaria um evidente recuo no processo de democratização do ensino, que transformou a educação em um verdadeiro serviço público e na própria tradição de gratuidade do ensino oficial nos três níveis.

Para prevenir controvérsia, útil esclarecer que a Lei nº 1650/84, instituidora da proibição de cobrança das taxas, não teve, a seu turno, o condão de revogar as leis nºs 1237/77 e 1060/72, por lhes ser posterior. Só poderia fazê-lo se: (1) expressamente o declarasse (2) fosse caso de incompatibilidade (3) regulasse inteiramente matéria de que tratava a lei anterior. (art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Ademais, as leis 1060/72 e 1237/77 por serem leis especiais não poderiam ser revogadas pela Lei nº 1650/84, - lei geral -. É que a lei especial inutiliza, afasta a incidência de norma geral quando se refere ao mesmo tema. "Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata (2): In toto jure geberi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est - em toda disposição de direito o gênero é derogado pela espécie e considera-se de importância preponderante o que

respeita diretamente à espécie. (Hermenêutica e aplicação do Direito, Carlos Maximiliano, 9º Ed. p.135).

À guisa de informação, Governador do Estado do Amazonas, propôs ação de inconstitucionalidade contra o inciso II, letra "A", do art. 199 da Constituição do Estado do Amazonas que justamente assegura a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (Adin nº 120-5).

Oportuno mencionar, a final, que o valor da anuidade não pode ser atrelada ao salário-mínimo. A Constituição Federal o proíbe expressamente. A vinculação deste para qualquer fim (art. 7º, IV, da CF).

Submeto a matéria à apreciação do Exmo. Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
20 de julho de 1992.

CYNTHIA DE ARAÚJO LIMA LOPES
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 01211/92-PGE

**ASSUNTO: CONSULTA SOBRE LEGALIDADE DE COBRANÇA DE
TAXAS ESCOLARES E ANUIDADE, PREVISTAS NA
LEI Nº 1237/77, ART. 10, ALÍNEA V.**

**INTERESSADA: INSTITUTO DE TECNOLOGIA DA AMAZÔNIA -
UTAM**

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, a manifestação da Procuradoria Administrativa/PGE, bem esclarecida pelo lúcido despacho da respectiva Chefia, as fls., justificando a legitimidade e legalidade da cobrança de taxas escolares fixadas consensualmente pelo CONEPE e Diretora do UTAM, conforme Tabela de Reajuste, em anexo.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à Diretoria Geral do UTAM.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 21 de julho de 1992.

LEONARDO PRESTES MARTINS
Procurador Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 1648/92-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Economia, Fazenda e Turismo - SEFAZ.

ASSUNTO: Autenticação do Contrato nº 012/92 e Primeiro Aditivo, celebrado entre a SEFAZ e a STREA.

PARECER Nº 022/93-PA/PGE

EMENTA: CUMPRIDOS OS REQUISITOS LEGAIS REFERENTES À MATÉRIA, É CABÍVEL A AUTENTICAÇÃO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL.

A SECRETARIA DE ESTADO DA ECONOMIA, FAZENDA E TURISMO - SEFAZ, em cumprimento ao que determina a Instrução Normativa nº 01/81-PGE, submete à apreciação da Procuradoria Geral do Estado - PGE, para fins de autenticação, os Termos de Contrato nº 012/92 e o seu Primeiro Aditivo, firmado entre o ESTADO DO AMAZONAS através da SEFAZ e a SUPERINTENDÊNCIA DE TELEVISÃO E RÁDIO EDUCATIVA DO AMAZONAS - STREA, cujo objetivo é a continuidade da execução de serviços relativos à Campanha de Incentivos à Arrecadação do ICMS, intitulada "O BOTINHO DA SORTE", em sua fase III.

O presente contrato já foi objeto de exame por esta Especializada, quando sobre ele se pronunciou o ilustre Procurador do Estado Dr. Jorge Henrique Pinho, concluindo pela não autenticação do instrumento, por considerar indevida a dispensa da licitação, além do Ato administrativo omitir cláusulas essenciais. Em seguida, através de despacho, a Chefe da Procuradoria Administrativa discordou do entendimento do citado Procurador, quanto a dispensa de licitação, demonstrando ser admissível a contratação direta dos

serviços pretendidos pela Contratante, sem ferir os princípios da isonomia e moralidade administrativa, terminando por submeter o Processo em diligência para que a SEFAZ procedesse a retificação da peça Contratual, por omissão de termos, as cláusulas essenciais, por via de Aditivo.

Com o retorno do Processo, neste momento, à PA, e por iniciativa da Chefia desta especializada, fui designada para proceder à apreciação da matéria.

Limitando-me ao exame do Primeiro Aditivo, ainda não apreciado por esta PA, verifico, que o mesmo cumpriu as recomendações emanadas desta PGE, possibilitando, assim, a adequação do instrumento original as normas que regem a formalização dos contratos públicos, indispensável aquilo que pretende a SEFAZ.

Assim, em obediência ao Decreto-Lei nº 2.300/86, a lei Estadual nº 1384/80 e a Instrução Normativa nº 01/81-PGE, afigure-se formalmente regular o Processo, pelo que opino favoravelmente à autenticação dos Termos de Contrato nº 012/92 e do seu Primeiro Aditivo.

À consideração da Chefia da PA/PGE.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, em Manaus, 03 de fevereiro de 1993.

MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 1648/92-PGE

INTERESSADA: SEFAZ/STREA

**ASSUNTO: TERMO DE CONTRATO FIRMADO ENTRE A SEFAZ
E A SUP. TELEVISÃO EDUCATIVA - REFERENTE
A CAMPANHA "O BOTINHO DA SORTE".**

DESPACHO:

APROVO o fundamentado despacho de fls., da Procuradora-

Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, condicionando a autenticação do Termo de Contrato nº 12/92-SEFAZ à adoção de providências complementares de retificações do texto do instrumento, as quais podem ser feitas por intermédio de Termo Aditivo.

DEVOLVA-SE o Processo à SEFAZ, ao Gabinete da Exma Sra. Subsecretária de Estado da Fazenda.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Manaus 17 de novembro de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1520/92-PGE

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE PAGAMENTO EM ATRASO.

INTERESSADA: SEFAZ

PARECER Nº 069/92-PA/PGE.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO EM ATRASO PELA ADMINISTRAÇÃO. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. CONSULTA.

A correção monetária não importa em aumento do valor contratado, mas em simples reposição do valor aquisitivo da moeda, sendo devida para evitar enriquecimento ilícito por parte de um dos contratantes, na hipótese de inadimplência.

Em sendo prevista no contrato a atualização do valor da prestação devida e paga a destempo, deverá ser aplicada no dia seguinte à data estabelecida para pagamento, salvo acordo negociado com a contratada.

Na hipótese de não haver sido estipulada correção monetária no contrato, poderá o contratante inadimplente concedê-la administrativamente com respaldo no art. 56, do Decreto-lei nº 2.300/86, aliado ao entendimento uníssono da doutrina e da jurisprudência, ou simplesmente pagar o principal, aguardando ação judicial para

aplicar correção, se a isso for compelida.

A interessada informando que vem sendo instada por algumas empresas contratadas pelo Estado a corrigir o valor nominal de parcelas pagas em atraso, formula consulta sobre a legalidade ou não da incidência de correção monetária sobre o pagamento efetuado com atraso e/ou inadimplência da Administração.

Esclarece a interessada que a consulta formulada se atem a fatos como a solicitação de pagamento de prestação de serviços, entre outros, pagos com atraso devido ao trâmite legal que o caso requer, além de fato de que alguns Processos Administrativos, os mesmos que dão origem a ratificação de tais pagamentos, são encaminhados à SEFAZ com data posterior ao vencimento da obrigação.

É o relatório.

A consulta formulada pela interessada tem que ser analisada à luz de princípios básicos de direito tais como o da proibição de enriquecimento ilícito, o da legalidade, e o do dever de indenizar em função de responsabilidade civil.

A correção monetária nada mais é do que a reposição do valor aquisitivo da moeda corroída pela inflação. **Ipsa facto**, sua aplicação nos casos de inadimplência das partes não configura penalidade à parte faltosa.

Assevere-se que a correção monetária só existe porque existe inflação, conseqüentemente, nos momentos em que não se registra taxa inflacionária (ainda que extinta por Decreto) impossível é a atualização da moeda.

Infelizmente não é esta a realidade brasileira, a inflação alta é como que um componente ativo de nossa economia, influenciando diretamente em todos os setores das atividades pública e privada.

A correção monetária, nos contratos públicos, decorre de uníssono remansoso entendimento doutrinário e jurisprudencial, por inadmitir-se o enriquecimento ilícito por parte da Administração.

Ademais, o Poder Público ao receber seus tributos em atraso aplica-lhes correção monetária para restabelecer-lhes o valor aquisitivo.

Não é muito difícil compreender que alguns meses de atraso num pagamento são suficiente para corroer profundamente o seu valor real.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, 6º, impõe ao Estado o dever de reparar toda e qualquer lesão injusta causada ao cidadão, não sendo possível, assim, a Administração eximir-se das indenizações devidas ao particular contratado, pelo descumprimento

culposo do contrato.

Por outro lado o art. 56, do Decreto-lei nº 2.300/86, estabelece:

Art. 56. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas deste Decreto-lei, respondendo cada qual pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial".

Em que pese o dispositivo legal supra servir como esteio à proibição de paralisação dos serviços contratados por inadimplência da Administração, em função da essencialidade do interesse público, de igual modo tem a Administração o dever de indenizar o contratado pelos danos e prejuízos a que der causa, inclusive a correção monetária.

Mesmo porque se foi expressamente pactuada uma data para a efetivação do pagamento, o atraso configura descumprimento da cláusula contratual respectiva, sendo conseqüentemente lógica a correção do valor da prestação.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria vem determinando sistematicamente o pagamento da correção monetária, como se pode ver dos seguintes excertos:

"A correção monetária resulta da desvalorização da moeda, enquanto que a multa constitui penalidade e aplicação desta não exclui aquela". (STF, in RDA 105/119).

"A correção monetária é cabível e calculada segundo os índices oficiais. Na falta destes, ou na hipótese de não espelharem a inflação real, o determinado pela decisão judicial". (TJSP, AI 168.754-2, Bol. AASP 1.689, DE 8.5.91).

Os contratos públicos estarão sujeitos à incidência de correção monetária em duas circunstâncias básicas: 1) quando esta for estabelecida em cláusula expressa, autorizada no edital de licitação ou na portaria que exonerou o procedimento licitatório; 2) por força de decisão judicial transitada em julgado, determinando seu pagamento.

A primeira circunstância como se vê decorre de cláusula específica do contrato. Entretanto, a maior parte dos contratos firmados pela Administração, prevê apenas o reajuste do valor do

contrato, que é uma coisa, e não a correção monetária de parcelas pagas em atraso por culpa e/ou inadimplência da Administração, objeto desta consulta, que pode ensejar o ingresso de ação judicial, por parte do contratado, para obter a referida correção.

No caso da correção do pagamento em atraso ser prevista em contrato, esta será devida no dia seguinte ao estipulado para pagamento, nada obsta, todavia, que a Administração solicite do contratado maior tolerância e este admita alguns dias de atraso.

Na hipótese de não haver sido estipulada correção monetária no contrato, poderá o contratante inadimplente concedê-la administrativamente com respaldo no art. 56. do Decreto-lei nº 2.300/86, aliado ao entendimento uníssono da doutrina e da jurisprudência, ou simplesmente pagar o principal, aguardando ação judicial para aplicar correção, se a isso for compelida.

No que concerne ao trâmite dos processos de pagamento, cumpre esclarecer que o contrato, via de regra, estabelece na cláusula que dispõe sobre a forma do pagamento a apresentação prévia das faturas pelo contratado, deve, pois, a Administração cuidar para que o trâmite do pagamento seja condizente com o prazo que se tem para efetuar o pagamento, pois se o atraso se nos diversos setores da Administração, caracterizada está sua culpa.

Finalmente, em resumo, pode-se afirmar que a correção monetária será sempre devida pela parte inadimplente, facultando-se à parte inocente exigí-la judicialmente. Nada impede entretanto que a parte inocente dispense a correção monetária ou que a inadimplente efetue seu pagamento na via administrativa.

É o parecer. **Sub censura.**

PROCURADORA ADMINISTRATIVA - PGE, em Manaus,
17 de setembro de 1992.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 1520/92-PGE**DESPACHO:**

Ponho-me de inteiro acordo com as razões expendidas no parecer retro.

Efetivamente, a correção monetária é devida sempre que ocorrer atraso no pagamento, para o qual não tenha concorrido o Contratado, pois se o tiver o pagamento deverá ser feito sem correção. Na hipótese de atraso atribuível a Administração, o servidor que a ele tiver dado causa deverá ser responsabilizado.

Frente à notória e assuatadora inflação seria iníquo que não se liquidasse a obrigação, contratualmente, assumida, pelo valor da moeda na época de seu efetivo implemento, pela primária razão de que a moeda deve sempre conservar seu valor liberatório enquanto instrumento apto a saldar dívida. Portanto tenho por legítima a atualização de seu valor.

À superior consideração do Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
30 de setembro de 1992.

CYNTHIA DE ARAÚJO LIMA LOPES
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 1520/92-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Economia, Fazenda e Turismo - SEFAZ.

ASSUNTO: Consulta sobre incidência de correção monetária sobre pagamentos com atraso, de responsabilidade da administração.

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o Despacho da

Dra. Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa quando ratifica as judiciosas razões externadas pelo Procurador Jorge Henrique de Freitas Pinho, o qual, no seu bem lançado Parecer de fls., examinou detidamente o assunto, concluindo que a correção monetária constitui tão somente a reposição do valor aquisitivo da moeda, tornando-se devida em caso de inadimplemento contratual da Administração, a qual, não atendendo administrativamente o seu pagamento, poderá ser compelida a fazê-lo por decisão judicial.

Tal entendimento tornou-se tranquilo no seio de nossa doutrina e jurisprudência. Com efeito, analisando o assunto sob o título "A mora da Administração contratante e suas conseqüências", assim prelecionou o inesquecível HELY LOPES MEIRELLES:

"..., para que não ocorra o desequilíbrio financeiro do contrato, o pagamento deve ser efetuado dentro do prazo contratualmente previsto ou, na falta de disposição expressa nesse sentido, após o cumprimento de todas as formalidades burocráticas usualmente necessárias e presentes nas transações comerciais. A partir daí, toda e qualquer mora da administração, sem justa causa, deverá ser corrigida através da atualização monetária do valor devido, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato".

Linhas abaixo, escreveu o grande publicista bandeirante:

"É incontestável, portanto, que a Administração - direta ou indireta - descumprindo suas obrigações contratuais ou cumprindo-as em desconformidade com o pactuado, há de tomar as providências necessárias para compensar o contratado dos prejuízos que sua conduta lhe acarretar, sob pena de ser coagida a fazê-lo em Juízo.

E a aplicação da correção monetária sobre os pagamentos efetuados com atraso é a forma mais singela de ressarcimento dos danos causados pela mora da Administração. Isso porque, como já nos foi dado afirmar, "a correção monetária destina-se apenas à reposição do poder aquisi-

tivo original do valor do débito em atraso, aumentando a sua quantidade a fim de operar uma restitutio in integrum no pagamento do credor"(....)" e não se confunde com reajustamento contratual de preços, nem elide a indenização pelos prejuízos que a mora da Administração causar ao contratado". (in Estudos e Pareceres do Direito Público, Vol. 11, RT, 1991, págs. 156/158). (Sem grifos no original).

A jurisprudência dos nossos tribunais não discrepa do supratranscrito ensinamento doutrinário. Veja-se:

"CORREÇÃO MONETÁRIA - DÉBITO ESTATAL - ATUALIZAÇÃO DE PRECATÓRIO. O Estado que é intransigente na atualização de seus créditos não tem argumento para contrapor à correção de seus débitos, naqueles casos em que o retardo na satisfação destes últimos tenha sido de sua inteira responsabilidade (TJ-RJ - Ac. unân. da 4ª Câm. Civ. Reg. em 8.4.86 - Ap. 39.019 - Rel. Des. Áurea Pimentel Pereira - Estado do Rio de Janeiro vs. Luiz Gonzaga de Bulhões). (in ADCOAS nº 26 - 109407, pág. 403).

"CONTRATO - ATRASO NO PAGAMENTO - CORREÇÃO MONETÁRIA - CABIMENTO".

"A demora no pagamento do preço ajustado constitui ilícito contratual que deve ser reparado utilizando-se os índices da correção monetária, desde o termo inicial da mora. Recurso Provido". (STJ - REsp. nº 10.524-SP. Recorrente: Riper Construções e Comércio Ltda. Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo. Relator: Min. Américo Luz). (in BLC maio/92. págs. 199/201).

No Supremo Tribunal Federal vigora o mesmo entendimento, conforme se vê dos seguintes julgados:

RE nº 103.503 - SP (Primeira Turma)

"Execução de obra pública. Ilícito contratual. Correção monetária.

Se a Prefeitura recusou-se a pagar a obra pública que mandou executar e recebeu como boa, comete ilícito contratual cuja reparação reclama ampla correção monetária, a partir de quando verificado o agravo patrimonial". (in RTJ. 112/923-925).

RE nº 113.892-SP (Segunda Turma)

"Contrato de obras e serviços públicos.

Impontualidade nos pagamentos.

Correção monetária - cabimento - procedência do pedido.

Divergência demonstrada.

RE conhecido e provido". (in RTJ. 129/389-392).

Realmente seria inconcebível que, em face dos perversos efeitos inflacionários que atingem a economia do País, não estivesse a Administração obrigada a saldar suas dívidas atrasadas, devidamente corrigidas com a atualização do seu valor monetário, mormente quando o Poder Público, ante a mora do contribuinte, exige o pagamento de seus créditos atualizados pela incidência da correção monetária.

Por outro lado, como deixou bem evidenciado o Ministro Célso Borja, do STF, na relatória do RE nº 113.892-SP:

"... A correção monetária foi instituída para que se mantenha o poder de compra da moeda, tendo em vista sua crescente desvalorização. Portanto, tem por finalidade a atualização do crédito, não é penalidade por atraso, como são os juros contratados".

Ante tais circunstâncias, inteira razão assiste à Dra. Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE quando afirma: "... a correção monetária é devida sempre que ocorrer atraso no pagamento, para o qual não tenha concorrido o contratado, pois se o tiver o pagamento deverá ser feito sem correção".

Cabe ressaltar ainda, na linha de raciocínio da Chefia da douta P. A., que "Na hipótese de atraso atribuível à Administração, o servidor que a ela tiver dado causa deverá ser responsabilizado".

Com este entendimento, esclarecida a consulta formulada, no sentido da incidência de correção monetária sobre os valores pagos com atraso pela Administração, DEVOLVA-SE o Processo ao Gabinete do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Economia, Fazenda e Turismo.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 8 de outubro de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 0453/92-PGE**INTERESSADO: SEDUC - FUNDAÇÃO TEATRO AMAZONAS -
TEATRO AMAZONAS****ASSUNTO: Consulta sobre o pagamento de Horas Extras Servidores
daquela entidade.****PARECER Nº 002/92-PPT/PGE**

Nos termos do artigo 468 da CLT, não é permitida a alteração do contrato de trabalho que direta ou indiretamente cause prejuízos ao empregado.

SENHOR CHEFE DA PPT:

Trata-se de Consulta da SEDUC - Fundação Teatro Amazonas - Teatro Amazonas, sobre o pagamento de Horas Extras já incorporada à remuneração de seus Servidores à época ainda, da extinta Superintendência do Teatro Amazonas, e que com a nova tabela de cargos e salários da atual entidade (Fundação) deixou de ser paga.

Muito embora, não constem da Consulta, elementos necessários para uma melhor análise do pedido, tais como: (folhas de pagamento da época da extinta superintendência e da atual Fundação, bem como a nova tabela de cargos e salários), verifica-se que na verdade refere-se ao pagamento de horas extras já incorporadas à remuneração de servidores daquele órgão e que com a mudança da natureza jurídica do mesmo, além de outra tabela de cargos e salários foram excluídas de folha.

A supressão pelo empregado das horas extras habitualmente trabalhadas e pagas durante pelo menos um ano já se encontra

definida através da Súmula 291 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (D. J. 14.04.89) que assim determina:

"Horas extras - Revisão do Enunciado nº 76 - A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal, o cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

É o nosso entendimento, que na verdade, não se trata de supressão de trabalho efetuado em horário extraordinário, como determina a súmula 291 do TST, uma vez que já estava incorporada à remuneração dos servidores daquela entidade, a importância correspondente ao trabalho extraordinário, nos termos da anterior súmula 76 do TST, mais sim da retirada pura e simples da folha de pagamento de vantagem que já a algum tempo vinha sendo paga.

Considerando que são os servidores da Fundação Teatro Amazonas - regidos pelas normas da CLT, tal ato, afronta o disposto no artigo 468 da Legislação Consolidada que determina:

"Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".

Pelas razões e fundamentos anteriormente expostos, entendo que não pode ser retirada dos servidores regidos pelas normas da CLT da Fundação Teatro Amazonas - Teatro Amazonas - vantagem pecuniária já incorporada à sua remuneração, uma vez que tal ato, resulta em prejuízo direto aos mesmos em afronta ao disposto no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Deve aquele órgão restabelecer o pagamento das horas extras já incorporadas à remuneração dos servidores.

É o nosso parecer, S.M.J.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO, da PGE,
em Manaus, 24 de março de 1992.

ALDEMAR AUGUSTO A. J. DE SALLES
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 0453/92-PGE

INTERESSADO: FUNDAÇÃO TEATRO AMAZONAS

ASSUNTO: Consulta sobre Vantagens Pessoais do Funcionários da
extinta Superintendência do Teatro Amazonas.

DESPACHO:

A Consulente não trouxe à colação documentos esclarecedores do ocorrido, quanto a possível redução salarial de empregados que obtiveram incorporação de trabalho extraordinário no "quantum" salarial mensal e, que injustificadamente deixou de ser acrescido ao mesmo.

Conforme ficou evidenciado acima, a inexistência de elementos próprios impermitem a indicação de qualquer base de cálculo.

Aprovo, pelos seus legítimos fundamentos, o Parecer Ementado. Encaminhe-se ao Dr. Procurador-Geral, pela via própria.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO, da PGE,
em Manaus, 26 de março de 1992

ALBERTO GUIDO VALÉRIO
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 0453/92-PGE

INTERESSADO: FUNDAÇÃO TEATRO AMAZONAS

ASSUNTO: Suspensão de pagamento de horas extras. Consulta.

DESPACHO:

APROVO, por seus fundamentos jurídicos e legais, o PARECER Nº 002/92-PPT/PGE, que, analisando a consulta da direção da FUNDAÇÃO TEATRO AMAZONAS, explicita o direito dos servidores dessa Entidade à continuidade na percepção de horas extras já incorporadas à respectiva remuneração até porque não houve rompimento de contrato, nem alteração do regime jurídico: continuam regidos pela CLT.

Todavia, **in casu**, na hipótese de ocorrer a supressão do serviço extraordinário, por desnecessidade, a Administração poderá adotar o seguinte comportamento: continuar pagando as horas extras ou se houver condições, indenizar os servidores beneficiários, quitando esse direito. Outros esclarecimentos adicionais podem ser obtidos diretamente na Procuradoria do Pessoal Temporário/PGE.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à FUNDAÇÃO TEATRO AMAZONAS.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus, 08 de abril de 1992.

VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01330/92-PGE**ASSUNTO: PAGAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL****INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE - SESAU****PARECER Nº 002/92 - PROFIS/PGE**

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL COBRADA DO ESTADO DO AMAZONAS - MATERNIDADE ANA NERY - PELA FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE. ILEGITIMIDADE ATIVA DA REFERIDA FEDERAÇÃO À EXISTÊNCIA DE SINDICATO PATRONAL RESPECTIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM PROL DA SAÚDE PÚBLICA COMO FINALIDADE INSTITUCIONAL DO ESTADO. ATIVIDADE EXERCIDA SEM FINS LUCRATIVOS. ISENÇÃO AO PAGAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PRETENDIDA NA FORMA DO ART. 580 § 6º DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.

A Secretaria de Estado da Saúde - SESAU - encaminhou à esta PGE Ofício nº 1915/92-GSESAU para submeter a reexame o Parecer nº 03/88-PPT/PGE que analisou a obrigatoriedade ou não do pagamento da contribuição sindical patronal cobrada pela Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde, à luz da Constituição Federal promulgada em 5.10.88, sendo livre a associação sindical do servidor público civil.

A consulta veio acompanhada de expediente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviço de Saúde, com sede em São Paulo, da Notificação nº 52/90-5, expedida contra Hospital

Maternidade Ana Nery, nesta cidade, para cobrar recolhimento da Contribuição Sindical Patronal e de cópia do referido Parecer nº 03/88-PPT/PGE.

O processo em epigrafe foi inicialmente encaminhado à Procuradoria de Pessoal Temporário e, por despacho fundamentado do Procurador-Chefe dessa Especializada, em razão da matéria sob consulta, foi encaminhada à esta Procuradoria Fiscal da PGE.

Do exame do Parecer nº 03/88-PPT/PGE, constata-se a necessidade de alterá-lo na parte relativa à autorização constitucional de sindicalização contida no artigo 37, inciso VI da Carta Política Federal que enuncia.

"Art. 37 -

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical".

.....

Esse dispositivo constitucional, sendo auto-aplicável, revogou o artigo 566 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Entretanto, a consulta versa sobre a obrigatoriedade ou não do pagamento de Contribuição Sindical Patronal à Federação Nacional dos Estados de Serviços de Saúde - FENAESS - com sede em São Paulo.

De início, válido argumentar a ilegitimidade da mencionada FENAESS para pretender o pagamento da Contribuição Sindical Patronal.

É sabido que a contribuição cobrada é devida à instituição sindical representativa da categoria sediada na base territorial respectiva. Assim, como existe neste Estado, Sindicato dos Estabelecimentos dos Serviços de Saúde, fica afastada a legitimidade da FENAESS de receber as contribuições pretendidas, como se infere dos artigos 578 e seguintes da CLT, que tratam da matéria.

Por outro ângulo, é certa a liberdade de sindicalização por todos os funcionários públicos civis do Estado. Acatada deve ser a validade da colaboração prestada ao Estado pelas instituições sindicais no atingimento e concretização da Justiça Social. Entretanto, o ente político - Estado do Amazonas - não deve ser encarado como empregador no perfil traçado pela lei trabalhista ao empregador privado, ao qual a exploração da atividade profissional visa, sobretudo, ao lucro econômico enquanto para aquele, restringe-se a gerir recursos públicos em prol da coletividade.

Sabe-se que o Estado Federado, quando presta serviços

em prol da saúde pública, fá-lo para atingimento de finalidade precípua e indisponível dentro de suas prioridades institucionais e constitucionalmente delineadas na Seção II do Capítulo II, Título VIII - Da Ordem Social, quando diz no artigo 196 e seguintes da Carta Magna:

"Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

É ínsita à finalidade do Estado a execução de política para assegurar o cumprimento do seu dever de prestar assistência à saúde da coletividade, mediante a utilização de recursos providos pela própria sociedade, de forma direta e indireta, de recursos advindos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como regulado pelo artigo 195 da Constituição Federal.

A prestação de serviços de assistência à saúde pelo Estado do Amazonas, através de sua unidade hospitalar "Maternidade Ana Nery" dá-se à população, de forma gratuita e indiscriminada, nada sendo cobrado a título de contraprestação pecuniária, visto tratar-se essa atividade de dever do Estado a ser exercido para cumprimento, como dito, de suas prioridades finalísticas institucionais executadas mediante recursos públicos, advindos de impostos cobrados da população e de outras fontes de receitas discriminadas no artigo 195 da Constituição Federal retrocitado.

Sob esse ângulo, o Estado do Amazonas - por qualquer de suas unidades hospitalares de saúde deixa demonstrado à luz das regras constitucionais, que não possui capital social, mas somente administra receitas públicas; não obtém lucro econômico, mas presta assistência à saúde coletiva gratuitamente, para cumprir a finalidade prioritária de assegurar à coletividade o direito à saúde.

Em assim sendo, possível o enquadramento do Estado do Amazonas na regra do artigo 580, § 6º da Consolidação das Leis do Trabalho que exclui do pagamento da contribuição sindical patronal as entidades e instituições que comprovarem, através de requerimento dirigido ao Ministério do Trabalho, que não exercem atividade econômica com fins lucrativos.

O Ministério do Trabalho editou então a Portaria nº 3013, de 17.1.79, anexa, para definir entidades de instituições não exercentes de atividades econômicas com fins lucrativos para fins de contribuição

sindical. Outrossim, pelo artigo 8º, I da Constituição Federal ficou vedada a interferência do Poder público na organização sindical, excluindo-se, desse modo, qualquer definição, de ordem jurídica ou extrajurídica, para as questões de interesse dos Sindicatos.

À vista do exposto, estando afastada a legitimidade da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde para cobrar ou receber a contribuição sindical patronal e, sendo os serviços de saúde prestados pelo Estado do Amazonas, através de suas Unidades Hospitalares, gratuito e no atendimento às suas finalidades institucionais, portanto, sem fins lucrativos, concluo ser indevida a cobrança da contribuição sindical patronal buscada, cabendo o Estado do Amazonas, pela Secretaria interessada, oficial à Delegacia Regional do Trabalho para obter informações acerca da possibilidade de usufruir da isenção prevista na Portaria nº 3013/79, cuja concessão foi retirada da órbita do Ministério do Trabalho por via da norma expressa no artigo 8º, I da Constituição Federal.

É o parecer, s.m.j.

Manaus, 08 de setembro de 1992.

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
Procuradora do Estado'

PROCESSO Nº 01330/92-PGE

**ASSUNTO: PAGAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRO-
NAL**

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE - SESAU

D E S P A C H O:

Coerente com o sistema político-econômico da tradição brasileira desde o Brasil-Colônia, a Constituição de 1988 reservou à iniciativa privada, na forma da consuetudinária lei de mercado, a responsabilidade pela promoção da atividade econômica, cabendo ao Estado funcionar basicamente como agente normativo, regulador e indutor dessa atividade com vistas a que o desenvolvimento social seja conseqüência natural do crescimento econômico.

Por isso, só em caráter excepcional, mas sempre respeitando a natureza concorrencial inerente à livre iniciativa, é que o Estado explora diretamente a atividade econômica.

Fá-lo, entretanto, exclusivamente através de suas entidades personalizadas, com patrimônio próprio e autonomia administrativa-financeira. Mais do que isso: sob a égide do direito privado, visto como o Estado se despoja do seu **jus imperium** para assujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto ao regime de pessoal, o celetista.

é incidivelmente idêntico o regime concorrencial que se estabelece entre a empresa estatal e a privada, tanto que a própria Constituição veda possam a sociedade de economia e a empresa pública (instrumentos com os quais o Estado intervém na atividade econômica por imperativo de segurança nacional ou relevante e interesse coletivo) gozar de privilégios não extensivos às do setor privado.

Resulta claro que, se o Estado excepcionalmente pretende explorar atividade econômica, não o fará enquanto pessoa jurídica de direito público, senão através de seus entes personalizados com os quais se associa em consonância com os comandos infraconstitucionais, notadamente os estampados no art. 5º do Decllei nº 200/67 e, no que pertine a sociedade de economia mista, o particular regramento contido no capítulo XIX da Lei nº 6.404, de 15 de novembro de 1976.

Ademais disso, conquanto princípio constitucional programático, a saúde é de direito de todos e dever do Estado, bem por isso que são de relevância pública, as ações e serviços de saúde, e, mesmo que executada por pessoa física ou jurídica de direito privado, o Poder Público não cede sua prerrogativa para erigir a regulamentação, realizar a fiscalização e o seu controle.

Aduza-se a tais considerações, para fins do que aqui se trata, que o Estado (pessoa jurídica de direito público) sobre não poder ser terminologicado como categoria econômica não é produtor de bens materiais com destinação mercantilizadora.

Não, ao revés, o Estado busca e tem como finalidade a satisfação do interesse social. Não mais é o Estado do *laissez faire* *laissez-passer*, mas o Estado de direito do bem-estar social. Não é mais o Estado mínimo, mas o Estado máximo na perseguição do atingimento da satisfação dos serviços públicos essenciais, como a saúde.

E para alcançar esse desideratum não se confunde com os agentes econômicos, estes sim, agrupados em categorias terminológicas. E mais do que isso: agrupados em representação sindical.

A tais categorias, sem a mais mínima dúvida, aplica-se-

lhes as regras laborais dos artigos 578 a 609 da CLT, do que resultará a obrigatoriedade da imposição sindical contributiva.

Ao Estado, que não se sindicaliza, também por mais esse fundamento, não.

Ao fim e ao cabo, de tudo e por tudo, aprovo as lúcidas razões que calçaram o bem estruturado Parecer nº 002/92 - PROFIS, tomando, entretentes, licença apenas para desaconselhar o envio de Ofício à Delegacia Regional do Trabalho para eventual fruição isencional prevista na Portaria nº 3013/79, posto como na isenção está pressuposta a incidência impositiva da exação, o que incoorre na espécie por absoluta ausência do fato jurígeno ensejador da obrigação.

À superior consideração do Senhor Procurador-Geral do Estado.

Manaus, 18 de setembro de 1992.

ELSON ANDRADE
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1330/92-PGE

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos as manipulações exaradas pela Procuradoria Fiscal/PGE, acerca da impossibilidade jurídica da cobrança, ao Estado do Amazonas, (Maternidade Ana Nery), da contribuição sindical, pela Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde.

Com efeito, tanto o Parecer da Procuradora Dra. Sandra Maria do Couto e Silva, quanto o Despacho que o aprovou, do Dr. Elson Andrade, Procurador-Chefe da PROFIS, analisaram detidamente o assunto concluindo que, em se tratando de serviço de saúde pública, sem fins lucrativos, prestados diretamente pelo Estado, indevida é a cobrança da contribuição sindical.

Devolva-se o Processo ao Gabinete do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Saúde.

Manaus, 23 de Setembro de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 0040/93-PGE (016112/92-SESAU)

ASSUNTO: Aquisição de Material Permanente, destinado aos Agentes de Vigilância Sanitária.

INTERESSADO: C.D.P. Coordenadoria de Desenvolvimento de Programa Especiais de Saúde.

PARECER Nº 025/93-PA/PGE

EMENTA: TOMADA DE PREÇOS. NO MOMENTO DA CONCORRÊNCIA EM MATÉRIA DE COLETA DE PREÇOS, AS FIRMAS CONCORRENTES DEVEM ESTAR LEGALMENTE HABILITADAS. REGULARIZAÇÃO POSTERIOR DE FIRMA CLASSIFICADA NÃO PODE SANAR VÍCIO HAVIDO NOS PROCEDIMENTOS.

O presente Processo de nº 016112/92-SESAU versa sobre procedimento de aquisição de material permanente, destinados à operacionalização dos Agentes de Vigilância Sanitária, no interior do Estado, possivelmente no combate às doenças de surto epidêmico, dentre os quais se destaca o "cólera".

Os procedimentos, no caso, foram iniciados pelo memorando nº 354/92, de 09.12.92, do Sr. Coordenador de Desenvolvimento de Programas Especiais de Saúde/SESAU, envolvendo mobiliário funcional, lanternas e coletes salva-vidas. Ainda, a pretendida aquisição foi dispensada, em face da emergência, de licitação, no despacho do ilustre Titular da SESAU em 18.12.92 e, na mesma data, ratificada pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado.

Houve a coleta de preços, e sagraram-se vencedoras as firmas ARLEP - Manutenção e Comércio de Ótica e Mecânica Ltda.

e VALENTIN - Indústria e Comércio Ltda, sendo o fornecimento dos materiais adjudicados a elas, por despacho do Sr. Subsecretário de Saúde, datado de 18.12.92.

Ocorre que a Sra. Diretora Financeira da SESAU, manifestou sua preocupação na aquisição dos materiais à firma ARLEP - Manutenção e Comércio de Ótica e Mecânica Ltda, uma vez que a sua razão social e seus objetivos sociais não eram compatíveis com o comércio de mobiliário lanternas e salva-vidas.

Em face da dúvida levantada o Sr. Subsecretário da Saúde, através do Ofício nº 0062/93-GSESAU, solicitou a audiência da Procuradoria Geral para esclarecer e deslindar a questão em foco.

É o relatório.

Diante do relato acima, e compulsando as peças constitutivas do Processo em análise, concluiu-se logo que a Comissão de Licitação da SESAU descuroou-se do exame mais atento da documentação das empresas concorrentes, uma vez que ao tempo da coleta de preços até o ato de adjudicação às firmas vencedoras (18.12.92), a firma ARLEP - Manutenção e Comércio de Ótica e Mecânica Ltda., pela própria especialização e restrição de seu comércio, não tinha competência de comercializar a venda de móveis e materiais de segurança.

Na verdade, àquela altura, não constava do Contrato Social da ARLEP, no objeto e finalidades de seu empreendimento, o comércio de mobiliário e artigos de segurança pessoal.

Aliás, a declaração precisa e detalhada do objeto e finalidades da empresa é imposta, nos atos de constituição e demais alterações do empreendimento, como bem se observa do art. 64. § 1º, do Decreto nº 57.651 de 10 de janeiro de 1966, regulamentar da Lei nº 4.726, de 13 de julho de 1965 que dispõe sobre os Serviços de Registro do Comércio e Atividades afins a saber:

"Art. 64. No arquivamento de quaisquer atos relativos a constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento da empresas, e bem assim de suas alterações, é obrigatório declarar com necessária precisão, "ex-vi" do dispositivo do artigo 72 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, o objeto e finalidade do empreendimento.
§ 1º - Considera-se declarado com precisão e detalhe, salvo casos especiais, o objeto

da empresa que indicar o gênero, a espécie e o local de sua exploração."

Ora se na data dos procedimentos prévios da aquisição, a firma ARLEP não apresentava as condições legais para concorrer com as demais, não poderia nunca ser classificada, mas simplesmente desclassificada.

Ademais, não é lícito considerar que essa grave falha possa ser saneada posteriormente, em prejuízo das demais empresas concorrentes que, à época, se apresentavam regulares.

Assim, não tem cabimento que a empresa ARLEP - Manutenção e Comércio de Ótica e Mecânica Ltda., com a finalidade evidente de regularizar-se perante a SESAU, venha juntar aos autos uma cópia autenticada da "Sexta Alteração de Contrato Social da Firma ARLEP MANUTENÇÃO E COMÉRCIO DE ÓTICA E MECÂNICA LTDA.," datada de 4 de janeiro de 1993 e registrada na junta Comercial do Estado do Amazonas em 6 de janeiro de 1993, sob o número III 45, 7, na qual foram grandemente ampliados os seus objetivos sociais, com a abrangência do comércio generalizado, sem correspondência aos signos da respectiva razão ou denominação social.

Por isso, é de se concluir, naturalmente, que a Comissão de Licitação da SESAU, claudicou na escolha da firma ARLEP, como vencedora para o fornecimento de artigos que não podia àquela altura comercializar e que, sem dúvida, a habilitação posterior obtida não tem o condão de retroagir efeitos para regularizar os procedimentos de concorrência em discussão.

Com este entendimento, cumpre-me submeter o Processo à reflexão final da Chefia da PA/PGE.

É o Parecer.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
04 de fevereiro de 1993.

MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS
Procuradora do Estado

DESPACHO:

De acordo.

Saliento, de outra parte, que a emergência autorizadora da dispensa com fulcro no art. 22, IV, do DL 2.300/86 sequer restou caracterizada, donde resulta ilegítima a aquisição levada a cabo, porque afastado o "princípio da licitação", "princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público" (José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 565).

Não há, nos autos os elementos necessários à demonstração da situação descrita no inciso IV, do DL 2.300/86.

Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz comentando outra hipótese de dispensa, mas em todo aplicável ao caso, pontificam:

"Para que se justifique a contratação direta, nesses casos, é necessária a existência de uma correlação lógica entre a contratação direta pretendida e a necessidade a ser atendida de imediato. Donde se conclui que a simples fundamentação da contratação direta no dispositivo legal não é suficiente. Se não houver a correlação lógica referida, justificada não estará a dispensa de licitação. De revés, havendo essa correlação lógica, não se afrontarão os princípios vetoriais do instituto.

Diógenes Gasparini discorrendo sobre a hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso IV, do art. 22, do DL 2.300/86, assevera:

"O atendimento de certas situações, pelo Poder Público, há procrastinação causar prejuízo ou comprometer a segurança dos administrados, de obras, de bens ou de equipamentos. A emergência, como hipótese de dispensa de licitação consignada no inciso IV do art. 22 do Estatuto, é caracterizada pela obrigação imediata ou urgente que tem a Administração Pública de evitar situações que possam

ocasionar prejuízos ou o comprometimento da segurança de pessoas, obras, bens e equipamentos. Nessas hipóteses, diz-se que a emergência é real. O suprimento de oxigênio no hospital municipal em caso de calamidade pública, o conserto do reservatório de água da cidade cujo vazamento ameaça sua segurança e a restauração do equipamento de balsa, destruído por uma enchente anormal do rio, são exemplos de casos de emergência. Assim, não é de emergência real a situação que deve ser resolvida de imediato (compra de distintivos, hoje, para serem dados amanhã aos funcionários que completarem vinte anos de serviços público), quando dela já se tenha conhecimento muito tempo antes. Nessa hipótese, diz-se que a emergência é ficta, ou fabricada. Em tais casos, há negligência, não urgência. Apesar disso, contrata-se, e pela negligência responderá a autoridade omissa. (Contrato Administrativo, p. 214).

À falta dos elementos indispensáveis à configuração da espécie, vez que não se pode considerar como emergência uma solicitação de aquisição de material feita pelo Coordenador de Desenvolvimento de Programas Especiais de Saúde só porque feita às vésperas da expiração de prazo de vigência do convênio, e considerando que o convênio, s.m.j. não autoriza a compra de material permanente, além das razões expendidas no parecer que ora empresto aprovação, tenho por ilegal a aquisição direta de equipamentos ultimada pela SESAU.

À consideração do Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA da PGE, em Manaus.
17 de fevereiro de 1993.

CYNTHIA DE ARAÚJO LIMA LOPES
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 0040/93-GPGE (016112/92-SEAD)

INTERESSADO: COORDENADORIA DE DESENVOLVIMENTO DE PROGRAMAS ESPECIAIS DE SAÚDE.

DESPACHO:

APROVO, por suas jurídicas razões e fundamentos legais, o PARECER Nº 025/93, da Procuradoria Administrativa/PGE, bem como os lúcidos suplementos aduzidos pela Dra. Procuradora-Chefe da PA, em seu despacho de fls. ambos, univocamente, concluindo que se configura ilegal a aquisição direta de equipamentos, a cargo da CDPES/SESAU.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à SESAU, ao Gabinete do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Saúde.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus, 19 de fevereiro de 1993.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01015/93-PGE**ASSUNTO: CONSULTA SOBRE O ALCANCE DO DECRETO Nº 15.546/93.****INTERESSADO: SECRETARIA DE GOVERNO.****PARECER Nº 242/93-PA/PGE**

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CRITÉRIOS DE REAJUSTE DE CONTRATOS COM BASE NA UNIDADE BÁSICA DE AVALIAÇÃO (UBA). ATUALIZAÇÃO DE PAGAMENTO EM ATRASO PELA TAXA REFERENCIAL (TR). O DECRETO Nº 15.546, DE 27/07/93 EM FACE DA LEI Nº 8.666, DE 21/06/93 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES). CONSULTA.

Tendo em vista os motivos que ensejaram sua criação, a finalidade de seu uso, a metodologia adotada para determinar sua expressão e a forma como é fixado o seu valor, a UBA não retrata a efetiva variação do custo de produção do Estado do Amazonas, não é recomendável, pois, que seja utilizada como critério de reajuste referido no inciso XI, do art. 40, da Lei nº 8.666, de 21/06/93.

A atualização financeira referida na alínea "c", do inciso XIV, do art. 40, da Nova Lei de Licitações, é devida nos pagamentos em atraso e tem sua expressão fixada pela aplicação da correção monetária mais a incidência dos juros de mora.

A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as varia-

ções do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda, não podendo, portanto, ser utilizada como critério de atualização financeira.

1. A Consulta.

Em face da publicação do Decreto nº 15.546, no Diário Oficial dia 27.07.93, o ínclito e zeloso Secretário de Governo, Dr. David Ruas Neto, dirigiu ao douto Procurador Geral do Estado, expediente vazado nos seguintes termos:

"Tendo em vista razoáveis dúvidas sobre o verdadeiro alcance do Decreto nº 15.546, de 26.07.93, no respeitante aos seus reflexos nos compromissos em execução e de outros em vias de serem celebrados, rogo de V. Exa. que mande proceder um imediato e urgente estudo sobre a matéria, a fim de orientar os órgãos estaduais sobre a aplicação prática do mesmo.

Enquanto isso, estamos recomendando que os órgãos da Administração aguardem o pronunciamento abalizado desse órgão de apoio jurídico do Governo para adotarem as providências que sem dúvidas serão recomendadas".

A consulta vem instruída com cópia do decreto a ser examinado que possui a seguinte redação:

"O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo Art. 54, inciso VIII da Constituição do Estado do Amazonas, tendo em vista o disposto nos Arts. 5º, § 1º, Art. 40, incisos XI e XIV letra "c" e Art. 55 inciso III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o Art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

D E C R E T A:

Art. 1º - Fica estabelecido que o critério

de reajustamento de preços para os contratos celebrados com o Governo do Estado do Amazonas, de que trata o art. 55, inciso III, da Lei 8.666, de 21.06.93, obedecerão a Unidade Básica de Avaliação do Estado do Amazonas - UBA, que retrata a variação efetiva do custo de produção específico no Estado do Amazonas, observado como índice inicial a data de aceite pelo Estado da proposta apresentada pela licitante vencedora.

Art. 2º - O critério de atualização financeira para os casos em que o pagamento a ser efetuado pelo Estado extrapole 30 (trinta) dias, contados da data de faturamento de cada período de aferição até a data do efetivo pagamento, será a Taxa Referencial (TR), valor este divisível pelo prazo de inadimplemento e que será calculado pelo respectivo órgão Estadual onde se efetuou o respectivo contrato".

Art. 3º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 26 de julho de 1993.

Relatei.

2. Considerações Gerais Sobre o Tema.

A matéria trazida para exame está diretamente relacionada, ao que se verifica, à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666, de 21.06.93).

A Nova Lei de Licitações fixa critérios mais rigorosos com vistas a impedir sejam lesados os procedimentos licitatórios, tudo para dar cumprimento aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativas.

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 8.666/93, observa-se uma abordagem diferente em relação ao contratado, a quem é reconhecido, dentre outros, o direito à atualização financeira pelos pagamentos em atraso, direito este que examinarei, mais vagar, um pouco à frente.

Todavia, o conceito de atualização financeira encampa o de correção monetária, pelo que tecerei algumas considerações preliminares sobre esta.

Cumprе salientar que na letra do Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, muito embora estivesse contemplada a possibilidade de reajustamento do contrato (art. 45, inciso III) o que deveria ser contemplado no edital de licitação (art. 32, IV), nada havia sido disposto sobre correção monetária relativa a pagamentos em atraso.

O silêncio da legislação aliado ao princípio da estrita legalidade dos atos administrativos propiciou o não pagamento da correção monetária nos atrasos de pagamentos da Administração, na égide do referido Decreto-lei nº 2.300/86.

Aliás sempre foi prática comum nas Administrações invocar a falta de amparo legal para efetuar o pagamento de correção monetária na via administrativa, o que propiciou o ajuizamento de numerosas ações contra as diversas esferas de Governo, com vista a obter o pagamento da correção monetária pelos atrasos da Administração, diante do que se firmou unissonamente na jurisprudência dos tribunais o entendimento de que: "a correção monetária visa apenas à recomposição do valor da moeda", não caracterizando pois aumento de obrigação, ou penalidade imposta a quem deva pagá-la.

Dai porque, penso ter sido extremamente salutar, a autorização de pagamento da correção monetária, nos pagamentos em atraso, na via administrativa, tudo com vistas a tentar evitar dispendiosas e desnecessárias contendas judiciais.

Mister se faz, tecer a distinção entre correção monetária e reajustamento do contrato.

3. Distinção entre Reajuste e Correção.

O reajuste é específico e tem por objetivo a manutenção do equilíbrio da correlação encargo-remuneração do contrato adequando, periodicamente, os valores contratuais à realidade do mercado, quer pela desvalorização da moeda, quer pela oscilação de preços no mercado, tudo em conformidade com os limites pactuados pelos contratantes, ao passo que a correção monetária, visa tão somente à recomposição do valor aquisitivo da prestação pecuniária, em face da desvalorização da moeda, obedecendo a critério único e índice genérico para todas as obrigações.

O reajustamento do contrato se dá dentro de sua vigência, ao passo que a correção monetária é devida mesmo após a extinção do contrato, desde que haja atraso no pagamento.

Fixados os pontos básicos de distinção entre a correção monetária e reajuste do contrato, pode-se passar ao exame dos indexadores utilizados pelo Decreto nº 15.546/93, para as hipóteses de reajustamento e de atualização financeira, a serem utilizados pelo Estado do Amazonas.

4. O Reajustamento Previsto no Decreto.

Dissecando o art. 1º, do decreto governamental, verifica-se que foi fixada a UNIDADE BÁSICA DE AVALIAÇÃO (UBA) como "critério de reajustamento de preços para os contratos celebrados com o Governo do Estado do Amazonas, de que trata o art. 55, inciso III, da Lei 8.666, de 21.06.93", partindo-se da premissa que ela "retrata a variação efetiva do custo de produção específico no Estado do Amazonas", e determinando-se que seja "observado como índice inicial a data de aceite pelo Estado da proposta apresentada pela licitante vencedora".

O diploma legal que criou a UBA - Lei nº 1163, de 24.12.83 - estabelece em seus artigos 1º e 2º:

"Art. 1º - Fica instituída a Unidade Básica de Avaliação (UBA), com valor de Cr\$ 500,00 (QUINHENTOS CRUZEIROS), base monetária para cálculo de penas pecuniárias por infração à legislação fiscal do Estado, avaliações e fixação de valores atualizáveis em geral, em substituição a valores monetários fixados em conformidade do salário mínimo regional.

Art. 2º - O valor de que trata o artigo anterior será corrigido, anualmente, através de ato do Secretário de Fazenda, tendo em vista o coeficiente de atualização monetária estabelecido pelo Governo Federal, na forma prevista no art. 2º, da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975".

A criação da UBA foi originada da proibição de se utilizar da variação do salário mínimo como critério de atualização de preços, proibição esta que se encontra preconizada na Atual Carta Federal (art. 7º, inciso IV).

O artigo 2º da Lei nº 6.205/75 determinava que a correção pelo salário mínimo fosse substituída por sistema especial de correção monetária. Sistema este que poderia ser limitado pela

variação do coeficiente das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN).

O primeiro entendimento que se pode tirar é o de que a UBA é indexador controlado pelo Governo do Estado do Amazonas e utilizado como base *monetária para cálculo de penas pecuniárias por infração à legislação fiscal do Estado, avaliações e fixação de valores atualizáveis em geral, em substituição a valores monetários fixados em conformidade do salário mínimo regional.*

O que vale dizer que a utilização da UBA destinou-se, em princípio, à substituição dos valores monetários que antes do advento da Lei nº 6.025/75, eram corrigidos pela variação do salário mínimo regional, valores esses que se prendiam, no mais das vezes, às atualizações das penalidades impostas pela administração e ainda ao pagamento de taxas.

Muito embora o artigo 2º da Lei 1.163/75 determine que a UBA seja atualizada conforme os índices do Governo Federal, verifica-se que, atualmente, ela também corrige o pagamento do ICMS do Estado do Amazonas no regime da Estimativa Fixa utilizado pelos pequenos e médios empresários, em vista do que sofre grande pressão, por parte destes, com vistas a impedir seu acréscimo, encontrando-se, presentemente, defasada em aproximadamente 190%, em relação aos demais índices que existem no mercado, segundo informações de técnicos da SEFAZ.

Isto por si só já demonstra que a UBA não está muito ligada ao fenômeno inflacionário nacional - porque se encontra defasada em relação aos índices nacionais - e muito menos à inflação local que, sabidamente, é muito superior à dos demais centros brasileiros, podendo-se inferir daí, ainda, que ela não pode retratar a variação efetiva do custo de produção do Estado do Amazonas.

Além do mais, o critério que vem sendo utilizado para reajustá-la é discricionário, porquanto seja diretamente ditado pelo Secretário da Fazenda através de resolução, sem qualquer fixação da metodologia que determina a composição do índice, posto que a resolução apenas fixa um valor específico.

Por estas razões, penso não ser recomendável a utilização de um índice que, pelo menos até o presente momento, não me pareça refletir *a variação efetiva do custo de produção* no Estado do Amazonas, conforme é exigido pelo inciso XI, do art. 40, da Lei nº 8.666/93.

Assim, em que pese não haver disposição legal específica que impeça a utilização da UBA como indexador de negócios jurídicos, a exemplo do que ocorre com a UFIR - que tem vedado

esse tipo de utilização pelo § 2º, do art. 1º da Lei nº 8.383, de 31.12.91 -, sou de opinião que o impedimento de utilização da UBA se dê em função da falta de ligação direta com a variação do custo de produção do Estado do Amazonas.

A contrário senso, não haverá dificuldade alguma em se aplicar a UBA, desde que seja modificada, através de Lei, a metodologia e base de cálculo que fixem sua expressão, com vistas a que sejam utilizados elementos em sua composição que comprovem a variação do custo de produção no Estado do Amazonas.

Até que isto aconteça penso ser de melhor alvitre sejam os reajustes contratuais efetuados com fulcro em índices específicos como o INPC, o IGPM ou o IPC, dentre outros, ou ainda, e com maior credibilidade, por índices setoriais, como o INCC, conforme o caso, melhor adequados à realidade de cada contratação.

É bom lembrar que pelo fato de os índices serem extingüidos ou deixarem de ser publicados, qualquer regulamentação a respeito da matéria deve deixar margem à sua substituição por outros indicadores disponíveis, tudo ao fito de impedir que os contratos deixem de ser reajustados pela falta de índice.

5. O Reajustamento a Partir da Proposta.

Ainda no que concerne aos critérios de reajustamento observo no decreto *sub examen* a fixação da data de aceite da proposta como marco inicial para o reajuste.

Data venia, a dicção do inciso XI, do art. 40, da Lei nº 8.666/93 refere que o índice poderá ser fixado inicialmente "*desde a data da proposta ou do orçamento a que esta se referir*".

A data da proposta ou do orçamento a que esta se referir foi eleita pelo legislador como marco inicial do reajustamento. Na adjudicação ocorre como que um "*pré-aceite*", posto ser ela o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para a subsequente efetivação do contrato administrativo. A homologação do resultado é o aceite definitivo que gera o direito de contratar com a Administração.

A homologação, isto é, o aceite da proposta pela Administração é ato posterior à esta, razão pela qual discordo do entendimento que deva ser utilizada como marco inicial do reajuste.

Para reforçar esse entendimento, veja-se que a Lei faculta, ainda, como marco inicial, a data do orçamento a que se refira a proposta. Ora, o orçamento que embasa uma proposta pode, indiscutivelmente, ter sido feito em mês anterior ao de sua apresentação, o que afasta mais ainda o marco inicial da data de

homologação.

6. Efeito Financeiro Retroativo.

Vale ressaltar que ao disciplinar a questão relativa ao início do reajustamento contratual, a Nova Lei de Licitações tocou noutro ponto crucial do antigo Decreto-lei nº 2.300/86, qual seja, a vedação à ocorrência de efeito financeiro retroativo nos ajustes firmados pela Administração.

Inobstante o caráter extremamente salutar da proibição de existência de efeito financeiro retroativo nos contratos administrativos, a antiga disposição do § 2º, do art. 51, do Decreto-lei nº 2.300/86, gerou problemas os mais variados na aplicação das fórmulas de reajuste, por ele próprias previstas.

É que a interpretação dada era no sentido de que não se podia ter índice inicial anterior à data de assinatura do contrato, sob pena de configurar o indesejável efeito financeiro retroativo.

Desse modo, nas concorrências em que existe, via de regra, pelo menos o lapso de 30 dias entre a realização do certame e a assinatura do contrato, este já se iniciava em desequilíbrio, porque teria perdido pelo menos a variação inflacionária relativa aos trinta dias passados, fato esse que era agravado, principalmente, ao se cuidar de licitação na modalidade "preço base", em que os valores orçados utilizados para fixar os preços máximo, mínimo e médio, referiram-se a determinado mês anterior ao da própria abertura da licitação.

Exemplificando, numa concorrência por preço base os valores eram orçados pela Administração no mês de março, o edital era publicado no mês de abril, a licitação se realizava em maio, e o contrato era assinado em junho. Assim, o contratado era obrigado a concorrer com um preço relativo a março que só poderia ser reajustado pelo índice relativo a junho, circunstância geradora, indiscutivelmente, de defasagem (pelo menos três meses) de inflação no preço, o que, nos nossos níveis inflacionários, inviabiliza qualquer empreendimento. Esse fato, no meu sentir, praticamente impunha a apresentação, pela Administração, de preço básico com inflação projetada, aparentando "superfaturamento" nos contratos.

É interessante lembrar que, quando de meu ingresso na Procuradoria Geral do Estado, em setembro de 1988, de logo entrei a emitir pareceres, cujas conclusões eram pela aplicabilidade do índice inicial de reajuste relativo à data da apresentação da proposta, por ser ela, segundo o direito civil - fonte subsidiária do direito administrativo - um pré-contrato que, uma vez aceita, integra e se

incorpora ao contrato principal.

Esse meu entendimento foi mantido, durante algum tempo, até quando a Chefia da Especializada passou a adotar posicionamento diverso, no sentido de que a data do índice inicial deveria ser a da assinatura do contrato, caracterizando efeito financeiro retroativo para as datas que lhe fossem anteriores, com literal interpretação das disposições do referido § 2º, do art. 51, do Estatuto anterior.

Agora o tema retorna à baila com nova roupagem, porque sobre ter sido autorizada a utilização do índice inicial dos reajustes dos contratos na data da proposta ou na do orçamento a que ela se referir, foi vetado na Nova Lei de Licitações o dispositivo que vedava a aplicação de efeito financeiro retroativo nos contratos.

7. Reajustamento a Partir do Orçamento.

O Novo Estatuto evoluiu para admitir como marco inicial de reajuste do contrato não apenas a data da proposta, mas ainda a do orçamento a que ela se refira, podendo-se concluir seja aceita em data anterior até mesmo à proposta.

A exemplo, imagine-se uma concorrência publicada a 15 de março com abertura marcada para 20 de abril, um licitante poderá elaborar seu orçamento a 25 de março, para uma proposta a ser apresentada somente no mês seguinte, para evitar defasagem no reajuste, poderá a Administração adotar como índice zero o do mês do orçamento do licitante.

Entretanto, há de ser proibida, quando se usar desse expediente, a admissão de orçamento anterior à data da publicação do edital, primeiro porque a simples existência de orçamento anterior pode comprovar o conluio da Administração com o licitante; segundo porque é a partir da publicação que o edital produz seus efeitos; terceiro que, por razões óbvias, o orçamento a que se refere uma proposta tem que ser o mais atualizado possível; quarto porque a admissão de orçamentos anteriores a essa data ocasionará sérios problemas na avaliação das propostas, já que não deve ser considerada a atualização monetária dos preços para classificação das propostas, como determina o § 7º da Nova Lei; quinto, porque para que se tenha um critério justo de julgamento, as propostas têm que ser formuladas com bases em orçamentos contemporâneos.

Outro mecanismo a ser utilizado para evitar essas distorções é o de, além de proibir a admissão de orçamento anterior à data de publicação do edital, determinar que os orçamentos das propostas, no caso de fixação do índice zero na data em que estes foram elaborados, serão relativos ao mês em que foi publicado o edital.

É claro que essas conjecturas se aplicam às hipóteses em que o procedimento licitatório se inicia num mês e termina no outro, não haverá esse tipo de problema e poderá ser perfeitamente utilizada a data da proposta como marco inicial do reajuste quando a licitação ocorrer dentro do mesmo mês em que foi publicada.

8. O Critério de Atualização Financeira.

Ultrapassado o art. 1º do 15.546/93, passo a examinar o seu art. 2º que estabelece como *critério de atualização financeira para os casos em que o pagamento a ser efetuado pelo Estado ultrapasse 30 (trinta) dias, contados da data do faturamento de cada período de aferição até a data do efetivo pagamento, a Taxa Referencial (TR), valor este divisível pelo prazo de inadimplemento e que será calculado pelo respectivo órgão Estadual onde se efetuou o respectivo contrato.*

Anteriormente, já fixei a distinção entre correção monetária e reajuste do contrato, cumprindo agora referir que atualização financeira e correção monetária não são a mesma coisa, devendo, pois ser distingüidas.

A correção monetária destina, apenas, a restauração do valor da moeda corroída pelo processo inflacionário, ao passo que a atualização financeira engloba, no meu sentir, a correção monetária, mais os juros de mora pelo atraso no pagamento.

É regra comum de hermenêutica, partir do princípio que ao legislador não é dado utilizar expressões que não tenham valor. Assim, ao valer-se da expressão "*atualização financeira*" o legislador da Nova Lei de Licitações não criou sinônimo de correção monetária, mesmo porque o termo é mais abrangente, como já disse, compreendendo não só a atualização da moeda mas ainda os juros decorrentes do atraso. E se assim não fosse o legislador teria utilizado simplesmente a expressão "*correção monetária*", no lugar de "*atualização financeira*".

Outro ponto que se deve averiguar é que a regra da alínea "c" do inciso XIV, do art. 40, da Nova Lei preconiza:

"O critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data a ser definida nos termos da alínea "a" deste inciso até a data do efetivo pagamento".

Referida na alínea "c", a alínea "a" tem a seguinte redação:

"prazo de pagamento em relação à data final de cada período de aferição não supe-

rior a 30 (trinta) dias"(sic).

A alínea "a" está redigida assim mesmo, sem qualquer vírgula o que torna um tanto quanto difícil sua compreensão. A dificuldade reside no fato de que seria mais lógico que existissem duas vírgulas cercado as expressões "*em relação à data final a cada período de aferição*", o que ensejaria a compreensão de que o prazo de pagamento não poderia ser superior a trinta dias, como parece mais razoável.

Sem as vírgulas tem-se a impressão de que o período de aferição é que não pode ser superior a trinta dias e que o prazo de pagamento pode ser livremente estipulado pela administração. Esse entendimento sobre não se compatibilizar com o atual sistema de pagamento utilizado pela Administração Pública - que paga suas faturas no prazo máximo de trinta dias de sua apresentação - encontra óbice quando é interpretado em conjunto com o disposto na alínea "c" do referido inciso, posto que só caberá atualização financeira se o pagamento vier a ser feito em atraso, daí porque a alínea se referir à "*data do efetivo pagamento*".

Não fosse dessa forma, desnecessária seria a estipulação de um prazo de pagamento, e, ao mesmo tempo, estar-se-ia criando dois critérios de reajuste para um mesmo contrato, o que não me parece ser o caso, sem contar que não se poderia, falar em atraso de pagamento.

Conseqüentemente, penso ter a alínea "a" fixado que o prazo de pagamento não pode ser superior a trinta dias a partir da data final de cada período de aferição, desde que apresentada a fatura, é lógico, ao passo que a alínea "c" prevê a hipótese do pagamento em atraso, impondo-lhe a atualização financeira, com a incidência de juros e correção monetária.

Nesse particular, penso ter andado bem o decreto examinado, por ter entendido que o pagamento que extrapola os trinta dias da apresentação da fatura, caracteriza atraso e se sujeita à atualização financeira, por inadimplemento de obrigação contratual.

9. Juros de Mora & Taxa Referencial

Entretanto, dois pontos me parecem discutíveis, o primeiro é falta de fixação dos juros de mora pelo atraso de pagamento e o segundo se reporta diretamente ao indexador escolhido para reajustar a fatura.

Quanto aos juros de mora que devem incidir no atraso de pagamento, sua previsão legal está contida nos arts. 1.062 a 1.064, do Código Civil Brasileiro, variando no mínimo 6% e no máximo 12%

ano, neste caso somente quando for expressamente convencionado entre as partes, conforme determina o Decreto nº 22.626, de 07/04/33, devendo, pois, o decreto ou qualquer edital prever sua incidência mínima para o efeito de atualização financeira.

No que pertine à Taxa Referencial (TR), a questão é mais delicada.

A TR foi instituída pelo Governo "Collor" dentro da Lei nº 8.177, de 01.03.91, que estabelecia regras para desindexação da economia, vindo a substituir os Bônus do Tesouro Nacional, os famosos BTNs do Governo "Sarney", assim dispôs o art. 1º da indigitada lei:

"Art. 1º. O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial - TR, calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal".

A idéia era interessante atrelar todo o sistema financeiro e produtivo a um único indexador que era fixado, antecipadamente, pelo Governo Federal. Com isto esperava-se arrefecer os níveis inflacionários.

O resultado foi desastroso, pois, logo de início a TR se mostrou um índice que não estava ligado no fenômeno inflacionário, até porque seu objetivo maior era reduzi-lo paulatinamente, pelo que seu percentual se apresentava sempre inferior à real credibilidade. A tentativa de melhorar sua imagem foi pior porque tentou-se elevá-la, aos poucos, para que chega-se próximo à realidade da inflação. Como seu aumento sempre foi abaixo da inflação, ela não serviu nem como redutor inflacionário e nem como índice corretor da moeda.

Assim, o efeito prático da medida foi quase nenhum, como se observou, pois a inflação continuou aumentando sem atrelar à TR.

Ao mesmo tempo, em que pré-fixação da inflação pela TR

se demonstrava ineficaz, diante da implacabilidade do processo inflacionário brasileiro, os Tribunais pátrios passaram a rechaça-la como indexador porque ela não espelhava a real desvalorização do valor da moeda, a exemplo do que foi disposto na ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-0-DF, publicada no DJU, de 04/09/92, cuja parte que interessa ao presente estudo está assim redigida:

"A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda".

Vê-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal tocou no âmago da questão, porquanto toda metodologia de fixação da TR está ligada à captação de depósitos a prazo fixo, o que só reflete, parcialmente, a variação do poder aquisitivo da moeda.

De mais a mais, pelo fato de ser sempre pré-fixada sua tendência é a de tentar desestimular a inflação e não a de tentar prover a recomposição do valor da moeda.

Em vista dessas considerações não creio que a utilização pura e simples da TR sirva de mecanismo próprio para atualização financeira dos pagamentos em atraso, mesmo porque essa atualização deve comportar não só a correção da moeda, mas ainda a incidência dos juros de mora, como já referi.

Em que pese discordar do índice eleito para a atualização financeira, a forma utilizada para o cálculo da atualização financeira me parece correta, porquanto sejam mensais os índices, os valores devem ser atualizados pela divisão do prazo de inadimplemento, devendo-se apenas acrescer os juros de mora - de no máximo 1% (um por cento) - devidos a cada mês de atraso.

Acresça-se, por oportuno, que a aplicação desses juros não é cumulativa, posto que esse procedimento configura o anatocismo que é vedado por lei.

10. Os Efeitos do Decreto & Conclusões.

O decreto governamental em exame, tratando-se de norma cogente, tem seus efeitos imediatamente aplicáveis a todas as licitações e contratos que venham a existir após sua vigência, não aplicando-se, *ipso facto*, aos ajustes anteriores.

Em face de tudo o que já expus, penso que as consequên-

cias que podem advir da aplicação desse decreto não parecem ser as melhores para os interesses do Estado: primeiro porque poderá haver um natural desinteresse dos particulares em contratar com o Estado; segundo, porque mesmo aqueles que tenham aceito as condições do contrato, poderão vir a discutir na via judicial a substituição desses índices por um índice que **reflita a efetiva variação do custo de produção**, o que não será desejável.

Portudo isso, acredito que seja melhor para a Administração revogar esse decreto, recomendando a todos os órgãos diretos e indiretos que utilizem nos seus editais e nos contratos para efeito de reajuste os índices setoriais ou específicos, conforme o caso, que reflitam a efetiva variação do custo de produção, permitindo sua substituição por qualquer outro que esteja disponível.

Pode até parecer mais prática a utilização de um único índice para o reajuste dos contratos, todavia a realidade de contratos diferenciados impõe a utilização de índices setoriais que melhor refletem a efetiva variação dos custos de produção. Dessa forma nenhum índice melhor do INCC, para refletir a variação dos custos da Construção Civil, ou do índice da AMB, para os médicos ou da ALAC, para os prestadores de serviços de limpeza e conservação, apenas para citar alguns setores.

Nada impede ainda que sejam utilizados os índices regionais fixados pelo CODEAMA que é o órgão técnico, da estrutura do Estado, competente para aferir a inflação do Amazonas, desde que sua metodologia e seus resultados sejam publicados e convalidados pelo Governo.

Para atualização financeira, sou de opinião que os editais e os contratos consignem a correção monetária por um índice que reflita com a maior fidelidade a efetiva desvalorização do valor da moeda, acrescentando ainda a taxa legal de juros de mora de 0,5% ao mês atraso.

Penso que não seja o caso de se disciplinar a matéria por decreto, pois, como já disse, a fixação de índices é temerária numa Economia em que estes são criados e extintos ao sabor dos famigerados "planos econômicos", bastando apenas que se passe as orientações desse parecer aos diversos órgãos da Administração.

Nesse particular sábio foi o legislador federal que mesmo reconhecendo a imperatividade da necessidade de se reajustar os contratos e atualizar financeiramente os pagamentos em atraso, deixou que estipulação de índices fosse efetuada a cada caso, obrigando apenas que o índice utilizado efetivamente refletisse a variação do custo de produção e que impedisse a corrosão da moeda.

Entretanto, na hipótese de se afigurar melhor ao Executivo a expedição de um ato normativo, e partindo da premissa de que, atualmente encontra-se indexado o orçamento do estado, o índice que poderá melhor ser utilizado para como base dos reajustes e das atualizações é o mesmo utilizado para corrigir o orçamento do Estado.

Em face da urgência desse parecer não pude verificar qual o índice que indexou o orçamento do Estado, de qualquer forma, desde que não tenha sido utilizado a UBA ou a TR que poderiam comprometer o orçamento pelo que já foi exposto, acredito que, dentre os índices existentes no mercado, parece ser mais condizente com a realidade inflacionária do país o IGPM da Fundação Getúlio Vargas.

De todo modo o que se me afigura de vital importância é que o índice a ser utilizado para reajuste reflita da melhor maneira possível a efetiva variação do custo de produção e que a atualização financeira, além de um indexador que reflita a real desvalorização da moeda comporte o pagamento de juros de mora.

Antes de finalizar, cumpre-me lembrar que não há vedação legal expressa e direta a que sejam utilizadas a UBA e a TR como indexadores, as deficiências desses indexadores são apresentadas nesse parecer - em que se recomenda não sejam utilizados - ao fito de se evitar posteriores questionamentos administrativos e judiciais, o que vale dizer que em desejando o Chefe do Poder Executivo manter o decreto poderá fazê-lo, devendo, apenas, estar ciente de que poderá sofrer por parte dos contratados os questionamentos aqui oferecidos.

A matéria é bastante complexa e diante do leque de possibilidades que foi aberto para a expedição de um diploma estadual, penso que o Poder Executivo deverá decidir se irá baixar ou não um ato normativo, pelo que terá ainda de definir dentre os parâmetros que foram apresentados, qual o melhor para Administração, segundo sua avaliação dentro dos critérios de conveniência e oportunidade administrativas.

É o parecer. Sub censura.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA - PGE, em Manaus,
10 de agosto de 1993.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador Chefe, em exercício

OFÍCIO Nº 329/93-GPGE

Manaus, 20 de agosto de 1993.

SENHOR SECRETÁRIO:

Como sabe V. Ex^a, esta Procuradoria Geral, por solicitação do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Governo, através do Of. nº 825/93-SEGOV, está examinando o texto do Decreto Estadual nº 15.546, de 26.07.93, dada a importância de sua incidência nos contratos e ajustes firmados pelos órgãos do Estado do Amazonas.

A propósito, a preocupação é ajustar o citado diploma, mediante alterações ou propor novo texto, às normas do novo Estatuto Federal de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e, nesses estudos, o Dr. Jorge Henrique Pinho, Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, trocou idéias com a ilustre Assessoria dessa pasta, no concernente às questões e aspectos de obras.

Assim, venho, neste ensejo, submeter ao exame prévio de V. Exa., a anexa minuta de projeto de Decreto, aqui elaborado, bem como o Parecer nº 242/93-PA/PGE, a fim de colher as sugestões que V. Exa. julgue necessárias, antes de encaminhá-lo à superior consideração e assinatura do Chefe do Poder Executivo.

Atenciosamente

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado.

Ao
Exmo. Sr.
Dr. ELPÍDIO GOMES DA SILVA FILHO
DD. Secretário de Estado dos Transportes e Obras
NESTA

PROCESSO Nº 1.247/93-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre aplicação da Lei nº 8.666, de 21.06.93.

INTERESSADO: Instituto de Medicina Tropical de Manaus - IMTM

PARECER Nº 284/93-PA/PGE

Ementa: Administrativo. Dispensa de licitação. Não obrigatoriedade de consulta formal e proposta de, no mínimo, três firmas. Justificativa da escolha do fornecedor e do preço.

Consulta através de aparelhos de telefax. Juntada da via original no prazo estabelecido.

Inexigibilidade de licitação. Aquisição de equipamentos diretamente do fabricante fora do País. Comprovação de exclusividade do fabricante.

Dispensa de licitação. Nota de autorização de despesa. Instrução Normativa nº 01/88-CMSG/SEAD. Licitação procedida pela Comissão Especial de Licitação da SEAD. Obrigatoriedade de emissão da NAD.

Adiantamento para despesas miúdas e de pronto pagamento. Procedimento.

Dispensa de licitação. Compra cujo valor não ultrapassa o limite legal. Exigência de intervalo de trinta dias para compra do mesmo produto. Falta de amparo legal. Parcelamento de compra de maior vulto, que pode ser realizada de uma só vez.

Obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório.

Inexigibilidade de licitação. Notória especialização. Caracterização.

O Diretor Geral do Instituto de Medicina Tropical de Manaus (IMTM) solicita orientação desta PGE sobre aplicação dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21.06.93 - Nova Lei de Licitações, no que tange a compras e serviços, formulando as questões contidas no Of. nº 641/93-DG, de 21.09.93, protocolizado em 23.09.93, que instrui o processo.

O DD. Procurador Geral do Estado, considerando a natureza da matéria, encaminhou a consulta à Procuradoria Administrativa.

À vista do despacho do Procurador-Chefe, vieram-me os autos para exame e parecer.

É o relatório.

O fundamento da exigência de prévia licitação é a supremacia do interesse público. O objetivo do procedimento licitatório é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, com vistas a satisfação do interesse público.

Todavia, há hipóteses em que a realização de licitação revela-se inconveniente e até prejudicial ao interesse público, pois a relação de custos e benefícios que envolve será desequilibrada, isto é, os custos necessários à licitação ultrapassarão os benefícios que dela poderão advir. Tais hipóteses estão previstas no artigo 24 da Lei de Licitações e autorizam a Administração a dispensar o procedimento licitatório.

O supra mencionado artigo cuida dos casos de possibilidade de dispensa de licitação, ou seja, a Administração, a seu critério, pode optar entre abrir a licitação ou dispensá-la, diante das circunstâncias do caso concreto. Logo, ainda que a situação esteja prevista em qualquer dos incisos do artigo 24, cabe ao Administrador, conforme o interesse público, licitar ou não.

O inciso II do artigo 24 prevê a hipótese de dispensabilidade do procedimento licitatório para outros serviços, que não os de engenharia, e compras de valor 5% do limite da alínea "a" do inciso II do artigo 23, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço ou compra de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Neste caso, verifica-se um desequilíbrio na relação custo/benefício, pois o custo econômico da licitação será superior ao

benefício que dela se poderá extrair. Logo, embora viável, a licitação é objetivamente inconveniente ao interesse público.

O § 2º do artigo 54 reza que o contrato decorrente de dispensa de licitação deve atender aos termos do ato que o autorizou e da respectiva proposta. Isso significa que, mesmo na hipótese de dispensa de licitação, a contratação deve estar vinculada à realização de um procedimento anterior, no qual a Administração verificará as necessidades públicas e a existência de particulares em condições de atender a tais necessidades, com o fito de promover a contratação mais adequada.

Logo, dispensa de licitação não significa afastamento do princípio do "devido procedimento licitatório", mas desnecessidade de preenchimento de alguns requisitos e determinadas formalidades, usualmente obrigatórios.

Tratando-se de possibilidade de dispensa de licitação, o Administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, que assegure a prevalência dos princípios fundamentais, uma vez que permanece o dever de realizar a melhor contratação possível. Então, contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa, nem caracteriza livre atuação administrativa.

Optando pela dispensa, a Administração está obrigada a fundamentar o respectivo ato, sendo insuficiente o embasamento no dispositivo legal. Porque a Administração não está obrigada a realizar a contratação direta, o ato deve ser justificado. Para corroborar esse entendimento, o parágrafo único do artigo 26 reza que o processo de dispensa deve ser instruído com os seguintes elementos:

- a) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- b) razão da escolha do fornecedor ou executante;
- c) justificativa do preço.

A consulta formal deve ser feita mediante ofício encaminhado à pessoa física ou jurídica, acompanhado da minuta do contrato, solicitando sua proposta e documentação. Não é obrigatória a consulta formal a, no mínimo, três firmas. Todavia, a critério da Administração, é recomendável a consulta a mais de uma firma, até mesmo para justificar a escolha do fornecedor e o preço.

Portanto, não há necessidade de consulta a três firmas, no mínimo, mas recomenda-se que, conforme o caso, seja feita a, pelo menos, duas firmas, com o que se estará justificando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A consulta e o envio das propostas podem ser feitas através

de aparelhos de telefax, desde que a via original seja enviada em prazo a ser estabelecido pela Administração, pois, com o tempo, a mensagem desaparece.

De acordo com o artigo 25, "caput", a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, a qual decorre dos critérios adotados pela Administração para selecionar o objeto a ser contratado e a forma de sua execução. Em tese, a licitação é viável quando há possibilidade de o interesse público ser satisfeito através de bens ou serviços diversos. Ocorre que, algumas vezes, o interesse público pode ser satisfeito apenas através de determinado bem ou de serviço específico, não havendo opção de escolha de outros bens ou serviços, o que elimina a viabilidade de uma seleção.

O inciso I do artigo 25 contempla a hipótese de inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, sendo vedada a preferência de marca. O dispositivo legal abrange os casos em que há pluralidade de produtos para satisfação do interesse público, mas todos estão sujeitos à venda pelo mesmo e único fornecedor, isto é, o fornecedor é exclusivo.

A exclusividade se comprova mediante atestado fornecido pelo órgão do registro do comércio local em que se realizaria a licitação, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes.

O dispositivo vedou a preferência de marca, pois a opção por determinada marca poderia inviabilizar a seleção. Todavia, a opção é válida quando existir fundamento, a saber:

a) para continuidade de utilização de marca já existente no serviço público; b) para padronização de marca no serviço público.

Em se tratando de aquisição de equipamentos diretamente do fabricante fora do País, para que a hipótese se enquadre no inciso I do artigo 25, há necessidade de comprovar a inexistência de equipamentos similares no Brasil, bem como a exclusividade do fabricante, isto é, somente o fabricante fora do País fornece os equipamentos que melhor satisfazem o interesse público, através de documento fornecido por órgão equivalente. Isso porque, se o fabricante não é fornecedor exclusivo, há opção para aquisição de outros fornecedores, devendo ser realizada a licitação, para selecionar a proposta mais vantajosa.

A nota de autorização de despesas caracteriza-se por ser uma forma de controle das despesas efetuadas, pois ela contém o material a ser adquirido, a quantidade, o preço e a programação

financeira de desembolso.

A exigência de emissão de nota de autorização de despesa encontra amparo na Instrução Normativa nº 01/88-CMSG/SEAD, baixada pela Consultoria de Material e Serviços Gerais da Secretaria de Estado da Administração para o fim de regulamentar e instruir a solicitação para aquisição de material e execução de serviços.

Tal Instrução Normativa prevê a utilização de formulário de NAD na rotina de licitação procedida pela Secretaria de Estado da Administração para aquisição de materiais e execução de serviços destinados aos órgãos da Administração Direta, através da Comissão Estadual de Licitação.

Embora a Instrução Normativa retro citada se refira a utilização de NAD para licitações, suas disposições se aplicam também a procedimentos de dispensa ou inexigibilidade, no que couber.

Há necessidade de esclarecer se o Instituto de Medicina Tropical de Manaus realiza licitações e tem recursos próprios para suas despesas ou se as licitações são feitas pela SEAD e as despesas, pagas pela SEFAZ. Se o IMTM realizar licitações e tiver recursos próprios para arcar com suas despesas, a emissão da NAD não é obrigatória. Ao contrário, se as licitações são feitas pela SEAD e as despesas, pagas pela SEFAZ, a emissão da NAD é obrigatória, porque a SEFAZ só efetua o pagamento se a NAD estiver aprovada pela Comissão Estadual de Licitação da SEAD, ainda que se trate de compra direta.

Portanto, para os casos de contratação direta, há necessidade de obedecer ao procedimento estabelecido, com vistas a assegurar a aplicação dos princípios orientadores da atuação administrativa e a melhor contratação possível, sendo obrigatória a emissão de NAD, já que está prevista na Instrução Normativa nº 01/88-CMSG/SEAD.

De acordo com o artigo 65 combinado com o artigo 68 da Lei nº 4.320/64, o adiantamento é um dos meios de ser efetuado o pagamento, em casos excepcionais, que consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria, para realização de despesas que não possam se subordinar ao processo normal de aplicação, definição que está em perfeita consonância com o artigo 47 do Decreto Estadual nº 7.682, de 29/12/83.

Dentre os casos excepcionais, para o fim de concessão de adiantamento, o Decreto retro mencionado (artigo 47, § 1º, inciso IV) contempla a hipótese de gastos de pronto pagamento e pequeno

vulto (aqueles cujo valor não ultrapassar cinco vezes o maior valor de referência em atualização monetária).

Da confrontação dos Decretos nº 7.682/83 e 6.190/82, verifica-se que aquele cuidou da matéria, trazendo algumas modificações, razão por que, por força de seu artigo 93, está revogado o Decreto nº 6.190/82, pois traz disposições em contrário.

Então, aplica-se a regra inculpada no art. 26 do Decreto nº 7.682/83, segundo o qual o empenho não poderá ter aplicação em outra despesa que não aquela que foi especificada, admitindo-se, porém, na hipótese de adiantamento para aquisição de material de consumo e obtenção de serviços, simultaneamente, que se faça o empenho no elemento estimado como sendo o de maior predominância dos gastos.

Conforme se depreende da leitura dos artigos 60 da Lei nº 4.320/64 e 22 do Decreto nº 7.682/83, o empenho deve ser anterior à despesa. De acordo com os artigos 61 da Lei nº 4.320/64 e 34 do Decreto nº 7.682/83, a nota de empenho é o documento extraído para cada empenho é o documento extraído para cada empenho realizado, do qual deve constar o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como as indicações necessárias ao controle da execução orçamentária.

O procedimento, então, é o seguinte: a extração da nota de empenho (que é anterior ao adiantamento), quando se tratar de despesas miúdas e de pronto pagamento, deve ser feita com a indicação do credor, a especificação e a importância da despesa, e as informações necessárias ao controle da execução orçamentária. Ao especificar a despesa e indicar o valor correspondente, estar-se-á cumprindo a exigência do inspetor da SEFAZ, pois, conforme a classificação da despesa, a nota de empenho se refere a serviços ou a consumo.

Em se tratando de compras, cujo valor não ultrapasse 5% do limite previsto na alínea "a" do inciso I do artigo 23, a Administração, a seu critério, pode dispensar a licitação, desde que as compras não se refiram a parcelas de uma mesma compra de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Logo, em se tratando de compra de maior vulto, que pode ser realizada de uma só vez, é obrigatória a realização de procedimento licitatório. Isso porque a principal condição do parcelamento é que este não se faça com o propósito de fugir a licitação mais abrangente, ou de realizá-la sob outra modalidade mais simples, ou, ainda, para criar situação de possibilidade de dispensa em função do valor.

O objetivo da ressalva é coibir a prática de certos Administradores de parcelar a compra, de modo que se enquadre no limite previsto na alínea "a" do inciso I do art. 23, e dispensar a licitação. Cuida-se de tentativa de burlar a lei.

Por outro lado, o artigo 15, inciso IV, estatui que as compras, sempre que possível, devem ser subdivididas em tantas parcelas quantas sejam necessárias, para melhor aproveitamento das peculiaridades do mercado, objetivando alcançar maior economicidade. Todavia, somente se admite o parcelamento quando acarretar vantagem efetiva para a Administração, tendo em vista a economia de escala. Ressalte-se que, na hipótese, de parcelamento, deve-se assegurar a mesma competitividade que haveria sem ele.

É, no mínimo, estranho que, decorridos menos de trinta dias da compra, já seja necessário realizar nova compra da mesma mercadoria. Parece que se trata de compra vultosa, mas que é realizada parceladamente, pois assim é possível estabelecer valor que não ultrapasse o limite legal para dispensar a licitação.

Ocorre que o parcelamento, tal como previsto na Lei de Licitações, refere-se a compras de itens diferentes, visando aproveitar as peculiaridades do mercado para alcançar economicidade, o que traria, efetivamente, vantagem para Administração. Ao contrário, a compra do mesmo item em períodos inferiores a trinta dias não traz vantagem nenhuma para a Administração.

No entanto, não há base legal a amparar a pretensão da SEFAZ, pois a Lei nº 8.666/93 nada dispôs quanto a prazos e possibilidade de estabelecê-los, e ao intérprete não é permitido distinguir onde a lei não distinguiu.

Por outro lado, a compra do mesmo produto em prazo inferior a trinta dias também não encontra amparo no inciso II do artigo 24, pois se trata de parcela de compra de grande vulto, que pode ser realizada de uma só vez, não sendo caso, portanto, de possibilidade de dispensa de licitação, mas de obrigatoriedade de sua realização.

O inciso II do artigo 25 prevê a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. O § 1º do artigo 25 definiu como profissional ou empresa de notória especialização aquele que, dentro do campo de sua especialidade, desfrute de conceito tal que se pode inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A notória especialização se refere a profissionais ou em-

presas reconhecidamente capazes no campo de suas atividades. A lei exige que o profissional goze de reconhecimento público da alta capacidade técnica no meio especializado em que se desenvolve sua atividade. Trata-se de profissional ou empresa de destaque e respeitada na comunidade de especialistas em que atua.

A notória especialização não é atestada por documento, mas deriva do conceito de que goza a empresa ou o profissional na área de sua especialidade.

Isto posto, conclui-se que:

a) tendo sido dispensado o procedimento licitatório ao abrigo da lei, através de ato fundamentado, não é obrigatória a consulta formal a três firmas. Contudo, considerando que permanece o dever de realizar a melhor contratação, recomenda-se a consulta a mais de uma firma, como justificativa da seleção do fornecedor e do preço;

b) é possível realizar consultas e enviar propostas através de aparelhos de telefax, contando que a via original seja enviada no prazo estipulado;

c) no caso de aquisição de equipamentos diretamente do fabricante fora do País, é necessário comprovar a inexistência de equipamentos similares no Brasil, assim como a exclusividade do fabricante, para caracterizar a inviabilidade de competição, o que torna a licitação inexigível;

d) a obrigatoriedade de emissão da nota de autorização de despesa está prevista na Instrução Normativa nº 01/88-CMSG/SEAD, quando a licitação for feita através da Comissão Especial de Licitação da SEAD. Porém, as disposições contidas nesta Instrução também se aplicam a procedimento de dispensa de licitação, razão por que a emissão é obrigatória;

e) tratando-se de despesas miúdas e de pronto pagamento, a nota de empenho deve ser extraída antes da concessão do adiantamento, indicando-se o credor, a especificação e o valor da despesa, bem como as informações necessárias ao controle do orçamento;

f) a possibilidade de dispensa de licitação diz respeito a compra que não ultrapassa o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea "a", contanto que não se refira a parcela de compra de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez. O parcelamento é admitido quando trazer vantagem efetiva para a Administração, assegurada a mesma competitividade que haveria sem ele. Carece de amparo legal a exigência de intervalo de trinta dias para compra do mesmo produto. Por outro lado, compra do mesmo produto em

menos de trinta dias caracteriza-se como parcela de compra vultosa, que pode ser realizada de uma só vez, para a qual é obrigatória a realização de procedimento licitatório;

g) é inexigível a realização de procedimento licitatório para contratar profissionais ou empresas de notória especialização. Caracteriza-se a notória especialização pelo conceito de que desfruta a empresa ou o profissional na área em que desenvolve a sua atividade, que permite inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

É o parecer.

À consideração do Procurador Chefe da PA/PGE.

Manaus/AM, 29 de dezembro de 1993.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 1247/93-PGE

DESPACHO:

Aprovo o parecer da Dra. Roberta Andrade, e endosso suas conclusões.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
03 de janeiro de 1994.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 01310/93-PGE

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE APLICAÇÃO DO ART. 25, DA LEI 8.666/93.

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA.

PARECER Nº 281/93-PA/PGE

EMENTA: ADMINISTRATIVO. COMPRA DE PASSAGENS AÉREAS, EXAME DA LEGISLAÇÃO DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA, APLICABILIDADE DO ART. 25, DA LEI 8.666, DE 21/06/93. CONSULTA.

A correta aplicação do direito só se configura quando o executor da lei ou o juiz conseguem enquadrar um caso concreto à norma jurídica adequada.

O princípio da licitação, insculpido na Constituição Federal, é afastado, diante das exceções preconizadas na Nova Lei de Licitações, sempre que se materializa a ocorrência de uma situação fática apta a exonerar o procedimento licitatório.

As hipóteses de inexigibilidade do procedimento licitatório elencadas nos três incisos, do art. 25, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, são meramente exemplificativas, podendo ser afastado o procedimento licitatório, todas as vezes que se verifique a inviabilidade de competição. A disciplina das condições gerais do transporte de cargas e de passageiros que impede aos transportadores e agentes de

turismo o oferecimento, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, desconto, ou benefício com o objetivo de vender passagens: bem como a definição das linhas, dos horários e a sistemática de fixação de preços desses serviços, realizadas pelo Departamento de Aviação Civil - DAC do Ministro da Aeronáutica, inviabilizam a competição, tornando inexigível a licitação nos termos do caput do art. 25, da Lei nº 8.666, de 21.06.93.

O inclito **Subsecretário de Estado da Fazenda** solicita orientação desta PGE relativa ao parecer de fls. 03, emitido pela Auditora de Controle Interno da SEFAZ, no qual foram feitas considerações sobre o art. 25, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - Nova Lei de Licitações.

Examinando o parecer da douda auditoria, verifiquei referirem-se os mesmos a dois despachos exarados por Sua Excelência, o Governador do Estado, nos quais declarava-se inexigível a licitação, com fulcro no art. 25, da Nova Lei de Licitações, respectivamente, para a compra de bilhetes de passagens aéreas e para a contratação de serviços de divulgação.

Em face da complexidade da matéria, em que pese estar-se examinando o mesmo dispositivo legal, entendo ser de melhor alvitre pronunciar-me em dois pareceres distintos, sendo este primeiro relativo à compra de passagens aéreas.

Como não constava dos autos o despacho referido pela auditoria, apresento-o em anexo (doc. 01), para que seja melhor situada a matéria.

A Auditoria de Controle Interno, em parecer exarado por seu culto Coordenador, manifesta o seguinte entendimento em relação aos despachos exarados por Sua Excelência:

"Em relação à aquisição de passagens aérea, sem licitação somos acordes de que se adquiridos diretamente as representantes de cada companhia há dispensa de licitação, porém, caso a compra se faça via entes (Agências de Viagens e Turismo e afins) deverá haver o cumprimento da Lei nº 8.666/93, de modo a fazer valer a concorrência e a livre iniciativa pregada pela Cons-

tituição". (Sic)

A gravidade da repercussão desse pronunciamento impôs a remessa desta consulta a PGE, para que fosse analisado o pronunciamento da Auditoria de Controle Interno.

Vieram-me, pois, conclusos os autos para exame e parecer.

É o relatório.

Cumpr-me, de início, salientar que a relativa demora em responder a presente consulta está diretamente ligada a complexidade da matéria, cujo estudo demandou uma profunda análise do art. 25, da Lei nº 8.666/93, e mesmo da natureza jurídica e da regulamentação que rege, em especial, os serviços de transportes de cargas e passageiros.

A questão abordada pela SEFAZ é de grande relevância no presente momento, vez que a Administração tem diante de si todos os rigores da Nova Lei de Licitações.

A bem da verdade, não se deve descurar da circunstância de que a recém-editada Lei de Licitações trouxe inovações, no trato dessa matéria tão delicada quanto complexa, que, indiscutivelmente, ainda não foi bem assimilada pelas pessoas que devem interpretá-la e aplicá-la à realidade, o que aliado as prescrições penais inseridas em seu texto têm o condão de pressionar, psicologicamente, seu intérprete prematuro, levando-o a ver irregularidades em tudo o que se lhe coloca diante dos olhos.

Sem querer desmerecer o trabalho da Auditoria de Controle Interno da SEFAZ, só posso atribuir os equívocos das conclusões apresentadas, a essas circunstâncias supra-mencionadas, impondo-me destacar que o zelo do funcionário pela coisa pública deve ser visto como mérito, ainda que sua interpretação não tenha sido condizente com a realidade dos fatos.

Assim, começo por discordar, *data venia*, da conclusão da ilustre Auditoria de Controle Interno da SEFAZ, no sentido de que há dispensa do procedimento licitatório, nas compras de passagens aéreas, quando estas forem feitas diretamente aos transportadores, devendo-se realizar o certame entre as agências de viagens, turismo e afins.

Primeiro por uma razão técnica, porque não há nos incisos do art. 24, da Lei nº 8.666/93, *hipótese de dispensa* que permita à Administração a compra direta de todos os bilhetes aéreos de que necessita diretamente aos transportadores.

Segundo, também por razão de ordem técnica, que só podem vender passagens aéreas agentes de viagem e agentes de

turismo devidamente registrados na EMPRESA BRASILEIRA DE TURISMO - EMBRATUR e no Sindicato Nacional de Empresas Aeroviárias - SNEA.

Terceiro porque a fundamentação do r. despacho está ligada à ***inexigibilidade do procedimento licitatório*** e não a uma das hipóteses de dispensa previstas no art. 24, da Lei 8.666/93.

Preocupado com a **aridez do tema passei a pesquisar, primeiramente**, o caso das **compras de passagens aéreas**, tentando entender como se estavam sendo fixados os preços.

Verifiquei estar jungido ao DEPARTAMENTO DE AVIAÇÃO CIVIL DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA, tudo que se relaciona com transporte aéreo de cargas e passageiros, em vista do que apressei-me em examinar os atos normativos expedidos por aquele órgão.

De início, deve-se ressaltar que até 1991, os preços das passagens aéreas eram fixados diretamente pelo DAC, em igualdade de condições para todas as companhias aéreas, o que já inviabiliza o procedimento licitatório.

Com a **desregulamentação das tarifas**, as companhias aéreas passaram a **praticar preços diferenciados**.

Entretanto, deve-se esclarecer que, muito embora tenha sido desregulamentada a fixação das tarifas, é praticado pelo DAC, o monitoramento e controle dos preços.

Assim, de acordo com a Portaria nº 158-SPL (doc. 02), de 06 de abril de 1993, cópia em anexo, vigora a liberação monitorada das tarifas aéreas domésticas, com a fixação dos preços pelas Companhias Aéreas que são obrigadas a registrar individualmente seus preços junto ao DAC, até quarenta e oito horas após entrarem em vigor.

Esclarece essa portaria que a prática de qualquer tarifa não registrada configura infração tarifária passível das sanções previstas para tanto.

Observa-se, pois, que uma vez registradas junto ao DAC, as tarifas não podem ser alteradas para mais ou menos. Ora, essa circunstância aliada ao fato de que existem três grandes transportadores nacionais (Varig, Vasp e Transbrasil) e ainda um relativo número de empresas regionais, como a TAM, do Sudeste, e a TABA, no Norte, com linhas e horários específicos, inviabiliza o procedimento licitatório entre as companhias aéreas, posto que, a par de tudo isso, as companhias aéreas são concessionárias de serviço público, atuando numa malha aérea determinada pelo DAC.

Deve-se, asseverar ainda que, por força das regulamenta-

ções do Ministério da Aeronáutica as Companhias Aéreas são obrigadas a vender diretamente aos órgãos de governo, as passagens que se fizerem necessárias.

Os transportadores detêm concessões aéreas para atuar em determinadas linhas, em horários específicos e com apenas alguns descontos diferenciados: **fato este que impõe a contratação de todos eles para que se possa, a cada caso, escolher o menor preço pelos serviços.**

De toda forma, o que mais inviabiliza a competição entre as companhias aéreas é o fato de que, muito embora se possa estimar o número de passagens que serão utilizadas pela Administração e ainda os trechos que serão utilizados, a multiplicidade de horários e a especificidade que envolve cada caso em que será necessária a emissão de um bilhete não pode ser garantida em igualdade de condições pelos transportadores existentes.

Resulta desse fato que a melhor forma de se efetuar a compra de passagens aéreas é através das Agências de Turismo.

As **agências** de turismo são autorizadas a vender passagens aéreas, em todos os horários, em nome de todos transportadores aéreos que atuam no mercado nacional e internacional. Essa **amplitude** de atuação aliada aos serviços de marcar vôos, encontrar a melhor tarifa e horários, dentre outros, caracterizam esses prestadores de serviço como os mais indicados a vender não só para os particulares, mas também para a Administração.

A questão que se poderia colocar era se **seria possível licitar entre as agências de turismo.**

Deve-se lembrar que as **tarifas praticadas** pelos transportadores são estabelecidas por estes e fixadas pelo DAC. Verifica-se, pois, que quem determina o preço de seus serviços são as companhias aéreas e o DAC encarrega-se de monitorá-los e fixá-los, com vistas a impedir distorções no mercado.

Por outro lado, **as agências de turismo** são meros revendedores dos bilhetes, que trabalham mediante comissão embutida no preço da passagem.

Atente-se ao fato de que **inexiste diferença** entre o preço da passagem vendida pela companhia aérea e aquele praticado pelo agente de turismo.

Não obstante esse fato, observei a existência de uma corrente que entende ser possível o **agente de turismo oferecer devolução de sua comissão, com o escopo de atrair clientela e efetuar vendas.**

Essa prática sobre ser condenada pelo Código de Ética dos Agentes de Viagem, é expressamente proibida pelo teor da Portaria nº 957/GM5, de 19 de dezembro de 1989, cujo art. 74, tem a seguinte redação, (doc. 03):

"Art. 74. É vedado expressamente aos transportadores e agentes de turismo, direta ou indiretamente, por si ou por meio de prepostos, agente ou intermediário:

1 - prometer ou conceder desconto, abatimento, redução ou bonificação nas tarifas ou fretes aprovados pelo Departamento de Aviação Civil;

2 - prometer ou conceder serviço utilidade ou benefício com a finalidade de vender passagem e/ou frete ou aliciar usuário do transporte aéreo;

3 - prometer ou conceder prêmio, mediante sorteio ou não, aos adquirentes de passagem ou de frete;

4 - celebrar acordo para troca de passagem e/ou frete por publicidade ou serviços;

5 - pagar comissões superiores às estipuladas pelo Governo;

6 - deixar de cobrar juros ou cobrá-los em desacordo com as estipulações do Governo;

7 - conceder nas contas-correntes de usuário, pessoa física ou jurídica, vantagem ou prazos maiores que os aprovados nesta Portaria;

8 - conceder gratuitamente trecho de viagem conjugada com trecho pago;

9 - conceder passagem e/ou frete pela compra de mais de um bilhete;

10 - dispensar a cobrança de diferença tarifária quando solicitada pelo usuário mudança de equipamento de classe inferior para superior;

11 - recusar e omitir-se na restituição de tarifa no caso de mudança de classe superior para inferior;

12 - vender lote de passagem em branco, para preenchimento pelo usuário, pessoa física ou jurídica;

13 - conceder a agentes e intermediários prazo superior ao regulamentar para liquidação de faturas;

14 - cobrar diferença resultante de aumento tarifário ocorrido posteriormente à emissão do bilhete e dentro do seu prazo de validade;

15 - dispensar do pagamento de prestação nas vendas de bilhetes a crédito ou a cobrança de entrada inferior à que for

aprovada pelo Departamento de Aviação Civil;

16 - dispensar a cobrança de excesso de bagagem;

17 - fornecer cupões ou similares para aquisição de artigos com descontos, a título de bonificação pela compra de passagem;

18 - aceitar adesão a vôo de fretamento ou de turismo cuja aeronave já esteja com a lotação esgotada;

19 - vender passagem a pessoas que não integram o grupo de afinidade;

20 - conceder hospedagem e/ou transporte ao usuário fora dos casos de interrupção, conexão ou pernoite resultantes de injunção do serviço do transportador; e

21 - reter o valor do bilhete de passagem comprado à vista, decorridos 30 (trinta) dias do pedido de reembolso feito pelo usuário.

Inferre-se da leitura do "caput" do art. 74 supra, e de seu item 1, que vedam expressamente aos transportadores e aos agentes de turismo, direta ou indiretamente, a concessão de **desconto, abatimento, redução ou bonificação nas tarifas ou fretes aprovados pelo Departamento de Aviação Civil.**

O item 2, do Art. 74 da Portaria do DAC, veda, de igual modo, o oferecimento de **benefício com a finalidade de vender passagem.**

Conclui-se, pois, que o art. 74 impede o **oferecimento de qualquer vantagem**, direta ou indireta, pelos transportadores e agentes de viagens com vistas a **vender passagens aéreas.**

Esse regramento do DAC impede clara e objetivamente o oferecimento de qualquer tipo de vantagem com vistas a **vender passagens aéreas.**

Para aqueles que podem estar questionando o fato das companhias aéreas estarem fixando preços promocionais com descontos, deve-se rememorar o fato de que esses descontos são monitorados e controlados pelo DAC, e principalmente, que a desregulamentação de tarifas aplica-se exclusivamente aos transportadores, porquanto sejam eles os efetivos prestadores dos serviços de transporte.

Não se pode, portanto, inferir que os agentes de turismo podem oferecer devolução de parte de sua comissão, primeiro porque esta é diretamente embutida no preço da passagem; segundo porque não são eles que fixam o preço da tarifa; terceiro porque uma vez fixado o valor da tarifa, este não pode ser alterado nem mesmo pelo transportador.

Por outro lado, o disposto no art. 74, da Portaria nº 957/GM5/89, supra, está em pleno vigor, sendo aplicável tanto aos transportadores quanto aos agentes de turismo.

Para confirmar esse meu entendimento, digiri a consulta em anexo (doc. 04) ao DAC, com vistas a obter esclarecimento sobre a vigência da referida portaria.

Em resposta a minha consulta, o Chefe do SPL, do DAC, encaminhou cópia da NOTA TÉCNICA Nº 003/93/PL-3 (doc. 05), através da qual se afirma textualmente que

"A Portaria nº 95/M5/89, de 19/12/89, que aprova as Condições Gerais de Transporte, está em pleno vigor. Em especial, o art. 74 que lista as proibições aos transportadores e agentes de turismo, com base nas práticas previstas como infrações, no art. 302, do Código Brasileiro de Aeronáutica, aprovado pela Lei nº 7.565, de 19/12/86, tais como: infringir as tarifas aprovadas, prometer ou conceder, direta ou indiretamente, desconto, abatimento, bonificação ou utilidade ou qualquer vantagem aos usuários, em função da utilização de seus serviços de transporte".

Como se pode observar, a resposta trazida pelo DAC se aplica, à talhe de foice, ao que expus anteriormente. Ainda mais, deixa mostrar que a proibição de oferecimento de abatimento ou desconto não fere somente o art. 74 da Portaria nº 95/GM5/89, mas, principalmente, ao art. 302, do Código Brasileiro de Aeronáutica.

A Nova Lei de Licitações, como qualquer lei, deve ter suas disposições aplicadas corretamente à realidade que se lhe apresenta.

Entretanto, devem o intérprete e o aplicador da lei cercar-se dos cuidados e das técnicas indicadas pela Hermenêutica Jurídica, ao fito de evitar sejam cometidos erros na aplicação da lei.

A correta aplicação do direito, na imprescindível lição de Carlos Maximiliano, só se configura quando o executor da lei ou juiz consegue enquadrar o caso concreto à norma jurídica adequada fazendo-se necessária, para tanto, a execução de um exame minucioso de três fatores essenciais, que são: 1) a norma em sua essência, conteúdo e alcance; 2) o caso concreto e suas circunstâncias; e, 3) a adaptação do preceito à hipótese em apreço.

Assim, estudada a Lei nº 8.666/93, em sua essência, conteúdo e alcance (*licitar ou não licitar*) e, colocada essa norma diante do caso concreto e de suas circunstâncias (*regulamentação do DAC que impede oferecimento de vantagens na venda de passagens aéreas*); o preceito que deve ser adaptado à hipótese em apreço é o de que é inviável a competição, tornando-se **inexigível o procedimento licitatório, nos termos de seu art. 25.**

Deve, entretanto, a **Administração** cumprir as disposições do **art. 26 da Lei nº 8.666/93**, em especial as de seu **parágrafo único**, ao fito de esclarecer a razão da escolha do prestador de serviços contratado, **justificando o preço com as tabelas impostas pelo DAC.**

Nesses casos em que é inexigível procedimento licitatório, existindo várias empresas que possam prestar os serviços recomenda-se à administração, o rodízio de agências ou o sorteio daquelas que tenham condições de prestar os serviços.

Assevere-se, ainda, que a desregulamentação das tarifas praticada pelo Governo Collor, foi implementada pelo Decreto nº 99.662, de 31/10/90 (doc. 06) que revogou o art. 7º, do Decreto nº 79.391, de 14/03/77 (doc. 07), cujas cópias estão em anexo.

O art. 7º, do Decreto nº 79.391/77, tinha a seguinte redação:

"É vedado às empresas de transporte aéreo conceder desconto, abatimento ou qualquer tipo de redução direta ou indireta, nas tarifas aprovadas de passageiros ou de carga, bem como distribuir, prêmios, por sorteio ou não, a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, a fim de angariar passageiros ou cargas".

O dispositivo supra, editado em 1977, aplicava-se exclusivamente aos transportadores.

Deve-se observar entretanto que não obstante tenha sido revogado em 1990, trata-se de um simples decreto do poder Executivo, editado para regulamentar proibição expressa em lei.

Atente-se a que o art. 302, do Código Brasileiro de Aeronáutica, consta do texto da **Lei Federal nº 7.565/86**, o que lhe garante sua permanência, posto que um simples Decreto do Presidente da República, não tem o poder de revogar uma disposição de lei Federal.

É por isso que permanece a proibição dos transportadores

e agentes de viagem, concederem, direta ou indiretamente, descontos e vantagens com vistas a vender passagens aéreas.

Deve-se fazer uma estimativa da quantidade de passagens que serão utilizadas para fins de empenho dos valores que serão utilizados, conforme se pode inferir da leitura do art. 62, da Lei 8.666/93.

No que tange à necessidade ou não de termo de contrato, entendo que não se pode empregar a hipótese de dispensa do termo de contrato, independentemente de seu valor, consignada no § 4º, do art. 62, supra-mencionado, caso esse tipo de despesa esteja classificado como serviços, posto que só há dispensa do termo se tratar-se de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras. Nesse tipo de contratação não será possível e nem necessário efetuar-se a entrega imediata e integral de todas as passagens previstas, pelo que não se poderá prescindir do instrumento de contrato.

Entendo, todavia, que só será dispensável o termo de contrato se a modalidade de licitação que se aplicaria ao contrato fosse o convite, isto é, o valor do contrato deve estar no limite do valor do convite, pelo que se aplicaria.

Assim, é em função do volume de passagens que serão compradas pelo Palácio Rio Negro é que se poderá impor ou dispensar a existência do termo de contrato. Cumpre salientar que a existência de um instrumento contratual sempre oferecerá melhores resultados, no trato das relações negociais que se projetam por um determinado lapso tempo.

É o parecer. Sub censura.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA - PGE, em Manaus,
24 de novembro de 1993.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador Chefe, em exercício

Documentos em anexo:

01. Cópia do Despacho do Governador;
02. Cópia da Portaria nº 158-SPL;
03. Cópia da Portaria nº 957/GM5/89;
04. Cópia da Consulta ao DAC;
05. Cópia da Nota Técnica nº 003/93-PL-3;
06. Cópia do Decreto nº 99.662, de 31/10/90;
07. Cópia do Decreto nº 79.391, de 14/03/77.

Manaus (AM), 03 de novembro de 1993.

Ao

Departamento de Aviação Civil

Att.: Assessoria Jurídica.

Rio de Janeiro - RJ

Senhor(a) Assessor(A),

Na qualidade de chefe da **Procuradoria Administrativa da PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**, venho pela presente formular-lhes consulta com vistas a dirimir dúvidas sobre a vigência e a aplicabilidade das normas federais que regulam os transportes aéreos de carga e de passageiros, em face da Lei nº 8.666, de 21/06/93 - Nova Lei de Licitações.

A dúvida se cinge, inicialmente, sobre o modo de fixação das tarifas aéreas, se elas podem ser livremente aumentadas ou reduzidas a critério das companhias aéreas e com base em que dispositivos legais isto pode ser feito.

Em seguida, preocupa-me saber se está em pleno vigor a Portaria nº 957/GM5, de 19/12/89, mais especificamente o seu art. 74, que estabelece as proibições de oferecimento de qualquer tipo de vantagens pelos transportadores e pelos agentes de turismo.

Gostaria de saber, finalmente, se há outros atos, posteriores à 957/GM5/89, regulamentando a matéria e, se perduram as proibições de oferecimento de vantagens, descontos oferecidos sobre sua comissão de vendas de passagens, bonificações, etc, tudo com vistas a vender passagens, especialmente em relação às agências de turismo.

Esclareço, por oportuno, relacionarem-se essas dúvidas com a aplicabilidade da Nova Lei de Licitações, haja vista que em

havendo fixação ou vigência de tarifas homologadas pelo D.A.C., inviabilizada estará a competição entre as **companhias aéreas**, porquanto estas não poderão aumentar ou diminuir livremente seus preços para participar de licitações.

No que concerne aos agentes de turismo a vigência de dispositivos que ofereçam vantagens financeiras para venda de passagens, tais como o desconto calculado sobre a comissão do agente, também estará inviabilizado o procedimento licitatório.

Enfim, interessa saber se as companhias aéreas e/ou as agências de turismo podem oferecer livremente vantagens financeiras com vistas a vender passagens.

Sendo essas as nossas dúvidas, contamos com sua prestimosa colaboração em nos responder o mais breve possível, solicitando-lhe o obséquio de transmitir o objeto de sua resposta, via fax, para o 092-622-1416, ou para o 622-1417, ou ainda para o 622-2582.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador Chefe, da PA/PGE.

PROCESSO Nº 01310/93-PGE

Senhor Procurador-Geral:

Respondida a Consulta tomei a liberdade de mandar fotocopiar o processo ao fito de que a cópia seja encaminhada ao Palácio, para que o Gabinete de sua Exa. o Governador tome conhecimento, sendo nossa recomendação no sentido de que o despacho de inexigibilidade de licitação no caso de compra de passagem aérea seja re-ratificado, ao fito de incorporar as circunstâncias elencadas em nosso parecer.

Recomendamos ainda, que sejam firmados contratos tanto com as companhias aéreas, quanto com os agentes de turismo, de igual modo para os serviços de divulgação, pelo que encaminho minuta que poderá ser adaptada aos contratos.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
01 de dezembro de 1993.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Chefe, em exercício

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos fundamentos o Parecer nº 282/93-PA/PGE e 281/93-PA/PGE.

Devolva-se o Processo à SEFAZ.

Manaus, 1º de dezembro de 1993

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

OFÍCIO Nº 504/93-GPGE.

Manaus, 07 de dezembro de 1993.

Senhor Subsecretário:

Em atenção ao Ofício nº 0940/93 - GSEFAZ, em que V. Exa., com base no pronunciamento da Auditoria de Controle Interno, solicitou a audiência desta Procuradoria Geral, cumpre-me, no ensejo, encaminhar-lhe o anexo Processo nº 01310/93-PGE, contendo os Pareceres nº 281/93 e 282/93 (com instrução anexa), emitidos pela Procuradoria Administrativa, com cujas conclusões concordo plenamente, à vista das razões jurídicas e fundamentos legais, os quais recomendam os procedimentos regulares de aquisição de passagens aéreas e contratação de serviços de divulgação, de interesse do Governo do Estado.

Aproveito a oportunidade para renovar a V. Exa. as expressões do meu elevado apreço e distinta consideração.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado.

Ao: Exmo. Sr.
Dr. FRANCISCO OLIVEIRA PINHEIRO
M. D. Subsecretário de Estado da Fazenda
NESTA

PROCESSO Nº 01.655/93-PGE

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇAS E SEGURANÇA PÚBLICA E CIDADANIA.

ALSENTE: Possibilidade de dispensa de Servidores Administrativos sob a égide da Lei 1674/84 (Regime Temporário), em razão de pertencerem os mesmos a Sindicato representativo da Classe.

PARECER Nº 011/94-PPT/PGE

Sra. Procuradora Chefe:

A consulta dirigida pela SEJUSC, trata de um requerimento dirigido ao Exmo. Sr. Secretário, titular daquela pasta, pelo advogado Armando de Souza Negrão, em 10.11.93, em nome dos Servidores daquela Secretaria HILTON MOURA LOBATO FILHO, MERCENA DA COSTA ARAÚJO CELSO GONÇALVES MOREIRA, MARCOS VINICIUS DE OLIVEIRA, SANDRO JOSÉ MARTINS, RENATO DA SILVA BATISTA E GERALDO ANTONIO CABRAL, admitidos para trabalharem naquela Secretaria nos termos da Lei 1.674/84 (Regime Temporário) sendo membros do Sindicato da Classe receberam em 19 de outubro de 1993, a comunicação de que não seriam mais necessários os seus serviços, nos termos do parágrafo II do artigo 20 da Lei 1674/84.

Na verdade, a Constituição Federal, assegura aos empregados Sindicalizados a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, suplente, até um ano após o final do mandato estabilidade salvo se cometer falta grave nos termos da Lei. (art. 8º, inciso VIII).

No entanto, verifica-se, pelos documentos anexados aos autos, que, muito embora tenham se reunido entre outros servidores, os requerentes, em **27 de agosto de 1993**, para criação do Sindicato dos Agentes Penitenciários dos Servidores da Secretaria de Estado

da Justiça, Segurança Pública e Cidadania do Estado do Amazonas, somente na data de **27 de outubro de 1993** é que procederam o registro do Estatuto do novo Sindicato, sucessor da Associação existente anteriormente, no **Cartório do Registro Especial de Títulos e Documentos**, conforme xerox autenticada às fls. 06 dos autos. As fls. 07, encontra-se a publicação no D.O. do Estado, do **Extrato do Estatuto do Sindicato** na data de 19 de outubro de 1993.

Entendemos, que somente após inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, que de fato se concretizou na data de 27 de outubro de 1993, passou a ter existência como Pessoa Jurídica o mencionado sindicato. Conforme inclusive entendimento do STJ, MS 1.045, Gomes de Barros 1º Seção, Reg. 91.001.2922-4). In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho Valentin Corrin - 160. Ed. - 1993 - pág. 402.

"A partir da Vigência da Constituição Federal de 1988, as entidades sindicais tornam-se pessoas jurídicas, desde sua inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. O denominado "registro de entidade sindicais" mantido pelo Ministério do Trabalho é mero catálogo, sem qualquer consequência jurídica. Se o registro é nulo, cabe ao interessado buscar seu cancelamento, nos termos da Lei Civil (STJ, MS 1.045, Gomes de Barros, 1ª Seção, Reg. 91.0012922-4).

Razão pela qual entendemos não alcançou o Instituto da Estabilidade o vínculo dos servidores mencionados na consulta. Considerando que somente no dia 27.10.93 doze (12) dias após a notificação de dispensa, é que foi efetuado o registro de Extrato do Estado do sindicato no Cartório Especial de Título e Documentos. É o nosso parecer.

S.M.J.

ALDEMAR A. ARAÚJO JORGE DE SALLES
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 01655/93

ASSUNTO: CONSULTA FORMULADA PELA SEJUSC SOBRE A
POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE SERVIDORES SOB
A ÉGIDE DA LEI Nº 1674/84 (REGIME ESPECIAL), EM
RAZÃO DE PERTENCEREM OS MESMOS A DIRE-

ÇÃO DO SINDICATO REPRESENTATIVO DA CLASSE.

INTERESSADOS: SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA, SEGURANÇA PÚBLICA E CIDADANIA.

DESPACHO:

Senhor Procurador Geral:

Nega o ilustre Procurador Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles em seu Parecer nº 011/PPT/PGE a estabilidade provisória dos servidores da SEIJUSC: NILTON MOURA LOBATO FILHO, MERCENA DA COSTA ARAÚJO, CELSO GONÇALVES MOREIRA, MARCOS VINÍCIUS DE OLIVEIRA, SANDRO JOSÉ MARTINS, RENATO DA SILVA BATISTA e GERALDO ANTONIO CABRAL, considerando que somente doze dias após os citados servidores terem recebido o aviso de dispensa, adquiriu o Sindicato dos Agentes Penitenciário e Servidores da Secretaria de Estado da Justiça, Segurança Pública e Cidadania personalidade jurídica, mediante o seu registro no Cartório Especial de Títulos e Documentos.

Além da razão exposta acima que de imediato excluiria a estabilidade dos citados servidores, urge fazer notar terem sido os interessados admitidos sob a égide do regime especial, disciplinado no Estado do Amazonas pela Lei nº 1674, de 10.12.84, como informa o ofício GS/SEJUSC/nº 688/93, de fls 02.

Como servidores do regime especial não são alcançados pelo art. 543 da CLT, aplicável somente aos empregados públicos, pois só estes são regidos por normas celetistas.

A dúvida sobre ser o servidor do regime especial alcançado pela estabilidade sindical surge quando se examina o art. 8º da Constituição Federal que, em seu inciso VIII, prescreve: "É vedada a dispensa do Empregado sindicalizado a partir do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei".

Para elucidá-la devo, inicialmente, ressaltar que o dispositivo constitucional acima citado utiliza o termo "empregado", sempre usado para designar o trabalhador que presta serviço vinculado ao regime celetista. Como o servidor do regime especial não presta serviço sob o comando da CLT não pode ser considerado empregado

público, tendo em vista que sua vinculação com o Estado é de natureza administrativa, com o predomínio do interesse público sobre o privado, não aparecendo o equilíbrio entre os dois interesses, sempre presente numa relação sob o ditame do direito do trabalho.

Além do argumento antes alinhado, outros existem que afetam a possibilidade da aplicação do art. 8º, inciso VII, ao servidor do regime especial, como se passa a demonstrar a seguir:

Em primeiro lugar devo apontar para o fato do art. 8º encontrar-se no Capítulo - Dos direitos Sociais da Magna Carta, enquanto o art. 37, inciso IX, que trata do servidor administrativo temporário ou especial encontra-se no Capítulo VII - Da Administração Pública.

O Capítulo VII está dividido em quatro seções, sendo somente as duas primeiras, denominadas de Disposições Gerais e Dos Servidores Públicos Civis interessantes a este parecer.

Nas Disposições Gerais do Capítulo VII, no art 37, inciso IX, tratou o legislador constitucional do servidor administrativo vinculado temporariamente ao serviço público, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Por força da Lei Maior, a vinculação do servidor administrativo, sujeito ao regime especial, com a Administração Pública e temporária, pois por não ter se submetido a um concurso público de provas e títulos, consoante exigência do inciso II do art 37 da CF, não pode ocupar permanentemente cargo ou emprego público.

Desse modo, mesmo sendo permitida a sindicalização do servidor administrativo, este nunca adquire a estabilidade em razão da natureza do seu vínculo com o Estado, sempre temporária, só existindo enquanto perdurar o interesse público.

Ademais, o parágrafo 2º do art 39, ao dizer quais os dispositivos do Capítulo II - dos direitos sociais se aplicam ao servidor público civil, referiu-se expressamente a alguns incisos do art 7º, deixando de fora o art 8º do mesmo capítulo, donde, também, se infere não abrigar a estabilidade provisória do dirigente sindical o servidor administrativo.

As estabilidades garantidas, ao servidor civil estão disciplinadas no art 41 da CF, que trata dos concursados, e no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que trata da estabilidade dos servidores públicos que a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 contassem mais de cinco anos continuados de trabalho para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para a administração direta, autárquica e fundações públicas.

Diante do exposto, aprovo o Parecer nº 011-PPT/PGE da lavra do insigne Procurador ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALLES, que concluiu não estarem os servidores interessados protegidos pela estabilidade provisória.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO, em Manaus, 12 de janeiro de 1994.

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 01655/93-PGE

DESPACHO:

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos o Parecer nº 011/94-PPT/PGE, bem como o Despacho que o aprovou, exarado pela ilustre Procuradora-Chefe da PPT, Dra. Alzira Góes. Nada tenho a acrescentar às manifestações da aludida Especializada.

Isto posto, devolva-se o processo à SEJUSC, com o cumprimento das formalidades de praxe.

Em 12.01.94

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01745/91-PGE (02238/91-SESAU — 0126/91-SEAD)

ASSUNTO: PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE VERBAS DECORRENTES DE REDUÇÃO SALARIAL.

INTERESSADA: ANTONIA ANDRADE DE QUEIROZ

PARECER Nº 012/92-PPE/PGE

“Sendo nulo, o ato administrativo pode ser revisto” (STF, em RDA, 128:564)

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que se tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. (Súmula 473 do STF)

Senhor Procurador-Chefe:

A servidora Antonia Andrade de Queiroz, integrante do quadro de pessoal da SESAU, requer a invalidação do ato que culminou com a redução de seus ganhos, respaldando seu pedido nos arts 5º, XXXVI e 7º, VI e X da Constituição da República, pedindo também o ressarcimento das diferenças.

Instrui a postulação com os documentos de fls. 03 a 19, tendo o processo percorrido os setores competentes da SESAU, indo depois à SEAD e de lá encaminhado à PGE. Aqui, distribuído à colega Dra. Cynthia de A. Lima Lopes pediu baixa dos autos em diligência para justificação do ato redutor dos ganhos da interes-

sada.

A repartição da interessada repondeu aos quesitos formulados pela douta Procuradora do Estado, observando que o ato redutor visou corrigir situação ilegal levada a efeito no ato de enquadramento levado a cabo por meio do Decreto nº 10.101/87.

Assim, retorna a matéria à apreciação desta Casa, a fim de receber pronunciamento conclusivo.

É o relatório.

A Administração Pública deve lealdade e submissão ao princípio de legalidade, como está grafado no art. 37, **caput**, da Constituição da República, **in verbis**:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou funcional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e... (grifamos)

Em comentário a esse princípio de legalidade, que é novo no texto constitucional, mas que já é maduro na doutrina e na jurisprudência administrativas, o saudoso publicista pátrio, Hely Lopes Meirelles, enfatiza no seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª edição, 1989, pág. 78, ERT, que

“**A legalidade** como princípio de administração, (Const. Rep., art. 37, **caput**), 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.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública - acrescenta -, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular, significa “pode fazer assim”; para o administra-

dor público significa "deve fazer assim".
(ob. e pág. cit.)

Para Michel Stassinopoulos, eminente professor grego, resumiu essa obrigação com a assertiva de que "A Administração não apenas está impedida de agir **contra legem**, não apenas está apenas impedida de agir **extra legem**, mas só pode atuar **secundum legem**" (apud Celso Antonio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo - princípios fundamentais, pág. 17, ERT).

Pois bem. A interessada foi admitida em 07.05.86, sob o então regime da Lei nº 1.674/84, para o exercício das funções de Agente Administrativo, portanto funções correspondentes às de cargo de nível médio.

A Lei 1.762/86 - Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, em seu art. 210, permitiu aos servidores de outros regimes optarem pelo estatutário. Mas, ao fazê-lo, logo indicou que o que o legislador denominou de enquadramento se desse em cargo de igual denominação e vencimento do emprego ou função que ocupava antes (Cf. art. 210, § 2º).

Ora, como se verifica da informação prestada pela SESAU, a postulante foi "enquadrada" em cargo de Técnico de Saúde, cuja categoria passou a ser integrada por todos os profissionais de formação na área de saúde, como acusa a justificativa de fls. 30/31 dos autos. Ocorre que a peticionária não tem formação nessa área de estudos - sua formação é de área de magistério - senão alguns treinamentos que o próprio órgão a que pertence considera como a nível de primeiro grau.

Com efeito, ao concluir todo esse horizonte de pessoas à categoria de Técnico de Saúde, a nós nos parece que se distanciou do permissivo legal, porquanto a lei autorizou o "enquadramento" em cargo correspondente ao emprego ou função que antes estivesse sendo exercido.

Nada mais natural - e recomendável mesmo - que a administração, ao constatar a flagrante ilegalidade em que incorreu, imediatamente adotasse as providências com vistas à correção do erro. E foi exatamente o que fez o Chefe do Poder Executivo, ao editar o Decreto nº 12.503/89, fazendo retornar a situação ao status **quo ante**, com a conseqüente anulação do Decreto 10.101/87, que fez o "enquadramento" ao arrepio da Lei Estatutária.

Mas não ficou só por aí. A Administração promoveu a concursos público e interno, como autorizava o art. 3º do ADCT da Constituição do Estado, regularizando a situação de todos os servidores daquele segmento dos serviços públicos. Logo em seguida, foi

editada a Lei nº 1.938, de 27.12.89, que instituiu o Plano de Cargos e Salários da SESAU, inclusive recomendando o enquadramento do pessoal, nos respectivos cargos resultante da correspondência ali prevista. Vale dizer, buscou-se corrigir com essa série de atos uma avalanche de irregularidades que o Decreto nº 10.101/87 deixou passar despercebidas.

Uma nova ordem foi estabelecida, em atendimento aos princípios de legalidade, moralidade e finalidade administrativas. E por todas estas razões e postulantes teve seus ganhos reduzidos, isto é, a fim de que sua situação se conformasse com a legalidade.

Disso resulta a conclusão de que a Administração não feriu direito constitucional de irredutibilidade de vencimentos porque o que essa regra tem em mira é evitar arbitrariedades que impliquem na redução dos salários ou vencimentos (arts. 7, VI e 37, XV da CF). Portanto, o que se visa preservar são as situações legais. Tanto que mesma Carta de **, em seu art. 17 do ADCT afirmou, categoricamente, que

“Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido em percepção de excesso a qualquer título”.

Por outro lado, não se deve perder de vista, inclusive a todos os princípios inscritos no art. 37 da CF, que a Administração pode - e deve - rever seus atos a qualquer tempo, conforme entendimento dos Tribunais, valendo a pena ver o verbete 473 da Súmula da Corte de Justiça, assim formulada:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que se tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. (O. sem grifo)

Isto Posto, entendemos que a Administração agiu correta e legitimamente em anulado o enquadramento da requerente e lhe

colocando no posto que, de acordo com a estrutura organizacional, lhe compete, pelo que concluímos pela legalidade do ato, recomendado o indeferimento dos pleitos constantes da vestibular.

É o que parece, **sub censura**.

PGE-PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus(Am), 07 de abril de 1992.

DJALMA MONTEIRO DE ALMEIDA
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 0175/91-PGE (0126/91-SEAD — 02238/91-SESAU)

ASSUNTO: Redução de vencimentos decorrentes de enquadramento em outro cargo.

INTERESSADA: ANTÔNIA ANDRADE DE QUEIROZ

DESPACHO:

Adoto o parecer retro, nº 012/92-PPE/PGE.
Encaminhe-se.

PGE-PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
EM MANAUS (Am), 10 de abril de 1992.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 01745/91 - (02238/91-SESAU - 0126/91-SEAD)

INTERESSADO: ANTÔNIA ANDRADE DE QUEIROZ

ASSUNTO: PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE VENCIMENTOS REDUZIDOS.

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o PARECER nº 012/92, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, que bem examinou o pedido da Requerente, concluindo pela legalidade da conduta e atos da Administração e, afinal, recomendando o indeferimento dos pleitos constantes do respectivo requerimento.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus, 14 de abril de 1992.

VICENTE DE MENDONÇA JUNIOR
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 00707/92-PGE

INTERESSADO: CLAUDIONOR DA COSTA GONÇALVES

ASSUNTO: REVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

PARECER Nº 032/92-PPE/PGE

As decisões do Poder Executivo e do Poder Judiciário são independentes, salvo quando, em situações cabíveis, estas anulam aquelas. É possível também haver repercussão de sentença judicial sobre ato administrativo versando ambos o mesmo fato. Não é, todavia, o caso destes Autos. Neles consta que o requerente foi demitido por incontinência pública ou escandalosa (art. 161, ítem IV, da Lei nº 1762/86) e foi absolvido da acusação de tráfico de drogas (art. 12 da Lei Federal nº 6368/76). Os fundamentos das punições e suas respectivas esferas são diferentes, embora tenham relação. E, neste caso, a incontinência pública ou escandalosa não é exclusivamente conseqüente da acusação de tráfico de entorpecente. Por outro lado, a absolvição criminal só importaria anulação do ato demissório se tivesse ficado provado, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não fora o autor" (STF, Emenda da decisão no MS 20.814-7-DF, DJU de 24.05.91, 6.711).

Senhor Procurador Chefe:

Nestes autos, o cidadão Claudionor da Costa Gonçalves requereu Revisão do Processo Administrativo Disciplinar que o demitiu do serviço público estadual, conforme o Decreto de 17 de novembro de 1988. Na época da demissão, ele já estava relotado na Secretaria de Estado da Administração, embora permanecesse no cargo de Agente de Polícia de 2ª Classe.

O Senhor Governador do Estado chegou a deferir o pedido de Revisão do Processo Administrativo Disciplinar, executado por Comissão Especial da Secretaria de Estado da Administração que, conforme Relatório às fls. 92/95, concluiu pela reforma do ato demissionário, sob o fundamento de "impropriedade da fundamentação legal, pois que inadequada para ocasionar a demissão do indiciado do que trata a presente Revisão Administrativa, da falta de elementos suficientes à confirmação do ilícito pelo qual é responsável, ou seja o tráfico de entorpecentes"...

Antes da decisão do mérito do Senhor Governador do Estado, este decidiu ouvir a Secretaria de Estado de Segurança Pública, em face da origem policial do requerente, mas a Seseg, por manifestação do Conselho Superior de Polícia e do próprio Secretário de Estado, declarou-se desinteressada do possível relatoçãõ dele e destacou o fato de que, na época da punição administrativa, o funcionário já pertencia aos quadros da Sead, apesar de o cargo ser Agente de Polícia de 2ª Classe.

O processo, então, recebeu manifestação da Consultoria Jurídica do Palácio Rio Negro e da própria Procuradoria Geral do Estado, onde aqui mesmo na PPE recebeu o Parecer nº 020/92-PPE/PGE do ilustre Procurador do Estado Djalma Monteiro de Almeida, cuja Ementa prevaleceu, no sentido de que, no caso, tornou-se indispensável conhecer o inteiro teor da sentença penal absolutória.

Juntada, finalmente, a solicitada sentença, retornaram estes Autos à Procuradoria Geral do Estado.

É o Relatório.

Entendo, pois, estarem adequadamente instruídos estes Autos, parecendo-me que a única questão pendente de abordagem é se a sentença penal absolutória do interessado tem repercussão em sua demissão do serviço público estadual.

Neste particular, em consonância com a ementa, note que a vida funcional do requerente ensejou que a Administração lhe punisse, com a pena de demissão, por incontinência pública ou escandalosa, não apenas em consequência da acusação do tráfico

de entorpecentes, mas também por outras ocorrências desabonadoras semelhantes, como o episódio da prisão dele no Estado do Pará.

Não é literal a aplicação da sentença penal absolutória sobre a decisão punitiva da administração. Neste caso, o cidadão requerente foi absolvido, pela justiça criminal, com trânsito em julgado, da acusação de tráfico de entorpecentes, em face do MM. Juiz ter reconhecido nos autos "inúmeras contradições" e sob invocação do art. 386, ítem IV, do Código de Processo Penal. Embora seja inegável que essa acusação oportunizou o processo administrativo disciplinar, que concluiu pela demissão do requerente, é também inegável que o comportamento dele, incompatível com os deveres de funcionário, não se limita a este fato concreto. O processo administrativo disciplinar comprovou uma vida funcional com vários episódios de incontinência pública ou escandalosa. Por outro lado, tem a Administração competência para punir pela falta residual, não compreendida na questão penal absolutória.

O ilícito administrativo independe do ilícito penal. A pena administrativa pode subsistir, apesar da absolvição criminal. O necessário - e isto foi feito em processo regular - é que a Administração prove a legalidade da punição, inclusive quanto às garantias de ampla defesa previstas na Constituição Federal, circunstância que faz a pena aplicada resistir ao exame inclusive judicial porque "ao Judiciário só é permitido examinar o aspecto da legalidade do ato administrativo, não podendo adentrar nos motivos de conceniência, oportunidade ou justiça das medidas da competência específica do Executivo" (Seabra Fagundes, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário).

Assim, pois, o funcionário da Sead, ex-policial, sujeito à disciplina administrativa estadual, foi punido conforme disposições próprias do Estado dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas. O respectivo processo realizou-se dentro das normas estatutárias e conforme os princípios constitucionais. Trata-se, pois, de punição interna, autônoma. A absolvição criminal, do interessado, mesmo relativa a um fato que tem relação com a punição dele, não tem o poder de anular-lhe a pena administrativa, limitando-se a absolvê-la, criminalmente, em fase das "inúmeras contradições", pelo que, conhecida a sentença anexa, opino pelo indeferimento de pedido, impermitindo-se, administrativamente, o retorno do demitido aos quadros da Administração Pública Estadual.

É o Parecer.

Manaus, 15 de julho de 1992

JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 00707/92-PGE (001839/91-GAGOV - 02076/91-SEAD)

ASSUNTO: Revisão de processo administrativo. Repercussão da sentença criminal na instância administrativa.

INTERESSADO: CLAUDIONOR DA COSTA GONÇALVES

DESPACHO:

Objetivamente, revelam os autos o seguinte:

a) Submetido a processo disciplinar em decorrência de haver sido preso em flagrante por porte de pasta de cocaína, o Interessado veio a ser demitido do Serviço Público, conforme Decreto de 17 de novembro de 1988 (D.O.E. de 21 dos mesmos mês e ano);

b) Julgado, posteriormente, pelo Juízo Criminal, foi ele absolvido, baseada a sentença no inciso IV do art. 386 do Código de Processo Penal;

c) Apoiado, então, na decisão criminal absolutória, busca retornar ao cargo, ao argumento de que a manifestação judicial repercute na instância administrativa.

É condicional essa arguida repercussão. Com efeito, a doutrina a propósito é uníssona, tendo-a bem sintetizado esta lição do insigne disciplinarista JOSÉ ARMANDO DA COSTA (aliás, referida também no despacho de fl. 102 v., do competente Chefe da Consultoria Jurídica do GAGOV), consignada à pág. 237 de sua "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar":

"(...) a sentença penal absolutória somente projetará eficácia no setor disciplinar quando:

a) o julgamento atesta categoricamente a inexistência do fato que, na instância disciplinar, constitua a razão única da puni-

ção do servidor;

b) o **decisório penal contém o juízo indubitoso de que o servidor não é o autor da infração penal;**

c) o julgado reconhecer que o funcionário agiu em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito; e

d) a sentença absolutória concluir que o servidor é inimputável, nos termos do art. 22 do Código Penal". (Destaquei).

Ora, o dispositivo no qual se fundou a sentença de absolvição do ora Interessado, diz:

Art. 386 - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

.....
IV - não existir prova de ter o réu recorrido para a infração penal. (Grifei).

Isso, verdadeiramente, é bastante para formar "juízo indubitoso" de que o Peticionário não foi o autor da infração? Tal juízo, segundo me parece, estaria efetivamente expresso se a absolvição houvesse ocorrido com fundamento em outros incisos do mesmo art. 386, como, **v. g.**, estes:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não houver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal.

Assim, se impede a condenação criminal, a falta de prova da autoria não chega a afastar qualquer dúvida a respeito, pelo que a sentença deixa de ostentar a condição que a faria repercutir na instância administrativa. Afinal, conforme até raciocínio autorizado pelo conteúdo dos incisos I e II do art. 386 —, "não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal" é coisa diferente de algo como "estar provado não ter o réu concorrido para a infração penal". Enfim, o que a Administração exige é servidor acima de suspeita, e disso a decisão penal não livrou o Interessado, que, aliás, preso já fora anteriormente sob acusação idêntica.

Submeta-se ao Dr. Procurador-Geral do Estado, pois, com

opinião contrária ao deferimento do pedido.

PGE - PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus, 20 de julho de 1992.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 707/92-PGE

INTERESSADO: CLAUDIONOR DA COSTA GONÇALVES

ASSUNTO: REVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - DISCIPLINAR.

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, as manifestações de fls., da douda Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, que bem esclarecem a situação do interessado, no plano do Direito Disciplinar, concluindo, afinal, pelo INDEFERIMENTO do pedido.

RESTITUA-SE, pois, o Processo ao Gabinete do Governador do Estado, por intermédio do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Governo.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 29 de julho de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01183/92-PGE (2815/92-SEAD)
ASSUNTO: CONSULTA SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL
INTERESSADO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO
AMAZONAS.

PARECER Nº 034/92-PPE/PGE.

A aposentadoria especial, cuidada no art. 40, III, "b", da Constituição da República, cujo modelo foi adotado pela CE (art. 111, III, "b"), é extensiva apenas a professores. Precedentes do STF e da PGE.

Senhor Procurador-Chefe:

O presente processo trata de consulta formulada pelo atuante Deputado à Augusta Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas. Manoel do Carmo Chaves Neto, através de requerimento nº 03, onde questiona a aplicabilidade das disposições do art. 40, III, "b", da CF (aposentadoria especial) a professor que esteja exercendo mandato eletivo (art. 38, I e IV do Estatuto Supremo).

A consulta, no seu modelo original, dirigia-se à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados mas, ao ser apreciado o requerimento pela Comissão de Constituição e Justiça da ALE, através do seu relator Deputado Miquéias Fernandes, em substancioso Parecer, sugeriu o estudo da matéria pela Secretaria de Estado da Administração e SEAD e pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado - TCE, o que foi acatado pelo Plenário.

Encaminha a consulta à SEAD, através do Ofício nº 0608/92-GP, a Sra. Secretária solicitou a esta Procuradoria Geral do Estado parecer sobre o tema, "considerando tratar-se de interpretação de dispositivo constitucional...".

Assim nos é distribuído o processo para exame e emissão de parecer.

É o relatório.

A discussão travada neste autos não é inaugural na esfera administrativa do nosso Estado. Sob o **imperium** da Constituição anterior, a ALE, através da EC nº 20, estendeu essa espécie de aposentadoria, exclusiva dos professores, a outras categorias de profissionais do Magistério, tão dignas quanto aquelas outras mas sem o respaldo jurídico sustentável, por se afastar da Cartilha Federal.

Tal EC, que ampliou sobremaneira o raio de abrangência desse benefício magisterial, o que, sem dúvida, provocou a quebra da simetria entre os modelos constitucionais estadual e federal, quebrando, por fim, com os próprios princípios do federalismo, também com arrimo constitucional, colidiu, de frente, com a pacificidade da Administração estadual, o que levou a questão ao Tribunal guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, por via da Representação 1.265-AM (in RTJ 120/508).

Essa representação, que terminou por ser vitoriosa, partiu da sugestão desta PGE, ressalte-se, por questão de justiça, através do substancioso Parecer nº 012/85-PPE/PGE, da lavra do ilustrado Chefe desta Especializada, Dr. Procurador R. Frânio de A. Lima, cuja ementa trazemos à colocação:

"- Embora sejam, igualmente, figuras do mesmo gênero dos "membros do magistério", **professor e especialista de educação** dele são, entretanto, espécies diferentes.

- Ao falar expressamente em "professor" e "professora" no seu art. 165, XX, a Constituição Federal não pretendeu privilegiar outra categoria, pelo que se devem considerar inconstitucionais os parágrafos 1º e 2º do art. 64 da Estadual, que o fizeram.

- Negativa de aplicação de dispositivo que se considera inconstitucional. Pode o Poder Executivo fazê-lo, com a simultânea provocação do Procurador-Geral da República, para a postulação da medida própria.

- Aplicação da Constituição Federal para decisão de pedidos de aposentadoria de **professores e professoras** do Quadro de Pessoal do Estado. Possibilidade, autoriza-

da pelo art. 100". (Destques do original em Revista da Procuradoria Geral do Estado nº 5, pág. 38).

A partir dessa manifestação, recorde-se, o Sr. Procurador-Geral da República foi provocado para promover a arguição de inconstitucionalidade, o que foi feito através da Rep. 1.265-AM, tendo como relator o eminente Min. Djaci Falcão, de cujo voto, seguido à unanimidade pelo douto Plenário da Corte de Justiça, colhe-se a seguinte lição:

"... Significa dizer que não são computáveis, para a realização do período reduzido, o tempo de serviço público em funções outras, burocráticas, seja anteriormente ao ingresso na carreira de professor, seja durante o exercício dessa função, mas dela desviado". (ob. epag. cits).

Pois bem. A Constituição Federal, de 05.10.88, manteve a mesma linha de conduta em relação apenas ao professor e professora: a aposentadoria especial com tempo reduzido se no exercício efetivo em funções de magistério. A Carta Federal não incluiu nessa exceção, como o fez a anterior, outras categorias integram do magistério, quis continuar esse privilégio só e tão somente para os professores e professoras, pela funções, também excepcionais, que exercem, por um lado da mais alta relevância para a formação de uma sociedade forte e produtiva e por outro tremendamente desgastantes e consumidores das energias dos seus excedentes.

De feito, não poderia o constituinte estadual se desgarrar do tipo elaborado pela federal porque isso implica na quebra da simetria que sempre preside - e haverá de presidir - a Federação.

Essa nossa convicção tanto mais se reforça diante da posição firme e inafastável do Excelso Pretório no trato da matéria ora em discussão. Confirmamos, pois, o comportamento do STF, através do julgamento da ADIN 152-3 MG, cuja ementa traz-se à colocação, **verbis**:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 286 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINA GERAIS, QUE CONSIDERA COMO DE PROFESSOR, PARA OS FINS DE APOSENTADORIA E DISPONIBILIDADE E DE TODOS OS DIREITOS E VANTAGENS DA CAR-

REIRA, O TEMPO DE SERVIÇO DE OCUPANTE DE CARGO OU FUNÇÃO DO QUADRO DO MAGISTÉRIO OU DIRIGENTE DE ENSINO:

Inconstitucionalidade formal, no alusivo às demais vantagens, por afronta ao princípio da independência dos Poderes do Estado, a que estava adstrito o Constituinte Estadual, por força do disposto no art. 25 da CF/88 e no art. 11 do ADCT/88, posto que se trata de matéria de iniciativa privativa do Governador do Estado.

Procedência da ação, declarada a inconstitucionalidade do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais" (DJU de 24.04.92, Rel. o Sr. Min. Ilmar Galvão).

Como se isso não bastasse para acentuar o caráter privilegiado somente da categoria dos professores (e não de todos os membros do magistério, ou mesmo do professor que se afaste de suas funções de docência para o exercício de mandato eletivo, como é o objeto da consulta), o Chefe do Poder Executivo ingressou, perante a Corte de Justiça, com Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar da integralidade do § 1º do art. 111 da CE e, dada a relevância da questão e a já conhecida posição do STF, de plano foi concedida liminar para suspender, provisoriamente, os efeitos do dispositivo referido (Cf. ADIn 739-4-AM, DJU de 1º.07.92, pág. 10.555, tendo como Rel. o Min. Marco Aurélio).

Induvidosamente, o comportamento do STF - como tribunal que tem como função preponderante a guarda da Constituição - nos conduz à conclusão inarredável de que a aposentadoria especial inscrita na alínea **b**, do inciso III, do art. 40 da CF (sendo seu correspondente na alínea **b**, inciso III, do art. 111 da CE) só pode ser mesmo dirigida a professor e professora, no efetivo exercício de funções do magistério.

Aliás, isto é o que está dito com todas as letras do referido dispositivo:

"Art. 40. O servidor será aposentado:

III - voluntariamente:

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, **se professor**, e vinte e cinco, **se professora**, com proventos

integrals." (os grifos são nossos).

Ainda no primeiro trimestre deste ano, a Secretaria de Administração Federal, através de seu Departamento de Recursos Humanos, emitiu o Parecer 79/92-SAF/DRH, e outra não foi a interpretação esposada por aquele abalizado órgão de pessoal da Administração Federal que se encaixa perfeitamente à essa questão. Vejamos a ementa desse parecer:

"Ementa: O art. 40, item III, alínea b da Constituição admite à professora ou professor aposentar-se aos 25 e 30 anos de efetivo exercício do magistério, com proventos integrais, **mas sem computar-se, para esse efeito, tempo de desempenho de mandato de Deputado federal.**" (grifamos) (iun D.O.U. de 23.03.92, pág. 3757).

Enfrentado uma série de questões contidas em consulta formulada pelo nobre Deputado autor desta outra consulta, entre o que se incluía esse tema, a douta Colega Procuradora Cynthia de Araújo Lima Lopes, hoje na Chefia da PA/PGE, ofereceu o Parecer nº 062/91-PPE/PGE, e logo da leitura da ementa constata-se essa mesma direção, **verbis:**

"Aposentadoria Especial do professor. Arts. 40, III, "B" e 111, III, "B" das Constituições Federal e Estadual, respectivamente. Norma que institui um favor de caráter excepcional deve ser interpretada restritivamente. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 111 da Carta Estadual. Funções de Magistério. Exclusão da contagem do tempo para a inatividade antecipada em que houve pretenção da atividade docente" (destaques do original).

De tudo o que até aqui foi visto, não temos receio de afirmar, como antecipadamente o faz a Carta Política da Nação, que a aposentadoria voluntária especial com proventos integrais só se dirige mesmo ao professor e à professora enquanto no exercício das suas funções típicas de magistério, isto é, a docência, o desempenho de suas atividades que se desenvolvem desde a pesquisa, a elaboração de aulas, de provas e trabalhos - e suas correções - até a ministração do conteúdo aos destinatários da educação e da cultura.

A literalidade da norma não deixa margem para outra forma de interpretação que não a gramatical. Aliás, esta é a forma primeira de interpretação da Constituição, como ensina Carlos Maximiliano em sua obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito".

Com efeito, ao se afastar do exercício das funções de magistério, da docência, para exercer outras atividades no serviço público, o professor não perde seu tempo de serviço nas novas funções, apenas interrompe esse tempo para a aposentação especial.

Isto é o que prevê o art. 38, em seus cinco itens, que, afinal, é dirigido a todos os servidores, sem exceção. Logo, se ali não se encontra exceção, não se pode alargar o seu campo de abrangência, o que, em suma, não fere o preceito da aposentadoria especial do professor porque, como visto às escâncaras, aquele benefício só se lhe aproveita se estiver no exercício efetivo de suas funções de professor, na mais pura acepção da palavra. Não vemos, por outro lado, que a aplicação da regra geral, ou seja, o exercício de mandato eletivo que enseje afastamento do servidor, inclusive professor, implique na penação desse profissional da educação. É questão apenas de opção: ser professor ou ser representante popular. Ambas funções - uma tão digna e tão desgastante quanto a outra - não têm o mesmo tratamento constitucional.

Como bem ressaltou o ilustre Relator da Comissão de Constituição e Justiça da ALE, lembrando a máxima do Direito, "onde o legislador não distinguiu, não cabe ao aplicador da lei distinguir".

Vale lembrar, ainda, a brilhante construção de Rui Barbosa, na sua "Oração aos Moços", segundo a qual "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real (...)" (in Discursos, Orações e Conferências, vol. II, tomo II, pág. 418, Livraria Editora Iracema Ltda, 1982).

É o que nos parece. S.M.J.

PGE - PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus, 11 de agosto de 1992.

DJALMA MONTEIRO DE ALMEIDA
Procurador do Estado

DESPACHO:

Endosso.
Encaminhe-se, na forma devida.

PGE-PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus(AM), 12 de agosto de 1992.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 01183/92-PGE (2815/92-SEAD)

INTERESSADO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO
AMAZONAS.

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE VIABILIDADE DE CONTAGEM DE
TEMPO DO EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR,
PARA EFEITO DA APOSENTADORIA ESPECIAL
DO PROFESSOR.

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o PARECER Nº 034/92, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, o qual, analisando minuciosamente o pedido formulado pelo ilustre Deputado Estadual MANOEL DO CARMO CHEVES NETO, concluiu pela IMPROCEDÊNCIA da postulação, à míngua de fomento legal, assentando indubiosamente, que o tempo de exercício de mandato parlamentar não é computado para a aposentadoria especial do professor, mas apenas para a aposentadoria ordinária, ao cabo de trinta e cinco anos de serviço público em geral.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 18 de agosto de 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01198/92-PGE

ASSUNTO: Remuneração de ocupantes de cargos comissionados de Assessor Técnico Especial e de Assessor de Secretário, durante o pedido de desincompatibilização.

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA - SEMACT

PARECER Nº 036/92-PPE/PPGE

Ocupantes de cargos Comissionados candidatos a pleito eleitoral deverão ser exonerados até 3 (três) meses anteriores ao dia das eleições.

Senhor Procurador-Chefe:

O Senhor Secretário de Estado do Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia, em exercício, Marcelo Ribeiro Tunes, com o Ofício nº SEMACT/GS/246/1992, de 3 de julho último, formulou consulta a esta PGE buscando esclarecimentos sobre a remuneração que compete aos funcionários que exercem cargos comissionados de Assessor Técnico especial e de Assessor de Secretário, durante o pedido de desincompatibilização, em virtude das eleições municipais.

É o relatório.

A Constituição da República estabelece no par. 3º do art. 14, as condições de elegibilidade, tais como a nacionalidade, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade capaz.

Estabeleceu também, no par. 9º do citado artigo 14 que:

“Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua

cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função cargo ou emprego na administração direta e indireta.”

A Lei complementar nº 064, de 18 de maio de 1990, com base no par. 9º do art. 14, já citados, disciplina:

“Art. 1º - São inelegíveis:

1 - para qualquer cargo:

a) os inalistáveis e os analfabetos

II -

a -

1 - os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades, da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, **não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito**, garantido o direito a percepção dos seus vencimentos integrais.

Tem-se que o afastamento do cargo deve ocorrer até três meses anteriores ao pleito, se servidores públicos efetivos. E no caso em estudo tais afastamentos deveriam ter ocorrido, até o dia 2 de julho. O processo ingressou na PGE em 03 de agosto, depois de decorridos 30 dias da formalização do expediente SEMACT/GS/246/1992. Situação que já coloca o Assessor Técnico Especial e o Assessor de Secretário em inelegibilidade.

Em outro ângulo, há que se destacar dois aspectos: a) o afastamento remunerado, garantia dada ao servidor público para concorrer a pleito efetivo, sem prejuízo financeiro, b) desincompatibilização, que é o afastamento definitivo do cargo em comissão, emprego ou função de caráter precário, como já entendido pelo ilustre Procurador Dr. Djalma Monteiro de Almeida, ao se pronunciar no Processo Nº 00839/92-PGE, através de Parecer nº 024/PPE/PGE, respondendo consulta do Exmo. Sr. Secretário de Estado do Trabalho e Ação Comunitária.

E por assim entender é que respondo o processo dizendo que os servidores sobre os quais versa a consulta já se encontram alcançados pelo princípio da inelegibilidade, afirmando mais que ocupantes de cargos comissionados, em caso de

desincompatibilização deverão ser exonerados até 3 (três) meses anteriores ao dia das eleições, por conseguinte não há como falar-se em remuneração.

É o parecer, sub censura.

PGE-PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus, 14 de agosto de 1992.

ONESMO GOMES DE SOUZA
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 01198/92-PGE

ASSUNTO: Eleição municipal. Servidor-candidato. Remuneração.
Ocupante de cargo comissionado.

INTERESSADO: O Sr. Secretário de Estado do Meio Ambiente,
Ciência e Tecnologia.

DESPACHO:

R. hoje.

Interpretado a **contrario sensu**, é correto dizer-se que o inciso II, 1, do art. 1º da Lei Complementar 064/90 - aplicável às eleições municipais por força da Resolução nº 18.019/92 - TSE — garante a percepção dos vencimentos integrais aos servidores públicos que, candidatos ao pleito, houveram se afastado do exercício do cargo até 02 de julho próximo passado.

Tal garantia, entretanto, não beneficia os ocupantes de cargos não-efetivos. É nesse sentido, em verdade, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, conforme ficou assentado naquela mesma Resolução 18.019 (In D.J.U. de 09/04/92), **verbis**:

I, e: Não se aplica aos titulares de cargo em comissão de livre exoneração o direito ao afastamento remunerado de seu exercício, nos termos do art. 1º, II, 1, da Lei Complementar 64/90.

Essa definição do TSE tem a ver com o caráter do afastamento. É que, no fundo, o Direito Eleitoral concebe afastamentos temporários e afastamentos definitivos, quando cuida da desincompatibilização do servidor-candidato. Ao servidor efetivo,

impõem-se o primeiro desses tipos, o qual opera como um licenciamento do cargo de que seja ele titular. Do ocupante de cargo não-efetivo, todavia, exige a desvinculação absoluta. Neste caso — como ensina PINTO FERREIRA (In “Código Eleitoral Comentado”, 3ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1991, pág. 502) —, “a norma é que aquela pessoa ocupante de função ou cargo de Chefe de Executivo ou de sua confiança (ministro, secretário, etc.) deve afastar-se definitivamente, por renúncia ou exoneração”. (Grifei).

Assim, já que é de caráter definitivo o afastamento de ocupantes de cargo comissionados como os referidos na peça inicial destes autos, não há falar-se em remuneração. Estou, pois, com a conclusão última do parecer retro. Encaminhe-se.

PGE-PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
Manaus (Am), 19 de agosto de 1992.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1198/92-PGE
PARECER 036/92-PPE/PGE

Despacho:

Aprovo, por seus jurídicos fundamentos o Despacho de fls. exarado pelo Dr. Procurador-Chefe da PPE/PGE, que bem analisou e respondeu à consulta objeto deste processo, concluindo pela impossibilidade legal de pagamento de remuneração aos servidores ocupantes de cargo comissionados, afastados de seu exercício em decorrência de candidatura ao pleito eleitoral de outubro próximo, conforme entendimento já estabelecido pelo Colendo TST na Resolução nº 18.019 (in DIU de 9.4.92).

Devolva-se o processo à Secretaria de Estado do Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia.

Em 26.8.92

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 00200/93-PGE

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO DO § 2º DO ART. 7º DA LEI FEDERAL Nº 8.542/92 AOS SERVIDORES DO ESTADO.

INTERESSADA: A SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO.

PARECER Nº 008/93-PPE/PGE

Entre as garantias de que gozam os trabalhadores, rurais e urbanos, esta a percepção de salário mínimo como contraprestação pelo seu trabalho (art. 7º, item IV, e art. 37 § 2º da Constituição Federal do Estado).

Aplicabilidade, aos servidores públicos estaduais, das disposições do § 2º do art. 7º da Lei Federal nº 8.542/92.

Senhor Procurador-Geral:

A Senhora Secretária de Estado da Administração, Dra. Dolores Garcia Rodrigues, solicita parecer desta Procuradoria Geral do Estado, no sentido da obrigatoriedade da aplicação aos servidores do Estado das disposições do § 2º do art. 7º da Lei Federal nº 8.542, de 23.12.92, que garante o reajuste bimestral do salário mínimo, a título da antecipação.

Em razão da natureza da matéria, isto é, por envolver, na questão, servidores públicos sob regime estatutário, Vossa Excelência distribuiu o assunto à apreciação desta Especializada e, ainda em decorrência da relevância do tema, por tratar-se de salários solicitou urgência e prioridade no estudo por parte desta PPE.

É o relatório.

Não resta a menor dúvida de que a questão colocada nesta consulta é das mais delicadas, dadas as circunstâncias em que se encontram, hoje - diante desse quadro sócio-econômico tenebroso - a Administração, de um lado, com a manifestação da queda constante da sua arrecadação, e, de outro, os servidores, já combalidos, frente aos baixos ganhos e por cima corroídos pela inflação, a cada dia que passa.

Aliás, já observa Mestre Hely Lopes Meirelles, em sua festejada obra "Direito Administraivo Brasileiro", que

"No campo funcional, a matéria de maior interesse, pelos constantes atritos entre o funcionário e a Administração, é a concernente aos **vencimentos e vantagens pecuniárias**. Esses atritos - ressalta - decorrem das disposições diametralmente opostas em que se colocam o servidor e o Poder Público na interpretação das leis pertinentes, pressionando aqueles pelas exigências do seu **status**, agravadas sempre pela contínua desvalorização da moeda, interessado este em realizar o máximo de serviço com o mínimo de despesas de custeio, dentre as quais se incluem as de pessoal." (pág. 395, 14ª edição, 1989, Ed. RT) (destaques do original)

Com efeito, é este antagonismo que se busca solucionar com a resposta a consulta ora em estudo. Mas, antes de entrarmos no miolo da discussão, não é demais - ao contrário, é sempre oportuno - vermos os dispositivos constitucionais que têm inteira pertinência com a matéria em debate. Começemos por ver como tratou os trabalhadores a constituinte federal, quando, no Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), particularmente, no art. 7º e itens específicos.

Pois bem. Diz o art. 7º do Estatuto Supremo que

"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - **salário mínimo**, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, edu-

cação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, **com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo,...**"

VI - **irredutibilidade de salário**, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (grifamos)

O fato do constituinte ter-se utilizado da terminologia **salário** e porque tecnicamente quem ganha é o trabalhador submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalhador, não é argumento suficientemente forte para afastar dessas regras os servidores públicos, regidos por estatutos próprio, porque o mesmo legislador originário, ao cuidar dessa categoria de prestadores de serviços (os servidores públicos), no Capítulo VII (Da Administração Pública), do Título III (Da Organização do Estado), insculpiu no art. 39, § 2º, a sentença segundo a qual

"Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI,...."

Não se diga, ainda, que tais disposições só seriam aplicáveis aos servidores públicos da União, porquanto os Estados e Municípios, bem como o Distrito Federal gozam de autonomia para se organizarem segundo suas leis, portanto, detentores de autonomia para legislar sobre Direito Administrativo, inclusive estabelecer a remuneração de seu pessoal, pois, esta tese também não tem guarida em razão da regra de garantia do salário mínimo ser regra fundamental, de sorte que todos esses entes estão a ela submetidos.

Como se isto não bastasse, veio o constituinte amazonense e, também revestido de poder constituinte originário, escreveu na Carta cabocla que

"Art. 110 - **omissis**

§ 2º - São garantidos ao servidor público estadual e municipal os direitos dispostos no art. 7º, incisos IV,...., VI,..... da Constituição da República, e ainda os que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social e a produtividade no serviço público,...."

Logo, a partir desse arcabouço jurídico, temos como certa e inarredável assertiva de que a Administração Pública, em todas as esferas e Poderes, está afivelada a essa cláusula constitucional.

Com efeito, toda vez que o salário mínimo, que ainda de acordo com Constituição da República deve manter o seu poder aquisitivo, sofrer alteração no seu valor nominal, seja a título de antecipação, ou de reajuste, esses reajustes ou antecipação haverão de se projetar aos salários e vencimentos que estejam nivelados por esse padrão remuneratório inferior.

A Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, que dispõe sobre "a política nacional de salários e dá outras providências", indubitavelmente, disciplina as relações entre empregadores e trabalhadores voltados para a iniciativa privada vale dizer, às relações reguladas pelo Direito do Trabalho, aí se incluindo - não só ao salário mínimo, mas a todas as regras salariais - os entes da Administração Indireta estatal regida por esse ramo do Direito Positivo. A partir dessa ideia-mestra, isto é, política nacional de salários, cuja competência para legislar é da União (art. 22, I da CF), privativamente, pensamos que os Estados, Municípios e Distrito Federal, enquanto tendo suas relações regidas por Estatutos, estariam fora da abrangência desse conjunto de medidas preservadoras do poder aquisitivo dos salários.

Acontece que a referida lei não tratou só da política nacional de salários, a que estão obrigados todos os empregadores, sejam da iniciativa privada, sejam dos entes públicos que adotem o regimes consolidado, mas, também, deu a roupagem ao salário mínimo, cujo figurino fora antes talhado pela Constituição Federal. Vale rever: a Lei nº 8.542/92 deu um valor ao salário mínimo, como era o pensamento do constituinte, e também acenou com a possibilidade de manutenção de seu poder aquisitivo. E fê-lo dessa forma simétrica:

"Art. 7º - A partir de 1º de janeiro de 1993, o **salário mínimo** será de Cr\$ 1.250.700,00 (hum milhão, duzentos e cinquenta mil e setecentos cruzeiros) mensais..."

§ 1º. A partir de 1º de maio de 1993, inclusive, o **salário mínimo** terá reajustes quadrimestrais pela aplicação do FAS.

§ 2º. **Serão assegurados ao salário mínimo reajustes bimestrais**, a título de antecipação, nos meses de março, julho e novembro, em percentual idêntico ao definido para os trabalhadores do Grupo A, conforme disposto no § 3º do art. 5º desta Lei, a serem compensados por ocasião dos rea-

justes quadrimestrais previstos no parágrafo anterior.

§ 3º. Por ocasião da aplicação dos reajustes e antecipações de que trata este artigo, o valor do **salário mínimo** mensal será arredondado para a unidade de centena de cruzeiro imediatamente superior." (todos os grifos são nossos)

Como bem se vê do texto claro da lei transcrita, o salário mínimo, unificado nacionalmente como manda a CF, tem hoje essas características: reajustes quadrimestral com antecipação bimestral, nos moldes traçados para aquisição dos índices aplicados aos demais trabalhadores.

É bem verdade que a doutrina já começou a questionar os termos "reajustes e antecipação" trazidos pelo legislador ordinário, mas, seja como for, pensamos que o espírito a nortear a questão é o da preservação do poder aquisitivo do trabalhador assalariado com o mínimo. Não fosse assim, e a defasagem quadrimestral decorrente do alto índice inflacionário que a todos atinge, retiraria muito mais a possibilidade do trabalhador quinhoado dessa forma levar para sua casa um pão a mais.

Com estas considerações, respondemos à consulta formulada pela ilustrada Secretária da Pasta da Secretaria da Administração com a resposta de que o dispositivo legal mencionado (§2º do art. 7º da Lei nº 8.542/92) aplica-se à Administração do nosso Estado. De consequência, é de aplicar-se o novo valor do salário mínimo, divulgado pela Portaria Interministerial nº 4, de 1º de março de 1993 (D.O.U de 03.03.93), ou seja, Cr\$ 1.709.400,00 (hum milhaao, setecentos e nove mil e quatrocentos cruzeiros).

Sub censura.

PGE-PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus, 04 de março de 1993.

DJALMA MONTEIRO DE ALMEIDA
Procurador-Chefe, em exercício

PROCESSO Nº 00200/93-PGE**INTERESSADO: SEAD****ASSUNTO: CONSULTA SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA APLICAÇÃO AOS SERVIDORES DO ESTADO DO § 2º, ART. 7º DA LEI FEDERAL Nº 8.542/92.****DESPACHO:**

APROVO, por seus legítimos e jurídicos fundamentos o bem lançado Parecer nº 008/93-PPE/PGE, exarado pelo ilustre Procurador Dr. Djalma Monteiro de Almeida, ora em exercício na Chefia da Procuradoria do Pessoal Estatutário, o qual, examinando o pedido de orientação jurídica formulado pela Exma.Sra. Secretária de Estado da Administração, concluiu que a disposição do § 2º do art. 7º da Lei Federal nº 8.542/92, por força dos preceitos de eficácia plena insculpidos na Constituição Federal (Art. 7º, IV e VI e 39, § 2º) e na Constituição Estadual (art. 110, § 2º se aplica à Administração Estadual, garantindo aos seus servidores o salário mínimo e os reajustes bimestrais, a título de antecipação, a serem compensados por ocasião dos reajustes quadrimestrais a serem efetuados a partir de 1º de maio do corrente ano.

Com efeito, em face do estatuído no § 2º do art. 39 da Magna Carta Republicana, alguns direitos outorgados aos trabalhadores em geral foram estendidos aos servidores públicos, os quais pelo citado preceptivo, passaram a desfrutar da garantia do salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado. Logo, impõem-se à Administração respeitar essa garantia constitucional, mantendo o valor do salário mínimo como o piso salarial do funcionalismo público, valor esse que deverá ser alterado ou majorado, também no plano estadual, toda vez que ocorra avariação, seja em decorrência do reajuste quadrimestral, seja do reajuste bimestral a título de antecipação, nos termos do §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei nº 8.542/92. A compensação da parcela dos reajustes bimestrais há de ser feita por ocasião dos reajustes quadrimestrais, conforme dicção do aludido § 2º.

Com estas considerações, DEVOLVA-SE o Processo à Secretaria do Estado da Administração, para os devidos efeitos.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, 01 de junho de 1993.

OLDENEY SA VALENTE
Procurador-Geral do Estado

Observação:

Por lapso de nossa parte este Processo ficou nesta PPE desde junho/93, razão pela qual somente agora está sendo devolvido a SEAD.

Em 05.01.94

OLDENEY SA VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 01685/92-PGE**ASSUNTO: TORNAR SEM EFEITO ATO DE DEMISSÃO****INTERESSADO: WILSON JUREMA SILVA****PARECER Nº 061/92-PPE/PGE**

Inadmissível pedido de reconsideração além do prazo estipulado no par. único do art. 121, da lei nº 1762, de 24 de novembro de 1986, impermitido, também, pedido de revisão, se não forem aduzidos fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido, ex vi do art 196, do mesmo diploma legal.

SENHOR PROCURADOR-CHEFE:

WILSON JUREMA SILVA, ex-funcionário do quadro de Pessoal do Gabinete do Governador do Estado, exercente do cargo de Assistente Técnico, 3ª Classe, Nível I, Pef.I, tendo sido demitido nos termos do artigo 161, item XXI, por infringência ao item V, do artigo 150, da Lei nº 1762, de 14 de novembro de 1.986, conforme ato publicado no Diário Oficial do Estado, edição de 23 de julho de 1992, irresignado, recorreu ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, no sentido de que "torne sem efeito o ato que acarretou sua demissão do serviço público, alegando cerceamento de defesa.

Assim me chegaram os autos.

É o relatório.

O pedido do requerente foi endereçado ao ao chefe do Poder Executivo que despachou a esta Procuradoria Geral do Estado para proferir parecer.

Tem-se que o requerente foi apenado, nos termos do artigo 161, item XIX, que dizem o seguinte:

Art. 161 - a pena de demissão será aplicada nos casos de:

I -

XXI - transgressão de quaisquer dos itens IV, V, VII e IX, do artigo 150.

Art. 150 - ao funcionário é proibido:

1 -

V - empregar materiais e bens do Estado em serviço particular ou, sem autorização superior, retirar objetos de órgãos oficiais”.

O fato gerador da demissão do requerente, segundo me foi possível verificar no processo copiado, que o próprio requerente, me deu acesso, teria sido a instalação dos telefones nºs 233-0215 e 236-7312, em endereços fora dos limites do Palácio Rio Negro, conforme informa o ofício nº 006/91-SSGE, de 13 de novembro de 1991, formulado pelo Senhor Pojucan José Barcelar de Souza, Subsecretário de Governo Executivo, sendo que o de nº 233-0215, foi instalado na rua Major Gabriel nº 5, Centro e o outro, na rua 41, Quadra “G”, casa 3, do Conjunto Castelo Branco, Parque Dez, todos instalados por solicitação do requerente.

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas, Lei nº 1762, de 14 de novembro de 1986, assegura em dois momentos, o direito do servidor punido com a pena expulsiva do serviço público, a possibilidade de opor resistência ao ato demissório. Primeiramente através do artigo 118 e seguintes, inseridos no Capítulo do Direito de Petição, e depois, por via do artigo 196 e seguintes, dentro do Capítulo da revisão do Processo. No primeiro caso, com o artigo 118:

“é assegurado ao funcionário o direito de requerer, representar, pedir reconsideração e recorrer, desde que faça dentro das normas de urbanidade

No pedido de reconsideração que o artigo 118 assegura, e o par. único do artigo 121, anuncia, “o prazo para apresentação do pedido “é de quinze dias a contar da ciência do ato, da decisão ou da publicação oficial”.

A oportunidade que o citado artigo 118 defere ao punido, não foi aproveitada pelo requerente, por que formulou o pedido a 9 de outubro de 1992, e o ato de demissão é de 22 de julho de 1992, conforme publicação do Diário Oficial do Estado, edição de 24 de julho do ano em curso, portanto fora do prazo.

A outra oportunidade que o Estado oferece, é tutelada pelo artigo 196 que tem a seguinte redação:

“a qualquer tempo poderá ser requerido a revisão do processo administrativo, desde que haja resultado pena disciplinar, quando forem contidos fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido”

O parágrafo 3º do citado artigo acima, estabelece:

“Não constitui fundamento para revisão a simples alegação de injustiça da penalidade”.

Situação anteriormente estudada nesta PPE/PGE, enfoquei “que o fundamento do pedido de revisão” se alimenta do pressuposto de que a decisão que determinou a expulsão do servidor do serviço público, “tenha sido decretada com ofensa a lei”. Aludi também a questão de que “a decisão tenha se fundado em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos ou errados” e por último, se após a decisão sobrevierem “provas de inocência do punido ou circunstância que autorizem pena mais branda”.

Tem-se que o requerente foi regularmente citado em 22 de janeiro de 1992 para comparecerem no dia 24 do mesmo mês, às 8:00 hs. perante a comissão de Regime Disciplinar, criada pelo Decreto nº 2.135 de 7 de julho de 1971. Prestou depoimento perante Comissão idônea integrada pelos doutores Pedro Pessoa de Araújo Corrêa, Guilherme Frederico da Silveira Gomes, Francisco Rômulo Araújo Corrêa, Mário Bittencourt da Filgueira e João Ramos da Mata, onde afirmou “conhecer o motivo que o trouxe a CRD, asseverou que “detinha autorização verbal, em função do cargo que exercia, de tomar toda e qualquer atividade a respeito da questão que envolvesse água, luz, e telefone do Palácio Rio Negro. Disse ele próprio que, requereu da Telamazon a instalação de telefones fora dos limites físicos do Palácio Rio Negro; informou, se referindo aos telefones nºs 233.0215 e 236.7312, que “em virtude de problemas particulares com a grave doença do pai, atravessou problemas financeiros que o obrigaram a vender uma linha telefônica e sabendo que o estado tinha algumas linhas à disposição, requereu à Telamazon a instalação de um daqueles, em sua residência e outro, na residência de um amigo de nome de Adilson Nery”.

O requerente foi citado em 15 de junho de 1992 para apresentar DEFESA ESCRITA no processo a que respondia, sendo-lhe dado vista dos autos, na conformidade dos artigos 183 e 184, da

Lei nº 1762, de 14 de novembro de 1986, pelo prazo de 10 dias e apresentou a sua demonstração de defesa, no dia 25 de junho do mesmo ano.

Não vislumbrei no manuseamento das peças (copiadas) que informaram o Processo Administrativo, instaurado contra o requerente qualquer descumprimento de preceitos legais pela Comissão de Regime Disciplinar, que se houve dentro dos princípios defendidos pelo Estatuto e normas adjetivas que orientam o procedimento disciplinar.

Diga-se que "os agentes públicos estão sujeitos ao cumprimento de deveres, necessários ao bom funcionamento dos serviços administrativos, e cuja observância é assegurada pelo Poder Disciplinar". A violação desses deveres constitui falta grave punível.

Deste modo, por entender que o requerente não aproveitou a faculdade concedida pelo artigo 118, da Lei nº 1762/86, para merecer reconsideração do ato demissório, e não se enquadrar, o seu pedido, nos postulados do artigo 196, da Lei Orgânica dos Funcionários Cíveis do Estado do Amazonas, sugiro o indeferimento do pedido, por não ter aduzido fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a sua inocência e conseqüentemente o pedido de Revisão.

É o parecer.

PGE- PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus (Am), 20 de novembro de 1992.

ONESMO GOMES DE SOUZA
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 01685/92-PGE

INTERESSADO: WILSON JUREMA SILVA

ASSUNTO: PROCESSO DISCIPLINAR. DESFAZIMENTO DE ATO DE DEMISSÃO EDITADO NO PERÍODO DE QUE TRATA O ART. 23 DA LEI Nº 8.214/91.

DESPACHO:

Embora não louvado em subsídios constantes destes autos, mas devidamente convencido pela leitura de cópia do Processo Administrativo nº 001/92 - que o próprio Interessado lhe deu a conhecer, como registra com a credibilidade inerente a seu alto cargo -, o insígnio autor do Parecer nº 061/92-PPE/PGE demonstrou

a improcedência da totalidade das alegações que desembocaram no requerimento da peça de fls. 03/07. Assim, pela preclusão (pois vencidos mais de quinze dias da publicação do ato demissório) e pela inocorrência de fundamento legal autorizador (não-indicação de fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificação de inocência), estou em que o pleito não pode ser recebido nem como pedido de reconsideração nem como pedido de revisão de processo.

Uma arguição inicial, porém, restou indiscutida: a de que a demissão não poderia ser decretada quando o foi, isto é, a 24 de julho último (conf. D.O. de igual data, cuja cópia junto a este), durante, portanto, o período em que atos do gênero são vedados e considerados nulos de pleno direito. Isso, efetivamente, é o que expressa a Lei 8.214/91, nestes termos:

Art. 29 - São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigação de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada e nenhum direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre o primeiro dia do quarto mês anterior às eleições de que trata esta lei e o término do mandato do Prefeito do Município, importarem na concessão de reajuste de vencimento em percentual superior à inflação acumulada desde o último reajustamento ou em nomear, admitir, contratar, ou exonerar de ofício, demitir, dispensar, transferir, designar, readaptar ou suprimir vantagens de qualquer espécie de servidor público, estatutário ou não, da administração pública centralizada ou descentralizada no âmbito estadual ou municipal, ficando igualmente vedada a realização de concursos públicos no mesmo período. (Grifei).

Ora, todo o conteúdo do dispositivo deixa evidente que o legislador pretendeu afastar qualquer possibilidade de a administração cooptar eleitores ou perseguir os que lhe sejam contrários. Assim, ao incluir a demissão no rol do atos vedados, teve em vista, obviamente, apenas as demissões manchadas pelo vício do arbítrio político.

Não foi isso o que se verificou no caso em exame - parece-me. Entendo dessa forma se observar que o processo disciplinar se

instaurou bem antes da quadra eleitoral, tanto que já o ato expulsório veio a ser editado menos de dois meses depois do início do período do art. 29. Demais disso, inexistiu dúvida quanto à autoria do ilícito na oportunidade apurada, pois o próprio requerente de agora a confessou. Houve, então, razão justa para a demissão, já que fundada em processo regular, no qual o demitido exerceu plenamente o direito de defesa.

Diante, assim, do que venho de considerar, concluo que também não prospera a alegação de nulidade do decreto demissório por agressão ao art. 29 da Lei 8.214/91.

Submete-se ao Dr. Procurador-Geral do estado

PPE/PGE, em Manaus, 30 de novembro de 1992.

R. FRANIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1685/92-PGE

INTERESSADO: WILSON JUREMA DA SILVA

ASSUNTO: PROCESSO DISCIPLINAR. DESFAZIMENTO DE ATO DEMISSÓRIO.

D E S P A C H O:

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, as r. manifestações da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE que, examinando detidamente a questão, deu como comprovada a culpabilidade do Interessado.

Além disso, restou estrema de dúvida que o Interessado foi regularmente processado, sendo-lhe facultado o amplo exercício do direito de defesa, tendo confessado, aliás, a prática de ilícitos administrativos.

Sob o aspecto formal, nada foi encontrado que possa conduzir à nulidade do processo administrativo instaurado contra o Requerente. Desse prisma o ato demissório foi perfeito.

Poderia parecer, à primeira vista, a existência de um óbice contra a validade e eficácia do ato demissório em questão: a sua edição dentro do período de tempo em que a Lei nº 8.214, de 24.7.91 reputou vedados e considerados nulos de pleno direito, entre outros, os atos demissórios de servidores públicos, consoante estabelece o

art.29 do referido diploma legal.

Tal entendimento não pode vingar, data maxima venia. Com efeito, ante a realidade dos fatos sob exame seria demasiado incoerente supor que a Administração, no exercício do seu poder-dever disciplinar, ficasse tolhida de agir, pelos mecanismos próprios e legítimos, contra os servidores faltosos, só porque a lei, sem fazer qualquer ressalva, vedou e averbou de nulidade atos demissórios de servidores públicos editados no período de 1º de junho até 31 de dezembro de 1992.

Isto porque - conforme facilmente se compreende - a intenção do legislador foi no sentido de proteger o servidor contra os humores vingativos do administrador público, principalmente contra retaliações ou vinditas de cunho político por parte dos detendores do poder.

Não é isso de que se trata, desenganadamente, visto como o indiciamento administrativo do Interessado à anterior ao lapso de tempo estabelecido na Lei nº 80214/91.

Dir-se-á, sob enfoque restrito da dicção legal que ela não fez nenhuma ressalva, daí porque o ato demissório em tela seria nulo. Má interpretação essa, porquanto inspirada tão só na palavra da lei e, portanto, dirvociada dos princípios informadores do Direito e da Justiça.

Uma interpretação conforme os fins sociais da lei e a exigências do bem comum deve considerar implícita no art. 29 da Lei nº 8.214/91 e ressalva permissiva para a prática de ato demissório, desde que apurada a falta comeida pelo servidor, mediante processo regular, no qual se lhe faculte o amplo direito de defesa, estando a decisão plenamente motivada e justificada.

Não se perca de vista, na espécie, que o indiciado confessou, sem vacilações, a prática dos ilícitos que lhe foram imputados.

Por todos estes motivos, tenho que o cogitado ato demissório não está eivado de nulidade, impondo-se a sua permanência, eis que vazado nos princípios do Direito e da Justiça, que devem valer, in casu, sob pena de prevaecimento da imunidade, com graves e deletérios reflexos para a Administração.

DEVOLVA-SE, pois, ao superior exame e decisão do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
AMAZONAS, EM MANAUS, 01 DE DEZEMBRO DE 1992.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 0083/93-PGE**ASSUNTO: PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO A SERVIDORES
AFASTADOS DO EXERCÍCIO DE SEUS CARGOS.****INTERESSADA: A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMA-
ZONAS****PARECER Nº 003/93-PPE/PGE**

A natureza e o fundamento da vantagem financeira determinam as condições de sua percepção pelos beneficiários. Nesse particular, só perceberá gratificação de prêmio por produção, como o próprio nome está a indicar, quem, de fato, esta no exercício do cargo, produzido, nas condições indicadas na lei ou regimento, ou afastado nos casos em que e permitido o recebimento de toda a remuneração.

Senhor Procurador-Geral:

O Senhor Procurador-Geral da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, Dr. Heliandro Maia, encaminha expediente a esta Procuradoria Geral do Estado para formular consulta sobre percepção de gratificação de prêmio por produção nas seguintes hipóteses:

1. Procuradora a disposição da Secretaria de Estado da Justiça, Segurança e Cidadania, exercendo cargo de confiança;
2. Procuradora cursando doutorado no Rio de Janeiro, com ônus para o órgão de origem;
3. Defensor Público de 2ª Entrância a disposição do Governo do Estado de Goiás, com ônus para o órgão de origem;

4. Defensor Público de 2ª Entrância eleito Prefeito Municipal de Barreirinha; e

5. Defensor Público de 2ª Entrância, nomeado Secretário Municipal.

Pela competência em razão da matéria, como expressa o art. 17 da LOPGE, Lei nº 1.639/83, o processo para cá foi dirigido, a fim de receber parecer conclusivo.

E o relatório.

A questão de disposição, pela importância e problema que tem gerado ao longo dos tempos em nosso Estado, passou a ser disciplinada não só a nível de legislação infraconstitucional, mas, também, no corpo permanente da Carta amazonense. Confirmamos, pois a literalidade do preceito constitucional:

“Art. 109, omissis

XXIII - as disposições de servidor ou empregado público para Órgão Público Federal, Estadual ou Municipal, somente poderão ser efetuadas se o ônus da remuneração for por eles assumido, mantida a vinculação administrativa;

§ 5º. A exceção ao princípio estabelecido no inciso XXIII somente será admitida pelo exercício de cargo ou função de confiança no âmbito de cada administração, se o servidor optar pelo vencimento do cargo efetivo.”

Para disciplinar a matéria, o Poder Executivo editou o Decreto nº 13.817, de 18.03.91 (DOE edição de 01.04.91) e, entre outras normas pertinentes, colhem-se os enunciados dos arts. 4º e 5º, in verbis:

“Art. 4º. Em cumprimento ao disposto no artigo 109, item XXIII da Constituição Estadual, as disposições de servidores da Administração Estadual para órgãos ou entidades da Administração Federal, Municipal e de outros Estados só poderão ocorrer e se o ônus da remuneração for assumido pelo órgão cessionário, mantida apenas a vinculação administrativa do servidor no órgão cedente.

Art. 5º. O servidor estadual nomeado para

cargo de confiança ou designado para o exercício de função gratificada nos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Estado do Amazonas, após a publicação do ato no Diário Oficial do Estado, ficam automaticamente afastados da função de seus cargos efetivos, sendo-lhe facultado o direito de opção de vencimentos.”

Da leitura desse contexto legal, de pronto infere-se que o instituto da disposição passou a ser aplicado com restrições, no sentido de que a Administração estadual se livre do ônus da remuneração de servidores em condições tais, em regime de colaboração entre os entes administrativos, exceto nos casos de nomeação para cargos ou funções de confiança, quando os exercentes desses cargos ou funções poderão optar pelos vencimentos de seus cargos efetivos.

Então, diante de regras específicas em derredor da disposição, como visto atrás, temos que só é possível disposição, com ônus para órgão de origem, se o titular do cargo - o posicionado - for exercer cargo ou função de confiança. E, não se perca de vista o termo claro e inquestionável do texto constitucional - repetido pelo Decreto governamental - de que a opção seja pelo vencimento do cargo efetivo. Neste particular, temos como certo, também, pela obviedade que o termo encerra, de que a gratificação de prêmio por produção, como o nome indica e pela natureza mesma a caracterizá-la, não constitui vencimento do cargo efetivo e, ainda, impossível de ser aferida em relação a quem não está no exercício típico das atividades-fins do órgão a que foi estendida essa vantagem de natureza peculiar.

Em conseqüência, e de se concluir que, pela natureza da vantagem denominada de prêmio por produção, por depender da produção mesma do beneficiário, por se tratar de vantagem que Hely Lopes Meirelles denomina de “pro labore faciendo”, e ela inextensível a quem não esteja submetido as condições de trabalho que possa permitir a aferição da produção e a atribuição da paga da verba gratificatoria.

Mutatis Mutandis, a mesma regra aplica-se em relação ao servidor que esteja afastado do exercício de seu cargo para cursar pós-graduação. Isto porque, nestas condições há impossibilidade material de avaliação da produtividade desse servidor, inclusive porque não está produzindo, em razão de estar afastado das funções e longe dos critérios de aferição do trabalho a ser remunerado com

esse tipo de vantagem financeira.

Não se esqueça ainda, a assertiva, consoante disposições da Constituição do Estado e do Decreto do Chefe do Poder Executivo, de que o servidor público deslocado só implicará em ônus para o órgão de origem se, no exercício de cargo ou função de confiança em outro órgão ou esfera de governo, fizer opção pelo vencimento de seu cargo efetivo, pelo que do cargo em comissão receberá, apenas, a representação, ou da função de confiança a respectiva gratificação.

Diferente, pois, e a hipótese do servidor eleito prefeito, por força de determinação constitucional (art. 38, II, da CF c/c o art. 109, XVIII, "b" da CE). Neste caso, afasta-se do exercício do cargo, emprego ou função, sendo-lhe assegurada a faculdade de optar não somente pelo vencimento, mas pela remuneração, na ampla acepção da palavra. Com isso, indubitavelmente, vemos como juridicamente possível auferir, inclusive, a gratificação de prêmio por produção e, na impossibilidade de aferição dos critérios próprios, haverá de ser paga no montante global, isto é, na pontuação máxima.

Com estas considerações chegamos as seguintes conclusões:

a) o instituto da disposição deverá ser praticado com reservas, em regra sem ônus para a Administração estadual;

b) Só existirá ônus para o Estado, com o vencimento do servidor, se esse for desempenhar função de confiança ou cargo em comissão em outro órgão ou esfera de Governo, se fizer opção pelo vencimento do seu cargo efetivo;

c) em qualquer dessas hipóteses, porque a legislação é clara a respeito, não há possibilidade de auferimento de gratificação de prêmio por produção pelo deslocado;

d) o mesmo tratamento deve ser dispensado ao servidor que esteja em desenvolvimento de curso de pós-graduação; e

e) servidor no exercício de mandato de prefeito municipal poderá receber toda a remuneração de seu cargo no órgão de origem e os subsídios do cargo de prefeito, como esclarece Hely Meirelles (pg. 389 do seu "Direito Administrativo Brasileiro", 14ª edição, ERT).

E como respondemos a consulta formulada pelo nobre Procurador-Geral da DPE.

Sub censura.

PGE - PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,
em Manaus, 09 de fevereiro de 1993.

DJALMA MONTEIRO DE ALMEIDA
Procurador-Chefe, em exercício

PROCESSO Nº 0083/93-PGE

INTERESSADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO

**ASSUNTO: PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO DE PRÊMIO POR
PRODUÇÃO**

DESPACHO:

APROVO, por suas jurídicas razões e fundamentos legais, as lúcidas conclusões do PARECER Nº 003/93, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/ PGE, que bem focaliza as situações favoráveis e negativas, no tocante ao recebimento da chamada gratificação de prêmio por produção, respondendo, assim, as questões postas pelo Órgão consulente.

RESTITUA-SE, pois o processo ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO,
Manaus, 15 de fevereiro de 1993.

OLDENEY SA VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 00879/93-PGE**Interassado:** JOANA DE LOURDES FREIRE GUIMARÃES SEGATTI**Assunto:** ANULAÇÃO DE ATO DE DISPENSA**PARECER Nº 028/93-PPE/PGE**

O servidor atingido pela estabilidade excepcional garantida pela Constituição haverá de ser dispensado da condição funcional que ostentar para efeito de posse no cargo conquistado em concurso público, desde que haja sido o tempo de serviço considerado como título no certame. Inteligência do artigo 19 e seu parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

SENHOR PROCURADOR-CHEFE:

Admitida no serviço público estadual em data de 02 de maio de 1993, sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, a Requerente permaneceu na Administração, ininterruptamente, até 18 de maio de 1993, quando foi dispensada da condição de Professora regida pelo Regime Especial, em virtude de aprovação em concurso para provimento de cargo de Professor.

Inconformada com a dispensa, peticionou ao Secretário de Educação pretendendo "uma revisão ou solução" (sic), a consideração de que tal não se compadece com a estabilidade excepcional que lhe foi garantida pela Constituição da República.

A Secretaria da Administração entendeu, no plano da Consultoria Geral, que o ato deverá ser tornado sem efeito relativamente a Interessada, "dado a sua estabilidade no serviço público,

voltando a mesma a ocupar a cadeira que lhe foi retirada, juntamente com aquela conquistada via concurso público”, havendo a culta Titular da Pasta ponderado que “o concurso se deu justamente para acabar com o regimes especial, tanto assim que o tempo de serviço serviu como título para a classificação”.

Vem assim os autos para receber parecer.

Relatei.

É tradicional, como sabido, na história do constitucionalismo brasileiro, a atribuição da estabilidade excepcional a servidores cujo ingresso no serviço público nao decorre de aprovação em concurso. A Carta vigorante não fugiu ao modelo e garantiu o direito de permanência de quantos na Administração se encontrassem há mais de cinco anos na data da promulgação, como se lê no art. 19 de seu A.D.C.T. Pois bem: a Peticionária, que não ingressou por aprovação em concurso público e que satisfez o implemento temporal dessa regra transitória, tornou-se, ipso facto, estável no serviço público estadual desde 05 de outubro de 1988. É a primeira conclusão que me imponho.

Tal não corresponde, entretanto, a haver adquirido, como pretende, direito ao cargo de Professor, em cujo exercício de funções se encontrava quando fotografada pela regra excepcional, eis que a Carta apenas lhe garantiu o direito de permanência na condição de servidor, sem efetivá-la, reservando a titularidade de cargo a submissão, com êxito, a concurso, como propriamente estabelecido pelo § 1º do mesmo artigo.

São as regras:

“Art. 19 - Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

“1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei”.

Desnecessário, “data maxima venia”, maior esforço de

interpretação para admitir que o desejo do legislativo constituinte foi encaminhar a quanto se encontrassem abrigados sob o pálio da regra de exceção a concurso, para efeito de efetivação, que e a regra permanente do art. 37, II, art.39, a adoção do regime jurídico único, afastando, de conseguinte, a possibilidade de sobrevivência do trabalhista e do especial no plano da administração direta (como nas autarquias e fundações públicas).

Numa palavra: a própria Constituição resolveu a questão doutrinária antes polêmica, firmando ela própria a necessária distinção entre os dois institutos: a estabilidade e a efetividade.

A propósito, preleciona o sempre festejado José Afonso da Silva:

“A nomeação em virtude de concurso, como requisito para aquisição de estabilidade, caracteriza a efetividade, que é um atributo do cargo, concernente a forma de seu provimento. Refere-se a titularidade do cargo ou emprego definido em lei como de provimento em caráter efetivo. Efetividade dá-se no cargo ou emprego. E vínculo do servidor ao cargo ou emprego. Estabilidade dá-se no serviço público e é garantia do servidor, não atributo do cargo ou emprego. Constitui a efetividade pressuposto da estabilidade. Só o servidor efetivo poderá torna-se estável.” (cfr. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 9ª ed., Malheiros Editores, 2ª tiragem, 1993, p.591).

Comentando preceito paralelo da Constituição anterior, deixara o Mestre assentado, em seu “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”:

“Deu-se estabilidade a quem não fizera concurso público. Estabilidade — frise-se bem — não efetividade. Aquela significa que o servidor não pode ser demitido do serviço público sem processo administrativo e uma garantia constitucional do funcionário que se estendeu ao servidor beneficiado; e vínculo ao serviço público, não ao cargo. A efetividade e vínculo o funcionário ao cargo: diz respeito a titularidade de atri-

buições e responsabilidades específicas de um cargo. A Constituição deu o geral: estabilidade, mas não deu o específico: efetividade.
(pags. 193/194)

Tenho aqui, então, uma segunda conclusão: a Requerente, por satisfação do implemento temporal, a Constituição garantiu estabilidade no serviço público, sem, contudo, lhe dar efetividade no cargo de Professor.

Com a garantia, a Peticionária, como milhares de outros, passou a ter assegurada sua permanência no serviço público, dele só podendo ser excluída mediante inquérito administrativo, por cometimento de falta grave, mas permaneceu, como tantos outros, vinculada ao mesmo regime jurídico que a ligava então a Administração, isto é, o denominado Regime Especial.

A constituição não abrigou a sobrevivência desse regime, pelo que dispõe imperativamente em seu art. 39, permanente, fazendo simetria, então, a regra do § 1º do art. 19 do A.D.C.T., que previu a realização de concurso para os excepcionalmente estabilizados, inclusive garantindo a computação do tempo de serviço como título no certame.

É óbvio, "data venia", que o constituinte quis que o servidor estável, não efetivo, transposto para a titularidade de cargo público por aprovação em concurso — que, entendo, deveria ser interno por destinado, na dicção constitucional, a efetivação, diferenciando-se, pois, do exigido pelo art. 37, II, para investidura — perdesse a condição que anteriormente ostentava e que lhe garantiu a estabilidade, i.é., passasse a integrar o quadro permanente, com direito a progredir na carreira respectiva, que e consequência da efetividade. O privilégio que lhe assegurado, relativamente aos que ingressam na condição de efetivos sem estabilidade excepcional anterior, e tão-só não ter que ser submetido a estágio probatório para tornar-se estável, eis que tal condição já a tem. Numa palavra: o servidor estável só progredirá no serviço público se efetivo, condição que só adquire com aprovação em concurso. Os que não obtiveram êxito no certame, permanecem na condição em que se encontram (a mesma em que foram fotografados pela regra excepcional da Constituição).

E essa lição de Adilson de Abreu Dallari: "o servidor estabilizado que pretender sair da estagnação e ingressar na carreira, vai ter que lograr aprovação em concurso. Quem prestar o concurso e não for aprovado ficara como está; não será exonerado,

permanecerá estável, mas sem direito a evolução funcional". (in "Regime Constitucional dos Servidores Públicos", 2a. ed., RT 1990, p. 90).

Foi o que ocorreu com a Interessada professora vinculada ao Regime Especial, estável excepcionalmente no serviço público, logrou aprovação em concurso para o cargo de provimento efetivo. Nomeada, perdeu a condição anterior, levando consigo o tempo de serviço e a estabilidade, não sendo lícito, "concessa maxima venia", admitir que haja passado a ostentar duas situações: a de efetiva e a de estabilizada, e isto exclusivamente porque no concurso foi levado em consideração seu tempo de serviço, como título.

Imponho-me, então, conclusão final no sentido de que assiste razão a Secretaria de Administração, ao considerar que o concurso serviu, exatamente, para extinguir o vínculo anterior, o que ocorreu, de fato, não somente com a Interessada, senão que com quantos se encontrassem em situação análoga, importando que todos os professores, de regime especial, estabilizados, que hajam sido aprovados no concurso, mesmo não sido o interno desejado pela Constituição, recentemente realizado para o Magistério estadual, e cujo tempo de serviço haja sido considerado como título, para efeito de classificação, haverão de ser dispensados das funções anteriores, para efeito de posse no cargo efetivo para o qual ocorrer a nomeação consequente, não sendo lícito, então, cogitar de situação de acumulação permitida pela Carta.

Nada há, então, de ilegalidade no ato praticado pelo Secretário de Educação, objeto de impugnação constante deste autos.

E o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DE PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus, 20 de setembro de 1993.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
Procurador do Estado

Processo nº 00879/93-PGE (002.250/93-SEDUC)

Assunto: Professora estabilizada nos termos do art. 19 do ADCT/88. Concurso. Efeitos.

Interessada: Joana de Lourdes Freire Guimarães Segatti

DESPACHO:

R. hoje.

Efetivamente, realizado o concurso para os fins mencionados no 1º do art. 19 do ADCT/88, tendo nele a Administração contado como título o tempo de serviço que conduzirá a estabilidade, não há por que falar-se em manutenção do regime especial. Acolho, portanto, o parecer atrás, de nº 028/93-PPE/PGE.

Encaminha-se a consideração do Dr. Procurador-Geral.

PGE/Procuradoria do Pessoal Estatutário em Manaus, 29 de setembro de 1993.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

Despacho:

Aprovo.
Devolva-se a SEAD.

Em 29.9.93

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01225/93-PGE (002372/93-GAGOV)

**INTERESSADAS: SONIA REGINA ARRUDA DE ALBUQUERQUE
E OUTRAS**

ASSUNTO: Aposentadoria especial de professor

PARECER Nº 037/93-PPE/PGE

A APOSENTADORIA FACULTATIVA ESPECIAL DO ART. 111, III, "b" DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E PRIVATIVA DO PROFESSOR E DE PROFESSORA QUE CONTE, RESPECTIVAMENTE, TRINTA OU VINTE E CINCO ANOS DE SERVIÇO EXCLUSIVAMENTE EM ATIVIDADE ESPECÍFICA DE MAGISTÉRIO.

O DIREITO DE QUE SE TRATA É O MESMO GARANTIDO PELO ARTIGO 40, III, "b"; DE CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ESTE QUE, A SEU TURNO, GUARDA SIMILARIDADE COM O QUE FORA ESTABELECIDO PELO ARTIGO 165, XXI, DA CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969.

PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.

RECURSO A QUE DEVE SER NEGADO PROVIMENTO, POR FALTA DE AMPARO LEGAL.

SENHOR PROCURADOR-CHEFE:

Irresignada com o fato de haverem sido arquivados, na própria Unidade Educacional a que pertencem, seus processos de aposentadoria, as Interessadas interpuseram recurso ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, ao fito de 1) obterem o desarquivamento, que julgam insubsistente perante a lei e 2) sejam, a final, deferidas as aposentações com fundamento nos artigos 118 e 119 do Estatuto do Magistério.

Alegam a prol, em primeiro momento, que "o indeferimento de seus pedidos foi decidido liminarmente (embora passado tanto tempo de sua entrada na repartição competente), por despacho sucinto e sem motivação de legal de servidora subalterna que não possui competência legal para tanto", para, em seguida, discutirem que "o fundamento em que se baseia o indeferimento impropriamente decidido pela servidora que assina os respectivos despachos e resultante de errônea interpretação dada pelos setores administrativos da SEDUC a expressão "efetivo exercício em função de magistério" (sic).

Encaminhado o pedido a Assessoria Especial do Gabinete do Governador, o eminente Dr. Roosevelt Braga dos Santos, professor e administrativo de escola, destaca que "a questão sobre o verdadeiro entendimento da expressão "funções de magistério", presente tanto na Constituição Federal de 1967/69 como na de 1988, já está consagrado aquele definido, de maneira expressa, nos Decretos Federais números 85.487 e 85.712, de 11.12.80 e de 16.02.81", para sublinhar, em seguida, que a "regra continua vigente na letra eficaz da atual Constituição Federal, cujos efeitos não se encontram suspensos por qualquer medida judicial..." e rematar, e pronto, que "parece incontrastável o direito das Requerentes, mormente se se levar em consideração o possível direito adquirido alegado pelas mesmas..." Conclui Sua Excelência, então, ser "perfeitamente válido o encaminhamento do presente pedido para manifestação instrutória, primeiramente da SEDUC, no que tange a verdadeira e técnica definição do que seja "Função de Magistério", e, finalmente, pela douta Procuradoria Geral do Estado, no respeitante ao aspecto jurídico do pedido.

Os autos foram a SEAD, por determinação do Senhor Secretário de Governo, onde a Consultoria Geral manifestou-se pela necessidade do exame da matéria por esta Procuradoria, em vista de tratar-se de questão de alta indagação jurídica.

Relatei.

A precariedade da instrução processual, provavelmente em decorrência de não haverem os autos ido a SEDUC como sugerido pelo nobre Assessor, não permite identificar os cargos de que são titulares as interessadas, no plano da Administração estadual, essas que sabem não os indicam, na vestibular de interposição o recurso. Tudo leva a crer, entretanto, tratar-se de cargos que não de professor ou professora, senão que os denominados técnicos igualmente integrantes das carreiras do magistério.

O primeiro dos argumentos, no campo do Direito, indica que a regrado paragrafo único do art. 132 da Lei 1.778, de 08.01.87 (Estatuto do Magistério) teve como fundamento de validade o que a Constituição Federal de 1967/69 adicionou a Emenda nº 18. E transcrevem:

Estatuto:

“Art. 132 -

“Parágrafo único - A aposentadoria voluntária no caso de professor será após 30 anos e, para a professora, após 25 anos, **de efetivo exercício em função de magistério**”.

Constituição Federal:

“Art. 165 -

“XXI - a aposentadoria para professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de **efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral**.

Esse direito, adiantam, foi assegurado, de forma expressa, na Constituição de 1988, fincando o artigo 40 que, “verbis”:

“O servidor será aposentado:

III - voluntariamente:

b) aos trinta anos **de efetivo exercício em funções de magistério**, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais”.

Concluem, então, as ilustres Recorrentes que a Administração estadual labora em erro quando interpreta a expressão **efetivo exercício em funções de magistério**.

Não partilho, “data maxima venia”, desse entendimento. A Constituição Federal anterior, emendada, reportava-se a aposentação especial do professor e da professora, com 30 e 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério se poderiam beneficiar da

excepcionalidade constitucional.

A regra constitucional trabalhava, então, com dois requisitos: a condição de sujeito (professor ou professora) e o implemento do tempo de serviço em atividade de magistério, como dois fatos a serem adicionados, não excludentes um do outro, portanto.

E assim tratada a matéria, como visto da transcrição, na Carta vigorante.

Não foi por outra razão que esta Procuradoria, ao deparar-se, em ocasiões distintas, com a questão, definiu:

a) em 30 de outubro de 1991, na análise do processo nº 01577/91-PGE, respondendo a consulta formulada pelo Professor Deputado Manoel do Carmo Chaves Neto:

“Aposentadoria Especial do professor. Art. 40, III, “B” e 111, “B” das Constituições Federal e Estadual, respectivamente. Norma que institui um favor de caráter excepcional deve ser interpretada restritivamente. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 111 da Carta Estadual. Funções de Magistério. Exclusão da contagem do tempo para inatividade antecipada em que houve preterição da atividade docente.” (Parecer junto).

Na oportunidade, essa digna Chefia adicionou:

“Ao tempo, sugiro que o Executivo, desde logo negue aplicação ao § 1º do art. 111 da C. E. e proponha junto ao STF a correspondente ação de inconstitucionalidade, tal como, aliás, ao apreciar a Emenda 20/84, esta Procuradoria sugeriu no Parecer nº 012/85-PP/PGE (In Rev. da PGE nº 5, págs. 38/48), do qual decorreu a Representação no. 1265-Am, afinal julgada procedente.”

b) em 11 de agosto de 1992, respondendo a consulta formulada pela Assembléia Legislativa do Estado, no processo no. 01183/92-PGE:

“A aposentadoria especial, cuidada no art. 40, III, “b”, da Constituição da República, cujo modelo foi adotado pela CE (art. 111, III, “b”), e extensiva apenas a professoras.

Procedentes do STF e da PGE.” (Parecer igualmente junto).

c) em 16 de dezembro de 1992, examinando processo de interesse de Maria de Nazaré Martins Pinto, cujo parecer também se faz pensar:

“A aposentadoria especial, de que tratam os arts.40, III, “b”, da Constituição Federal e 111, III, “b” da Constituição Estadual, se dirige única e exclusivamente ao professor e professora em efetivo exercício em funções de magistério. O desvio dessas funções, ainda que decorrente de readaptação, afasta o professor ou professora do exercício do direito constitucional especial.

Ao ensejo, ajuntou o digno Procurador-Geral:

“Sublinha-se que a interessada se afastou da regência de sala de aula, porque foi readaptada para funções que não as de professora e, por isso, não faz jus a aposentadoria especial atribuída aos professores, aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se do sexo masculino, e aos vinte e cinco, se feminino, com proventos integrais (art. 111, III, b da CE).”

Não há dúvida, portanto, “data maxima venia”, que o entendimento desta Procuradoria sempre esteve em que a aposentação especial somente pode ser deferida quando reunidos os dois elementos indicados, i. e., tendo como sujeito o professor ou a professora (titular de cargo público que tal) e, dentre esses, os que satisfizerem o implemento do tempo de serviço no exercício de funções de magistério.

Para opor-se a essa compreensão, afirmam as Interessadas, na bem elaborada petição de interposição do recurso, que o “verdadeiro significado e extensão da expressão em tela, “**funções de magistério**”, já foi definitivamente estabelecido, quer pela jurisprudência administrativa, quer pelo direito positivo brasileiro, não mais se justificando, portanto, a presente questiúncula cujo único merito e tentar negar um direito constitucionalmente assegurado aos membros do magistério nacional.” Sustentam tal afirmação nas definições legais seguintes, todas no plano federal:

Decreto nº 85.487:

“Art. 1º - ...

“Parágrafo único - São privativas dos integrantes da carreira do magistério superior as funções de administração acadêmica, exceto aquelas compreendidas nas áreas de planejamento ou equivalente, de pessoal, de finanças ou de serviços gerais.”

Decreto nº 85.712:

“Art. 1º - ...

“Parágrafo único - Compreendem-se nas atividades de administração escolar de magistério de 1º e 2º graus aquelas inerentes a coordenação de curso, área ou disciplina e a direção, assessoramento e assistência em unidades ou órgãos com atribuições básicas pertinentes ao ensino e, ainda, em unidades organizacionais do Ministério da Educação e Cultura, ligadas especificamente a educação e a cultura.”

Tenho como inquestionável que as carreiras do magistério compreendem diversas funções, além das próprias do professor (e da professora), como sejam as de administração escolar, orientação pedagógica, orientação escolar, planejamento e supervisão. Não consigo inferir daí, entretanto, que a aposentação especial garantida pela Constituição a todos se destine, pelo fato de que a Carta se refere a professor e professora.

Penso, pois, que a Procuradoria permanece tendo o entendimento correto da questão posta pela Lax Fundamental e que pode ser assim resumindo:

1. A aposentadoria excepcional (com proventos integrais aos 30 e 25 anos de serviço) somente pode ser deferida a quem seja titular, na Administração, de cargo de Professor. Não, portanto, a qualquer integrante das carreiras de magistério;

2. Dentre os professores e as professoras, somente podem gozar do benefício aqueles que contém 30 ou 25 anos de serviços em atividades de magistério. Não qualquer atividade, mas as próprias do professor, exato as que se resumem a sala de aula.

Reporto-me, neste ponto, a v. decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 131.736-1, São Paulo:

“Aposentadoria especial de professores “ao trinta anos de efetivo em funções de magistério” (CF 69, art. 165, XX; CF 88, art. 40, III, b): consolidação de jurisprudência do STF no sentido da exclusão do tempo de exercício de funções administrativas em estabelecimento de ensino (ADIn 122, 18.3.92, Brossard, RTJ 142/3, LEX 168/9; ADIn 152, 18.3.92, Galvão, RTJ 165/7, Lex 141/355): entendimento que, embora firmado sob a Constituição de 88, e de aplicar-se igualmente a casos regidos pela carta decaída, dada a identidade dos textos, no particular: conseqüente inadmissibilidade do computo para a aposentadoria especial do tempo em que o professor estava afastado do magistério para exercer função de secretário de estabelecimento de ensino médio: RE não conhecido.”

Reconheço, então, que o Ministério da Educação tem competência técnica para definir o que seja “função de magistério”, tendo-a mais que qualquer outro órgão da pública administração no Brasil. Não acolho, entretanto, que tal definição tenha a ver com a aposentadoria especial de que trata a Constituição, esta que trabalha com a particularidade das funções específicas do professor e da professora.

Não compreendo possa estar sob o pálio de regra excepcional da Carta que não seja titular do cargo de professor ou de professora, não incluído aí, portanto, os titulares de cargos de técnicos em educação. Não consigo incorporar a ideia de que a função de magistério não seja a específica de sala de aula, o que afasta do direito ao benefício os professores cujo tempo a tanto não se reporte especificamente.

O Supremo Tribunal Federal, ainda uma vez, apreciando a ADIn 739-4, do Estado do Amazonas, suspendeu, por unanimidade, a eficácia do § 1º do art. 111 da Constituição local, definindo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LIMINAR - APOSENTADORIA - TEMPO DE SERVIÇO - FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS LIGADAS AO MAGISTÉRIO. Concorrendo o sinal do bom direito e

o "periculum in mora", impoem-se a concessão da liminar. Isso ocorre quando o preceito que se pretende alvejar com a ação direta de inconstitucionalidade estende a regra da aposentadoria voluntária no magistério aqueles que tenham exercido funções de administração, orientação supervisão, planejamento e inspeção escolar. Precedentes: ação direta de inconstitucionalidade nº 122-SC, Relator Ministro Paulo Brossard e ação direta de inconstitucionalidade nº 152-MG, Relator Ministro Ilmar Galvão, julgamentos ocorridos em 18 de março de 1992."

Imponho-me, então, neste ponto, conclusão no sentido de que a "direção da escola, a supervisão e a orientação pedagógica, a inspeção escolar e o planejamento educacional - todas essas funções, desde que exercidas na própria escola ou unidade, ou na própria SEDUC, inclusive nos órgãos de cultura integrantes desta última", como identificado pelas Recorrentes, podem ser havidas como atividades de magistério, se tudo isto for o que tecnicamente se possa inferir com precisão dos dispositivos constantes dos Decretos transcritos. Não o serão, entretanto, para os efeitos de aposentadoria especial do professor e da professora, na forma como reiteradamente há decidido o Supremo Tribunal Federal.

Outro argumento das Recorrentes e o da irrelevância de haver a regra própria da Constituição do Estado tido sua eficácia suspensa por liminar concedida pela Suprema Corte, eis que a "norma constitucional federal, constante do já transcrito art. 40, item III, alínea "b", continua valendo para todo o Brasil como norma auto-aplicável, independentemente de qualquer legislação inferior a Constituição da República."

O regramento aplicável aos servidores estaduais e, a partir de 05 de outubro de 1989, o constante da Constituição Estadual que, obviamente, repete o contido na Lei Maior, fixando, no art. 111:

"O servidor será aposentado:

III - voluntariamente:

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais".

E o que está na Constituição da República e sobre tal já definiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, na v. decisão já aqui transcrita, no julgamento do RE 131.736-1:

“...consolidação da jurisprudência do STF no sentido da exclusão do tempo de exercício de funções administrativas em estabelecimento de ensino...”

Por último, argumentam as dignas Recorrentes que o seu direito a aposentação excepcional, apesar de não professoras e sem o tempo de serviço necessário em sala de aula, e direito “colhido ainda na vigência da norma suspensa (anterior, portanto)”, constituindo-se, de conseguinte, em “direito adquirido com base em disposição constitucional federal, insuscetível de ser alcançado por qualquer decisão posterior ao implemento das condições estabelecidas na legislação então vigente.”

Responde a tanto, novamente, a decisão que a Colenda Corte proferiu no julgamento do RE 131.736-1, que na verdade não se reporta a Constituição do Estado, senão que a regra da Lei Maior, referindo-se inclusive a anterior, de 1969, definindo:

“...entendimento que, embora firmado sob a Constituição de 88, e de aplicar-se igualmente a casos regidos pela Carta decaída, dada a identidade dos textos, no particular: consequente inadmissibilidade do computo para a aposentadoria especial do tempo em que o professor estava afastado do magistério para exercer função de secretário de estabelecimento de ensino médio.”

Não encontro, pois, razão qualquer para aconselhar a modificação do entendimento até aqui defendido pela Procuradoria Geral do Estado, permanecendo convencido de que a aposentadoria especial de que se trata somente se reporta a titular do cargo de professor ou de professora que conte trinta ou vinte e cinco anos de efetivo exercício em função específica, isto é, estritamente em sala de aula.

Assim sendo e porque as dignas Recorrentes vincularam o provimento do pedido de desarquivamento do processo ao acolhimento das razões de mérito dos pedidos de aposentação, manifesto-me no sentido de que ao recurso seja negado provimento, mantendo-se a decisão impugnada.

E o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus(Am), 04 de novembro de 1.993

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
Procurador do Estado

Processo nº 1.225/93-PGE (002.372/93-GAGOV - 3.357/93-1-SEAD)

Assunto: Aposentadoria de membro do Magistério, Abrangência do art. 111, III, b, da Constituição do Estado.

Interessadas: Sônia Regina Arruda de Albuquerque e outras.

DESPACHO:

Recebido hoje.

Adoto o Parecer 037/93-PPE/PGE, as fls., realçando os indiscutíveis argumentos jurídicos que lhe dão base.

Penso, todavia, que não pode passar in albis a referência que as requerentes fazem ao fato de que seus pedidos de aposentadoria, dirigidos ao Governador do Estado (através das unidades de ensino a que elas pertencem), foram arquivados "por despacho sucinto e sem motivação legal de servidora subalterna".

A ser verdadeira a afirmação — e não há por que duvidar —, tem-se que ocorreu uma imperdoável usurpação de competência, senão uma agressão mesmo ao direito de petição, que a Constituição Federal assegura no inciso XXXIV, a, de seu art. 5º. Aos órgãos da Administração — lembre-se — compete apenas instruir os processos, fornecendo os subsídios que formarão o convencimento do destinatário do pleito. E só! Ir além disso constitui atitude intolerável, que deve merecer pronta reprimenda para não torna-se praxe prejudicial a função do Estado-magistrado e ao exercício dos direitos individuais

A consideração do Sr. Procurador-Geral, com a sugestão de que, independente da imediata remessa dos autos ao Senhor Governador, seja oficiado a SEDUC para a devida advertência aos

responsáveis pelo arquivamento dos Processos 007114/92, 007115/92 e 007424/92.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus (Am), 29 de novembro de 1.993.

R. FRANIO A. LIMA
Procurador-Chefe

Despacho:

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos o alentado Parecer nº 037/93-PPE/PGE, exarado pelo ilustre Procurador Dr. Lourenço Braga, o qual foi endossado pela Chefia desta Especializada.

Nada tendo a acrescentar as manifestações da PPE, ordeno a deolução do Processo a SEAD, não sem antes levar ao conhecimento do Dr. titular da SEDUC, a advertência sugerida pelo Dr. Procurador-Chefe da PPE/PGE, oficiando-se-lhe nesse sentido.

Em 01/12/93

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 00783/93-PGE (126/93-DPE)

ASSUNTO: Averbação de Tempo de Serviço do Setor Privado para efeito de aposentadoria.

Interessado: Dr. JAYME PEREIRA

PARECER Nº 047/93-PPE/PGE

Pedido de Averbação de Tempo de Serviço superior a 10 anos prestado a iniciativa privada. Impossibilidade. Vigência da Lei AM 1552/82, inclusive no que diz respeito ao limite de 10 anos até que sobrevenha nova disciplina legislativa da contagem recíproca, máxima dos critérios de compensação financeira.

A matéria destes autos diz com o pedido formulado pelo Dr. JAYME PEREIRA, Procurador da Defensoria Pública, no sentido de ser averbado em seu assentamentos funcionais, para efeito de aposentadoria, tempo de serviço de caráter privado, com fulcro no art. 202, § 2º, da Constituição Federal, regulamentado, no seu dizer, pelo art. 94 da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, regulamentada pelo Decreto nº 611/92.

O pedido encontra-se instruído com certidões de tempo de serviço passadas pelo INSS.

Nos autos, ainda, parecer do ilustre Coordenador Administrativo da Defensoria Pública, Dr. EDISON PEREIRA DE SOUZA e, uma manifestação de um Consultor Jurídico da SEAD.

E o Relatório.

Antes de examinar a fundamentação jurídica do pedido, cumpre atentar para a informação constante de fls. 9v, onde há o registro de que o R. já tem averbado 10 anos de serviços prestados a atividade privada.

Fundamenta o R. sua postulação, como visto, no art. 202, 2º, da Constituição Federal e na Lei instituidora do Plano de Bene-

fícios da Previdência Social. Não há qualquer menção a Lei AM 1552/82, que autoriza, a nível estadual a contagem recíproca de tempo do setor privado, e que, a meu ver, e onde pode ser encontrada a resposta a postulação do R., que nem a Constituição Federal nem a Lei 8.213/91, devidamente regulamentada, são capazes de oferecer, pelo menos no momento, como veremos adiante.

O pleito do R., portanto, deve ser examinado a luz das normas emanadas da mencionada lei estadual.

Antes, porém, vejamos o que estabelece o art. 202, 2º, da Constituição da República:

“Art. 202. (omissis)

1º. (omissis)

2º. Para efeito de aposentadoria, e assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo os critérios estabelecidos em lei.”

Diante desta disposição constitucional, chegou-se a discutir, a nível local, a vigência da Lei AM 1552/82, que cuida justamente da constagem de tempo de serviço em atividade privada, para efeito de aposentadoria, e, autoriza o aproveitamento da contagem até o limite máximo de 10 anos, havendo quem sustentasse a inconstitucionalidade do referido limite, ao argumento de que não era dado ao legislador ordinário estabelecer restrição inexistente no texto constitucional. Vale dizer, admitiu-se a recepção pela Constituição Federal, da mencionada lei, mas não do limite por ela fixado.

Esse entendimento, contudo, não pode prevalecer. A lei estadual continua, pois, em pela vigência, eis que não tendo sido revogada por outra, não conflita, de modo algum, com a Constituição Federal.

Sobre não conflitar a sobredita lei estadual com a Constituição Federal, e importantíssimo salientar que esta lei também não e - nem pode ser “aproveitada” para tal -, a lei reclamada na parte final do parágrafo segundo do art. 202, da Constituição Federal, transcrito acima.

E por que não pode ser tida como a lei a que se refere o texto constitucional?

Pela singela razão de que o dispositivo constitucional em

foco exige, para ganhar eficácia, uma lei estabelecadora dos critérios de compensação financeira entre os sistemas previdenciários.

A Lei 1552/82 em que pese autorizar a contagem recíproca de tempo de serviço privado e público, em nenhum momento menciona a exigência hoje trazida pela Constituição Federal e repetida pela lei de planos e benefícios da previdência social: da compensação financeira.

Segundo a 1552/82, haverá a contagem de tempo de atividade privada, em até 10 anos, sem necessidade de que haja a compensação financeira. Se não estabelece este requisito de compensação financeira não dispõe, por óbvio, dos critérios mediante os quais esta se fará, logo, não e a lei reclamada para tirar da inércia a disposição constitucional em foco.

É imperioso salientar, aliás, que a lei que dará vida a este mandamento constitucional deverá ser necessariamente uma lei federal, pena de se assistir a uma entidade federada ditando normas para a União, já que se trata da Previdência Nacional.

A Lei 8.213/91, ou o seu regulamento seriam o campo ideal para a disciplina da matéria. Entretanto, contrariando justas expectativas, autorizou, pura e simplesmente a contagem recíproca, sem estabelecer os critérios segundo os quais se efetivara. É pena, pois não se sabe quanto tempo tera de se aguardar até que sobrevenha a regulamentação desta disposição constitucional, de inegável alcance social. Diga-se de passagem, que a lei que for editada com o escopo de dotar de efeitos práticos a regra constitucional da contagem recíproca, não poderá, aí sim, sob pena de inconstitucionalidade limitar o tempo de atividade privada, pois com a compensação financeira, não haverá prejuízo qualquer na contagem de tempo privado, vez que esta "será feita ao regime a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício, pelos demais, em relação aos respectivos tempos de contribuição ou de serviço." (art. 198, parágrafo único, do Dec. 611, de 21 de julho de 1992).

Sobre o limite estabelecido na aludida lei estadual jamais poderá recair a pecha da inconstitucionalidade vez que a lei que fixou tal limite foi editada dentro da competência residual do Estado. Nesse campo podia o Estado atuar plenamente, segundo a política adotada e disponibilidade financeira, e o fazendo não infringia qualquer norma ou princípio constitucional, já que o benefício concedido pela lei não está condicionado a compensação financeira, hoje exigida pela Constituição Federal e pela Lei de Benefícios e Custeio da Previdência Social. Decidiu o Legislador Estadual contemplar os servidores do Estado com a contagem, para efeito de

aposentadoria, do tempo de atividade privada, exigindo tão somente a comprovação deste tempo de serviço e a vinculação da atividade ao sistema Previdenciário Nacional. É nisso, definitivamente, não há qualquer inconstitucionalidade, registre-se, por relevante, que a Lei Estadual, indica quem suportará o ônus financeiro da benesse: o Tesouro Estadual.

Situação diferente é a de um Estado que, diante do novo texto constitucional, fixou um teto para o aproveitamento do tempo de serviço, já que está contagem teria por pressuposto inarredável a compensação financeira. Estaria restringindo seriamente o alcance de uma norma constitucional, sem e tanto estar autorizado.

Como referido, nem a Lei 8.213/91 nem o Decreto nº 611/92 forneceram os critérios mediante os quais se dará a compensação financeira, e até que sejam criados esses critérios, ou os mecanismos tendentes a concretização de compensação financeira a contagem, no Estado do Amazonas, se fará nos moldes estabelecidos pela 1552/82, observando-se sobretudo o limite nela estipulado, posto que continuará vigorando até que, pela via legislativa, sejam implantados os critérios de compensação financeira entre os sistemas de Previdência para a contagem recíproca.

Tendo como plenamente vigente o regramento estadual da matéria, que não foi alterado pela Constituição nem a ela contrária, a contagem do tempo de serviço há de ser feita segundo os ditames da referida lei e, está, como exaustivamente demonstrado, limita em dez anos o aproveitamento do tempo de atividade privada.

Em que pese a defesa hoje feita da plena vigência da Lei 1552/82, releva frisar, que a situação nela permitida perdurará até a que surja no mundo jurídico, a regulação da matéria - até hoje não implementada -, quando então todo o mecanismo de contagem recíproca, máxima a questão da compensação financeira do ônus da contagem serão definidos legalmente, e não haverá mais limitação temporal, por incabível, e estara satisfeita a exigência contida no art. 195, § 5º, da Lex Legum.

Dentro desta moldura que acaba de ser delineada, entendo que a pretensão do R. não merece acolhida, posto que, escorado na própria Lei 1552/82, já teve averbado 10 anos de serviço, da atividade privada conforme denúncia a certidão de fls. E esta circunstância por si, constitui a averbação de mais tempo de serviço, exato porque a Lei 1552/82, que ainda regula a matéria, a minguada da inexistência de uma regulamentação do art. 202, § 2º, da CF, fixa em 10 anos o limite para o aproveitamento do tempo de serviço.

Assim, sendo, opino pelo indeferimento do pleito.

É o Parecer, sub censura

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus (Am), 27 de dezembro de 1.993.

CHYNTIA DE ARAÚJO LIMA LOPES
Procuradora do Estado

DESPACHO:

Adoto.
Encaminha-se
PPE/PGE, em 28.12.93

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 00783/93-GPGE

Interessado: Jayme Pereira.

D E S P A C H O:

Aprovo, por meus jurídicos e legais fundamentos o bem lançado Parecer nº 047/93-PPE/PGE, exarado pela ilustre Procuradora, Dra. Cynthia Lopes. Ao fazê-lo, adoto em todos os seus termos a fundamentação do dito parecer, sobretudo quando conclui pela violência e eficácia da Lei Estadual nº 1552/82, a qual, assim ainda regula a matéria acuradamente examinada pela PPE/PGE.

Por isto e porque o Interessado já se beneficiou com a averbação anterior de 10 anos de serviços prestados a iniciativa privada, para fim de aposentadoria no serviço público estadual, ratifico o indeferimento do pleito objeto deste Processo.

Devolva-se o Processo a Defensoria Pública do Estado do Amazonas, em observância das formalidades de Processo.

Em 29.12.93

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO N° 1689/93-PGE (052/93-U.E.A - 007891/93-SEDUC)

ASSUNTO: Pedido de contagem de tempo se serviço de natureza privada para fins de aposentadoria especial de professor.

INTERESSADA: GLÍCIA DE FREITAS DAVIDONIS

PARECER N° 045/93-PPE/PGE

PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORA. TEMPO DE MAGISTÉRIO PRIVADO.

É lícito o cômputo de tempo de serviço prestado na iniciativa privada para efeito de aposentação de professora, aos 25 anos de serviço. Art. 202, § 2º da CF. Lei Estadual nº 1552/84.

À Interessada e professora, referência MP-I-EC-B-2, lotada na Escola Maria Rodrigues Tapajós, Unidade Educacional de Ajuricaba e solicita aposentadoria por tempo de serviço, requerendo, para tanto, a contagem de tempo de serviço prestado, como professora, na rede privada de ensino.

Conta a R. ao todo com 25 anos, 8 meses e 4 dias de tempo de serviço, conforme revelam as certidões instrutorias do pedido, sendo uma parte deste tempo contado na forma do art. 52, VII, da Lei no. 1778/87, com alteração introduzida pela Lei 1825/87.

As fls. 17, pronunciamento da SEAD.

É o relatório.

A Consultoria Jurídica da SEAD, açodadamente, pronunciou-se - através de um manuscrito, onde se encontram rasuras prejudiciais a sua inteligência, sem qualquer preocupação com a fundamentação jurídica, mais parecendo que foi lavrado apenas para cumprir uma formalidade legal, do que emitir realmente um

juízo respaldo em razões de direito e decidir, a luz do direito, o pedido formulado pela R. -, no sentido da contagem do tempo, mas apenas para aposentadoria proporcional.

A questão trazida a apreciação, de efeito, suscita uma relevante questão que deverá ser destrincada segundo o ordenamento jurídico. Consiste em saber se o tempo de magistério dedicado a iniciativa privada pode ser aproveitado para efeito de aposentadoria especial de professor.

O art. 111, da Constituição do Estado Amazonas - repetindo o disposto no art. 40, III, "b", da CF -, trata da aposentadoria do serviço público e, fiel a tradição do nosso direito, dispõe que aposentadoria voluntária se dará aos 30 anos de efetiva exercício em funções de magistério, para o professor, e, aos vinte e cinco anos, para a professora, com proventos integrais - inciso III, "b" -. Nada há na disposição constitucional invocada que conduza a ilação de que as funções de magistério devem ser desempenhadas sob este ou aquele regime. O que há de determinante e que se trate de servidor público.

Estabelecida esta primeira premissa, vamos a Constituição Federal e veremos que ela assegurou o direito a contagem recíproca de tempo de serviço público e privado, condicionado o mesmo direito a existência de lei - art. 202, § 2º, da Constituição da República -.

Não se pode perder de vista, de outro lado, que o Estado do Amazonas mesmo antes da Constituição Federal, já em 1982, cuidou da matéria, através da Lei nº 1552, de 04 de novembro de 1982, assegurou a contagem de tempo de serviço em atividade privada, para efeito de aposentadoria. Mencionada lei, foi recepcionada pela Constituição Federal, posto que a ela não contraria.

Em face da autonomia administrativa de que desfrutaram os Estado e Município assegurado pela Constituição federal, nos art. 25 e 29, e de admitir-se, tranquilamente, a prevalência desta lei estadual.

Foi em nome desta mesma autonomia que a lei Federal nº § 213, de 25.07.91, que se dispõe sobre os planos da Previdência Social, em seu art. 95, § único, condicionou a contagem de tempo de serviço público, nas três esferas de governo e reciprocidade de tratamento, dado por cada uma das entidades de Direito Público.

Com efeito, preserve a disposição em comento:

art. 95

Parágrafo único. Poderá ser vantado o tempo de serviço prestado a administração pública direta, autarquia e fundacional dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que estes assegurem aos seus servidores e contagem de tempo de serviço em atividade vinculada ao regime Geral de Previdência Social.

Como referido, há no Estado do Amazonas a Lei nº 1552/84, que autoriza a contagem de período dedicado a iniciativa privada, para efeito de aposentadoria.

O professor, conforme já mencionado, desfruta do justificável privilégio de aposentadoria especial - aposenta-se aos 30 anos de serviço, se homem e, aos 25, se mulher.

Se há tanto no âmbito federal como estadual expressa autorização para contagem, pelo servidor público de maneira geral, de tempo de serviço de caráter privado, como sustentar-se que a autorização legal exclua os servidores que se dedicam as funções de magistério? É inescandível que o direito constitucional e infraconstitucional tutela, de modo especial, esta categoria de servidores, contemplando-os com a prerrogativa de uma aposentadoria por tempo de serviço reduzida, na compreensão de que este tipo de atividade pelo desgaste causado, merece um tratamento mais benéfico. Assim sendo, seria até iníquo e contrário ao espírito da própria Constituição Federal pretender excluir os exercentes das funções de magistério da contagem recíproca de tempo de serviço de caráter privado, autorizada para os demais servidores, ao menos no Estado do Amazonas, onde existe lei específica disciplinadora dos critérios da reciprocidade. Se houve, como no caso em tela, a contribuição para a Previdência Social, durante o exercício da atividade privada, e imperioso reconhecer este tempo, para os fins pretendidos, com a compensação financeira, segundo os critérios estabelecidos em lei, *ex vi* art. 202, § 2º da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, enfrentando questão similar, através do RE nº 162.620-8, DJU de 05.11.93, pág. 23288, além de admitir a possibilidade da contagem recíproca de tempo de contribuições, chegou até mesmo a pronunciar a inconstitucionalidade do limite estampado em lei estadual para aproveitamento do tempo de serviço. No caso do Estado do Amazonas este limites e de 10 anos (art. 1º, da Lei nº 1552/82).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, RMS nº 1.993-7, proferiu importante decisão sobre o tema, verbis:

"PROFESSOR ESTADUAL - APOSENTADORIA - CONTAGEM DE TEMPO DO SE-

TOR PRIVADO, RURAL E URBANO - CABBIMENTO. Professor estadual. Aposentadoria. Tempo de Serviço na iniciativa privada. Pressupostos.

1. O funcionário público, se mulher, pode aposentar-se voluntariamente aos trinta anos de serviço, computado integralmente e "tempo de serviço público federal, estadual ou município" (CF, art. 40, III, a e § 3º). 2. tratando da Previdência Social, a Constituição assegura, para efeito de aposentadoria, "a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei" (CF, art. 202, § 2º). 3. Assim, o funcionário público tem direito de incorporar, para fins de aposentadoria, o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, mas a contagem do tempo de serviço na iniciativa privada fica dependendo de regulamentação. 4. A legislação estadual definidora do sistema, desse modo, foi recepcionada, e naquilo que não contrataria a constituição Federal e aplicável. 5. Recurso conhecido, mas improvido."

Do exposto, em consonância com a legislação e a jurisprudência dominante entendo que o tempo de serviço prestado junto a iniciativa privada há de ser computado para o efeito pretendido - aposentadoria especial com proventos integrais aos 25 anos de serviço, em face do disposto nos arts. 40 III, "b", 202, § 2º, da Constituição Federal, Art. 111, III, "b", CE, da Lei Estadual nº 1552/84.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em Manaus(AM), 14 de dezembro de 1.993.

CYNTHIA DE ARAÚJO LIMA LOPES
Procuradora do Estado

PROCESSO nº 01689/93-PGE (052/93-UEA - 007891-SED 3649/93-O-SPT-SEAD)

Assunto: Professor: Contagem de tempo de exercício da função iniciativa privada para efeito da aposentadoria prevista no art. 111, III, b, da Constituição do Estado.

Interessada: Glicia de Freitas Davidonis

DESPACHO:

Recebido nesta data.

Acolho o parecer retro, de nº 045/93-PPE/PGE, em todos os seus termos, inclusive os iniciais.

Encaminhe-se.

PPE/PGE, em Manaus(AM), 20 de dezembro de 1.993.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador Chefe

DESPACHO:

Aprovo, por seus próprios fundamentos, o parecer nº 045/93-PPE/PGE, o qual bem examinou a matéria concluindo pela legalidade da contagem do tempo de serviço prestado a iniciativa privada em função de magistério, para efeito de aposentadoria especial, com proventos integram na forma de disposto nos arts. 40-III, "b", § 2º do art. 111-III, "b", da CE.

Devolva-se o processo a SEDUC, com observância das formalidades de praxe.

Em 27.12.93

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador geral do Estado

PROCESSO Nº 01817/92 - PGE

ASSUNTO: Concessão da Gratificação por quinquênio para funcionários regidos pela Lei nº 1.674/84.

INTERESSADO: SONIA MARIA MURRIETA ROCHA e OUTROS

PARECER Nº 04/93 - PPT/PGE

EMENTA: "A Gratificação por tempo de serviço, devida ao funcionário efetivo, sera calculada sobre o vencimento do cargo ocupacional e corresponderá a cinco por cento por quinquênio de serviço público" (art. 94 - Lei nº 1.762/86).

Senhor Procurador Chefe:

Chegou-me as mãos, em dias do mes passado, o Processo nº 01817/92 - PGE, procedente da Subprocuradoria Geral do Estado, através do qual, Sônia Maria Murrieta Rocha e outros, ocupantes do Cargo de Agente Administrativo de 3ª Classe, Nível F. referência I, regime Especial, reivindicando a Concessão de gratificação adicional por um quinquênio de tempo de serviço já completado.

O Processo nos chegou instruído com vários documentos, como Portarias, lotações e sobretudo, o tempo de serviço de cada um, onde pode-se contratar, que realmente, todos foram admitidos pela Lei nº 1.674, de 10 de dezembro de 1984 - Que institui o regime Jurídico dos Servidores admitidos em caráter temporário.

Pelo teor do art. 1º da lei 1.674/84, sabemos que: "**além dos Funcionários Públicos, poderá haver na administração estadual servidores admitidos em serviços de caráter temporário e contratados para funções de natureza técnica especializada**".

Assim, fica claro que estes servidores, não sendo efetivos, como a Lei Estatutária (art. 94 Lei nº 1762/86) exige para a concessão, quando diz:

“A gratificação por tempo de serviço, **devida ao funcionário efetivo**, será calculada sobre o vencimento do cargo ocupacional sobre o vencimento do cargo ocupado e corresponderá a cinco por cento por quinquênio de serviço público”.

Por outro lado o art. 16 e 17 da Lei que criou o regime especial, que fala dos direitos e vantagens servidores inclui alguns direitos e vantagens que são concedidas aos estatutários, relacionados nos itens I ao XII, mais que infelizmente, omitiram entre outros - as gratificações de: Função; de Representação; **Por tempo de serviço**, de Produtividade ou de prêmio por produção, além de outras.

Assim, seria impossível deferir aquela vantagem que esta sendo reivindicada pelos servidores regidos pelo regime especial, porque sendo ela destinada aos Estatutários e efetivos, não encontraria amparo legal.

Por isso, o nosso entendimento, se coaduna perfeitamente, com o teor da Ementa, baseado no art. 94 da Lei 1762, de 14 de novembro de 1986, para infelizmente, negar a pretensão dos requerentes do caso sob análise.

Este é o parecer sob-censura.

A alta sabedoria do Dr. Procurador Geral do Estado, por intermédio do Dr. Subprocurador geral da PGE.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO DA P.G.E,
em Manaus, 06 de abril de 1993.

SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO

Procurador do Estado.

TRABALHOS FORENSES

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MANAUS.

FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DO AMAZONAS, neste ato representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio do Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal, irresignada data venia, com a sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança (processo nº 046/92), em que figura como Impetrante J. G. RODRIGUES & CIA. LTDA. e Impetrado o Sr. Diretor do Núcleo de Desembaraço de Documentos Fiscais da Coordenadoria da Arrecadação da Secretaria de Economia, Finanças e Turismo do Amazonas, vem dela recorrer com base no art. 513 do Código de Processo Civil, nos termos das anexas razões de Apelação, que se requer submetidas ao superior exame do Egrégio Tribunal de Justiça, através de uma de suas Câmaras Cíveis.

Termos em que,

P. Deferimento.

Manaus, 28 de abril de 1992.

ELSON ANDRADE
Procurador-Chefe

APELAÇÃO

Apelante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
Apelado: J. G. RODRIGUES & CIA. LTDA.

Ref.: Mandado de Segurança (Proc. nº 046/92)

Egrégia Câmara.

1) Trata a espécie de Mandado de Segurança através do qual a Apelada pretende, e conseguiu no Juízo monocrático, desconstituir a exigência da incidência de ICMS, por antecipação, em decorrência da substituição tributária de que trata o Convênio nº 107/89, incorporado à legislação do Estado do Amazonas mediante o Decreto nº 12504, de 10.11.89.

2) A sentença atacada, em síntese radical, sustenta-se no pressuposto segundo o qual "o Convênio ICMS 107/89 e o Decreto nº 12.504/89, no que concerne a aplicação do ICMS/Substituição Tributária, contrariam frontalmente o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "b", e art. 146, item III, letra "a" da Carta Federal, isto porque, se ainda não foi editada a Lei Complementar necessária à Regulamentação do ICMS/Substituição Tributária e, tal modelo, embora previsto, não estava regulamentado na Legislação Tributária recepcionada pela Constituição, não podem os Estados e o Distrito Federal mediante Convênio, estabelecer-lhe o perfil impositivo de imposto, dispondo sobre o FATO GERADOR do mesmo, assim como sua BASE DE CÁLCULO, isto porque, a própria Constituição Mãe veda esse procedimento, ...".

3) CONCESSA MAXIMA VENIA, improcedem os argumentos que fundamentaram a r. sentença de fls., consoante restará demonstrado passos a frente, não sem antes, em caráter incidental, propugnar-se pela nulidade do processo.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO COMO PREJUDICIAL DE REEXAME DO MÉRITO

4) Sim, conquanto a impetração tenha sido para espantar imaginado ato ilegal ou abusivo do Sr. Diretor do Núcleo de Desembargo de Documentos da SEFAZ, a concessão da segurança afeta diretamente, e tão só, o erário estadual, visto como a causa debendi está relacionada exclusivamente com a exigibilidade do ICMS devido ao Estado nas operações de remessa de mercadoria nacional para comercialização na Zona Franca de Manaus.

5) Ora, se a repercussão financeira do "writ", com o não pagamento do imposto, afeta direta e exclusivamente a FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, deveria ela (FAZENDA PÚBLICA) ter integrado à lide, na fase inaugural, como litisconsorte passivo necessário.

6) Sendo certo que assim não ocorreu, nulo deverá ser o

processo e ineficaz a decisão nele prolatada porquanto em desconformidade com o art. 47 do Código de Processo Civil c/c o art. 19 da Lei nº 1.533/51.

7) Disso resulta que a não-vinculação da FAZENDA PÚBLICA, **constitucionalmente** representada pela Procuradoria Geral do Estado (art. 132 da CR c/c o art. 12, I do CPC), na primeira fase do processo, constitui inarredável e flagrante negativa de vigência ao art. 47 do CPC, bem como das disposições do art. 19 da Lei nº 1.533/51, que manda aplicar ao processo de mandado de segurança as regras do CPC sobre litisconsórcio.

8) Assim, estando inobjetavelmente claro que a FAZENDA PÚBLICA e a única e exclusivamente prejudicada com a concessão do heróico remédio constitucional, resta indubitoso que deveria ela figurar no polo da relação processual na qualidade de litisconsorte necessário a requerimento da Apelada.

9) É cediço o placet pretoriano à tese (a) de que é litisconsórcio passivo necessário é "aquele a quem afeta a concessão da segurança" (STF, RTJ 64/277; 65/540; 82/618) e de que (b) "é sujeito passivo, no mandado de segurança a pessoa de direito público a que pertence a autoridade coatora", tudo à conferência de anotações feitas por Theotônio Negrão em sua didática obra "Código de Processo Civil" 19ª ed., p. 894 e (RF 291/266, referido na Ob. cit. p. 880).

10) De igual sorte, pacífica também é a tese segundo cujos termos "a pessoa jurídica de direito público afetada pela concessão do "writ" é parte legítima para recorrer (ob. cit. p. 888).

11) Entretanto, a circunstância da garantia processual de recorribilidade da FAZENDA PÚBLICA, ainda que não citada para integrar à lide como **litisconsórcio** passivo necessário, não purifica o processo, devendo por isso mesmo ser decretada a sua nulidade ao abrigo de remançosa jurisprudência pátria, v.g. (RTJ 80/611, 95/742 e RT 508/202 e RTL 112/355).

Isto posto, à compreensão das incontrastáveis razões de fato e da inobjetável plausibilidade jurídica da tese sustentada, requer a FAZENDA PÚBLICA, em preliminar, seja decretada a nulidade do presente processo e tornada ineficaz a sentença nela lançada.

MÉRITO

12) Fazendo sugerir, apenas como elemento de argumentação, que essa Douta Câmara não decrete a nulidade do processo

ab initio, reformada deve ser, integralmente, a r. sentença censurada.

Aqui chegados, a súplica da Apelada, placitada pela sentença guerreada, pode ser deduzida, tecnicamente, nos seguintes termos:

a) que os Estados de São Paulo e do Amazonas, exorbitando de sua competência normativa em matéria tributária firmaram, juntamente com o Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos demais estados e do Distrito Federal, o CONVÊNIO ICMS 107/89, de 24 de outubro de 1989, o qual ensejou a que os dois Estados mencionados, mediante atos normativos supletivos, implementassem o regime da substituição tributária nas operações interestaduais com veículos classificados nas posições 87.02 a 87.06 e 87.09 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias-Sistema Harmonizado;

b) que em razão disso foi atribuído ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto de circulação de mercadorias e Prestação de Serviços devido na subsequente saída ou na entrada com destino ao ativo imobilizado, com a desfiguração dos elementos constitutivos no ICMS, pois que a substituição tributária de que se cogita:

b1) foi criada com flagrante infração aos artigos 146, III, "a", e 150, I, da Constituição, que remete à lei complementar competência para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, sendo certo que na hipótese a substituição resultou de CONVÊNIO;

b2) desconfigurou a natureza não cumulativa do ICMS, visto que a obrigação tributária se exaure com o pagamento do imposto no ato da saída dos veículos dos estabelecimentos fabricantes, independentemente das sucessivas saídas subsequentes que a Apelada e os adquirentes desses veículos venham a promover;

b3) impõe o pagamento antes da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária;

b4) cria, mediante presunção de valor, base de cálculo maior do que o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria;

13. Impressionam, prima facie, as teses articuladas pela Apelada. Todavia, do exame aprofundado do conteúdo que elas encerram, é legítimo concluir que as premissas que as informam não são verdadeiras. Enfim, cuidam-se de bem articulados sofismas, tão só, ou, ainda, de exercício consciente de adulteração mental.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: POSSIBILIDADE NO REGIME DO ICMS

14. Sem embargo da economia lingüística que se quer emprestar ao debate, a questão de mérito sobre que versa o processo está a exigir pequenas digressões para sua necessária compreensão, eis que a sentença sob malhete tem como pressuposto o instituto da substituição tributária.

Assim, a sujeição passiva ou derivada do SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO é o tema central a ser debatido, figurando como anclares as demais teses suscitadas na inicial.

Nada obstante o art. 121 do C.T.N. conceituário sujeito passivo da obrigação tributária como a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e os incisos I e II do citado dispositivo só fazerem menção ao contribuinte e ao responsável, ao nosso direito não é estranho as figuras do sucessor e do substituto tributário.

A marca distintiva que se faz dessas quatro figuras de sujeição passiva está em ser o contribuinte espécie de sujeição passiva pessoal, direta ou originária, enquanto o responsável, o sucessor e o substituto são considerados espécies da sujeição passiva indireta ou derivada.

Das figuras cogitadas, todavia, para o caso assume relevância a do substituto, isto é, daquele que é convocado para pagar o imposto em lugar do contribuinte, o substituído, por expressa disposição legal.

Razões de economicidade, comodidade, conveniência e oportunidade administrativa recomendam ao Fisco a lançar e cobrar tributo do substituto, concentrando a imposição e a fiscalização num só sujeito passivo.

A respeito do tema sob discussão, Amílcar Falcão assim descreve o substituto tributário:

"Sujeito passivo tributário com responsabilidade originária é o contribuinte. A sua configuração resulta da simples realização do fato imponible. O fato imponible é mero índice de capacidade contributiva. Verificado tal pressuposto de fato, sobressai logo a sua atribuição à pessoa, cuja capacidade econômica ele traduz.

A identificação do contribuinte, portanto, incumbe ao intérprete: independe de menção na lei.

Os demais sujeitos passivos, no entanto, só se configuram se como tais instituídos por norma legal expressa.

A estes, o direito alemão dá o nome genérico de "obrigados

ao pagamento do imposto".

Não excluem, pois, o devedor originário. Apenas, a lei lhes dá uma responsabilidade pelo tributo, destacando-a da pessoa devedora originária.

Varia a intensidade desta responsabilidade, podendo ir da solidariedade à substituição completa do contribuinte. A esta última espécie se liga a figura do substituto legal tributário.

.....
Tem-se, assim, que a substituição representa uma subrogação *ex lege* de um sujeito passivo substituto a um outro que possui a capacidade contributiva que normalmente faz surgir a obrigação tributária." (Int. ao Dir. Trib. pág. 97/98)".

A sistemática da substituição tributária também foi adotada por nós. Di-lo, com efeito, o art. 128 do C.T.N. que "a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação".

O novo modelo constitucional pátrio, às claras, tratou do instituto da substituição tributária, admitindo a sua instituição mediante lei complementar.

De tudo quanto foi exposto é razoável concluir serem três as marcas básicas da substituição: a) responsabilidade tributária indireta criada por lei complementar; b) vínculo do substituto com o fato gerador da obrigação tributária; c) completa substituição do contribuinte ou dando-lhe apenas responsabilidade supletiva.

Chamando atenção para o fato de que na substituição não há uma vinculação pessoal, direta, embora sendo indispensável uma certa relação ou vinculação com o fato gerador para que a lei possa considerar alguém substituto tributário, a exemplo do que ocorre no regime de arrecadação do imposto de renda mediante a retenção ou desconto na fonte, passa-se doravante a lançar contraponto às objeções da Apelada.

15. A primeira objeção é a de que os Estados de São Paulo e do Amazonas exorbitaram de sua competência normatiza em matéria tributária ao instituíram a substituição tributária.

Data vênua, equivoca-se a Apelada. Explica-se: o art. 155, XII, da Constituição estatui que cabe à lei complementar "dispor sobre substituição tributária". Todavia, o art. 34, § 8º, do ADCT/88 dispôs que "Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o

Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar 24, de 07 de janeiro de 1975, fixarão para regular provisoriamente a matéria".

Não tendo sido até hoje editada a lei complementar de que fala o art. 155, XII, da Lei Maior, o Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 15ª Reunião Extraordinária do Conselho de Política Fazendária, firmaram com base no § 8º do art. 34 do ato das disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, o CONVÊNIO ICMS 66/88, através do qual foram fixadas as normas reguladoras provisórias do ICMS e outras providências.

CONVÊNIO ICMS 66/88: NATUREZA ECONÔMICA

16. Ora bem, tendo presente a possibilidade de que o legislador infraconstitucional (complementar) pudesse, por omissão - deliberação ou não - nega vigência à regra constitucional que atribui o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação e frustrar a eficácia do novo sistema tributário relativamente ao ICMS, o Constituinte decidiu conferir competência legislativa excepcional e transitória aos Estados e ao Distrito Federal para regular a matéria necessária a efetiva e real implementação do novo imposto (ICMS), até a edição da lei complementar de que fala o art. 155, § 2º, XII, da CR.

Trata-se, é visível a mais precisar exergar, de competência legislativa atípica, excepcional mesmo, conferida ao Executivo para, esgotado o prazo de que cuida o § 8º, do art. 34, do ADCT, editar normas, através de Convênio, com força de lei complementar, necessárias à instituição do ICMS.

De observar-se que não seria temerário, porque legítimo, asserir-se que o Convênio de que se cuida tem natureza de lei complementar, lei complementar em sentido material, eis que tratou de matéria reservada à lei complementar, sendo certo que autorizado o CONFAZ pelo art. 8º do art. 34 do ADCT da Constituição Federal.

Ora, se lei complementar pode dispor sobre substituição tributária, se o Convênio 66/88 tem natureza de lei complementar, legítima e legal é a instituição do substituto tributo através do reportado Convênio 66/88, bem por isso que o art. 25 do Anexo Único do Convênio 66/88 preconiza: A lei poderá atribuir a condição de

substituto tributário a:

I - industrial, comerciante ou outra categoria de contribuinte pelo pagamento do imposto devido na operação ou operações anteriores.

É evidente, pois, que o Convênio autorizado pelo § 8º, do art. 34, do ADCT/88, não só tem força de lei complementar - porque trata de matéria materialmente reservada à lei complementar -, como a competência legislativa atípica ali exercida reveste-se de natureza plena, para atender a peculiaridades de cada Estado da Federação, cuja vigência e eficácia subsistirão até a entrada em vigor da lei complementar prevista no art. 155, § 2º, XII, da CR.

Se assim não fora, com a manifesta omissão do legislador federal, até hoje silente, inerte, quanto à edição da lei complementar reclamada à instituição do ICMS, os Estados simplesmente estariam em estado de absoluta penúria, estendendo a mão à caridade pública, ou, ainda, - o que é pior - realimentando a deletéria prática da fisiologia política, em face de inevitável relação incestuosa que teriam de manter com o Governo central para angariar recursos necessários à satisfação mínima da máquina estatal.

Não, sobre ter natureza de lei complementar, o Convênio arquitetado pelo dispositivo constitucional transitório sob debate não foi concebido, como sinaliza a r. sentença impugnada, apenas e tão somente para "versar sobre as lacunas existentes e sobre dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados".

De feito, a natureza do "Convênio" arquitetado pelo § 8º, do art. 34, do ADCT/88, é da espécie normativa do processo legislativo transitório, visivelmente permitida pela constituição em vigor, vivendo ao lado e harmonicamente com as demais espécies normativas do processo legislativo que integram o corpo permanente da Lex Fundamental. Aliás, sem nenhuma afetação ao Direito Constitucional Brasileiro, que já conviveu com Decreto-Lei a agora convive com Medida Provisória, também com força de lei.

DIREITO TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PLENA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL.

17. Acresça-se, ademais, que a Constituição atual dotou os Estados de Competência plena para legislar sobre matéria tributária (art. 24, I).

Donde, numavisão sistemática, teleológica, e guardado o princípio de unidade do texto constitucional, inferir-se que, até a edição da lei complementar indicada pelo art. 155, § 2º, XII, o

"Convênio" autorizado pelo § 8º, do art. 34, do ADCT/88, além de ter natureza de lei complementar foi editado no exercício da competência legislativa plena dos Estados.

Sim, porque esse é o comando, é o pressuposto constitucionalmente previsto para situações que tais, tanto que foi precisamente por isso que o Constituinte, ad cautelam e com vistas a garantir a produção dos efeitos jurídicos desejados pela Nação, introduziu salutar regra segundo a qual.

"A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados" e muito mais - e oportunamente - que

"Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades"

Registre-se que a legislação estadual - no caso o "Convênio" autorizado pelo § 8º, do art. 34, do ADCT/88 - só perderá sua eficácia com a edição de superveniente lei federal - aqui seria a lei complementar reclamada pelo art. 155, § 2º, XII da CR - e no que lhe for contrário (art. 24, § 1º a 4º).

Demarcado esse pressuposto, a força irresistível da lógica nos impõe a uma só conclusão, embora no condicional: se o Constituinte de 88 não houvesse prudentemente, na hipótese, grafado a possibilidade legiferante, via "CONVÊNIO", os Estados poderiam, isoladamente, cada um por si, produzir as leis que competiriam à União editar, (lei complementar) e que até hoje não nos fez, valendo-se os Estados, para tanto, da competência legislativa plena de que o § 3º do art. 24 da Lei Ápice para, em seguida, editarem também, as suas respectivas leis instituidoras dos também respectivos ICMS.

É óbvio que tal cenário poderia tumultuar o novo sistema tributário nacional, posto como inevitável seriam os conflitos entre as unidades federadas, que em homenagem ao princípio federativo todos preferem evitar, bem por isso que se atribui à União a competência para editar lei complementar nacional com vistas a dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária os entes de capacidade política que integram a República Federativa do Brasil (art. 146, I c/c o art. 1º);

Enfim: o que se quer demonstrar é que o "CONVÊNIO" previsto pelo dispositivo constitucional transitório (§ 8º, do art. 34 do ADCT):

a) é espécie normativa do processo legislativo transitório (espécie excepcional que convive harmoniosamente com as demais espécies do corpo permanente da Constituição (art. 59);

b) que se ele (o "CONVÊNIO") não tivesse sido arquitetado pela Carta de 1988, os Estados de si por só poderiam legislar, com competência plena sobre matéria tributária, em face da inércia, da omissão da União de editar a Lei Complementar reclamada pelo art. 155, § 2º, XII;

c) que ele (o "CONVÊNIO") goza de eficácia de lei complementar;

d) que ele (o "CONVÊNIO") não se presta apenas a colmatar "lacunas" que existisse no vetusto DL 406/68, mas de regular o novo sistema tributário nacional relativamente ao ICMS, cuja adjectivação - NOVO - é atribuída pelo próprio texto constitucional, que por instituir um novo sistema tributário constitucional, provoca o fenómeno de revogação global ou de sistema, como professa o douto JORGE MIRANDA in "Manual de Direito Constitucional", T. II, Coimbra Ed., 277, ss).

Nessa direcção, também, o ensino maior do doutíssimo Kelsen de que as normas infraconstitucionais anteriores, com a edição da nova norma constitucional, já não mais são pensadas pela antiga norma fundamental, mas pela nova. "Sistematicamente deixam de ser as mesmas". Têm de ser repensadas. "Tem de ser reinterpretados em face da nova Constituição" (Teoria Generale del Diritto e Dello Stato, Etas Libri, Milão, 1980, ps. 116, ss. E "Teoria Pura do Direito", Martins Fontes, 1987, ps. 205, ss).

Daí a menção expressa do § 5º, do art. 34 do ADCT/88, de que "Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º".

Disso tudo, e à elementar compreensão de que o § 8º, do art. 34 do ADCT/88, não pode ser interpretado descontextualizadamente uma só e inconstatável conclusão: o "CONVÊNIO" previsto no texto transitório, por ter força de lei complementar, não só pode versar sobre lacunas existentes na legislação anterior, mas de igual modo - e sobremais - pode alterar, modificar, ou revogar a legislação anterior.

Sim, porque as normas das disposições transitórias revestem-se do mesmo valor jurídico da parte permanente da Constituição. A propósito, lembra José Afonso da Silva que, por serem da mesma hierarquia e muito mais - por serem excepcionais "abrem elas exceções a princípios consubstanciados nas normas permanentes" (Aplicabilidade das Normas Constitucionais", R.T. p. 192/3).

Daí gizan Gomes Canotilho a possibilidade de as transitórias produzirem "AUTO-RUPTURAS", consoante posto à p. 197 do

seu clássico ("Direito Constitucional", Almeida Coimbra Ed. de 1991).

Assim, à luz do § 5º do art. 34 do ADCT/88, do ancião DL 406/68 referido na sentença sob protesto tem posição hierárquico-normativo inferior à do "CONVÊNIO" 66/88. Em outro dizer: suas disposições só prevalecem na ausência de disposições do "CONVÊNIO" arquitetado pelo § 8º do art. 34 de ADCT/88, que, aliás, nada tem a ver com os convênios tradicionais que tratam de isenções e outras desonerações fiscais.

ZONA FRANCA DE MANAUS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LITURGIA JURÍDICA

18. Dito, de logo, que o Decreto nº 12.504, de 10.11.89, não institui o regime de substituição na Zona Franca de Manaus, visto como apenas -, como é da melhor técnica - incorporou o Convênio nº 107/89 à legislação do Amazonas, informe-se que a instituição da figura da substituição tributária, entre nós, deu-se com a edição da Lei nº 1320, de 28 de dezembro de 1978, cujo art. 23, § 3º, com a nova redação da Lei nº 1.893 de 30.12.88, por sua vez fundamentada no art. 25, inciso II, do anexo único do Convênio 66/88, dispõe:

"Fica atribuída a condição de substituto tributário

a: I - industrial, comerciante outra categoria de contribuinte, pelo pagamento do imposto devido na operação ou operações anteriores:

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EFICÁCIA EM RELAÇÃO A CONTRIBUINTES E RESPONSÁVEIS QUE SE ENCONTRAM EM ESTADOS DIVERSOS.

19. Na hipótese de o responsável e o contribuinte estiverem em Estados diversos, a substituição dependerá de acordo entes estes, diz o parágrafo único do art. 25 do Convênio nº 66/88.

Como se vê, toda a liturgia normativa cumprida para a instituição da substituição tributária. Agora, porque na hipótese se trata do regime do contribuinte substituto em operações interestaduais, necessário se impunha a celebração de acordo entre os Estados interessados, o que ocorreu com a assinatura dos representantes de todos os Estados e do Distrito Federal do Convênio ICMS/107/89, o qual, ao cuidar da substituição tributária nas operações de veículos novos dispôs, particularmente quanto ao Amazonas, que "Aplicam-se à operações que destine os veículos à Zona Franca de Manaus ou

à Amazônia Ocidental as disposições deste Convênio" (§ 3º da Cláusula primeira).

Donde se conclui, inobjetavelmente, que nada há de inconstitucional ou ilegal na instituição do acordo entre os Estados e o Distrito Federal nas operações interestaduais. Sim, porque a substituição está autorizada pela Constituição; lei complementar em sentido material (Convênio 66/88) a instituiu; há indicação do substituto em lei; há acordo interestadual. Finalmente, houve a oportunidade e a conveniência de operacionalizá-lo entre os Estados de São Paulo e do Amazonas.

Em uma palavra: os Estados de São Paulo e do Amazonas não exorbitaram de sua competência normativa em matéria tributária como sugerido pela Apelada.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: INOCORRÊNCIA

20. A segunda objeção da Apelada é a de que o regime de substituição tributária malfero o princípio constitucional da não-cumulatividade.

À fragilidade da tese da Apelada se opõe, espancando-a de morte, o resguardo ao direito da redução previsto no próprio corpo de Convênio ICMS 107/89, assim: "Nas operações previstas no parágrafo terceiro da Cláusula Primeira, o valor do imposto retido será a diferença entre o calculado de acordo com as cláusulas terceira e quarta e o valor do crédito previsto no inciso I do artigo 49 do Decreto-Lei nº 282, de 28 de fevereiro de 1967" (Parágrafo Único da Cláusula Quinta).

Com isso e com o fito de evitar equívocos, como o da Apelada, está claro que o contribuinte substituído terá direito ao crédito fiscal presumido de que trata o art. 49, I, do Dec-Lei nº 288/67, que instituiu a Zona Franca de Manaus.

Ademais, a sistemática adotada além de simplificar a arrecadação do imposto, uma vez que o ICMS de operações é cobrado em uma só, em nada compromete o princípio da não-cumulatividade.

BASE DE CÁLCULO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL: INOCORRÊNCIA.

21. Na terceira objeção a Apelada enxerga também inconstitucionalidade que decorria do fato dos Executivos Estaduais

fixarem elemento integrante da base de cálculo do tributo, que afeta o princípio da legalidade ou da Reserva da Lei.

Induidosa é a assertiva de que somente a Lei pode estabelecer a base de cálculo de qualquer tributo, seja federal, estadual ou municipal, tal como grafado no art. 97 do C.T.N.

No caso em exame, entretanto, ao contrário do que pensa a Apelada, não houve violação ao princípio da legalidade na exata medida em que a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante, se for o caso, de tabela estabelecida por órgão oficial, ou, na falta desta, o preço fixado pelo fabricante.

Aliás, nessa direção sinaliza o § 9º, b, do artigo 1º da Lei Complementar nº 44/83;

"§ 9º - Quando for atribuída a condição de responsável ao industrial, ao comerciante atacadista ou ao produtor, relativamente ao imposto devido pelo comerciante varejista, **a base de cálculo** do imposto será:

a) ...

b) o valor da operação promovida pelo responsável, acrescida da margem de lucro atribuída ao revendedor, no caso de mercadorias com preço de venda, máximo ou único, marcado pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente.

Onde, pois, o abuso do Convênio ICMS 107/89, quando estabelece que a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor final constante de tabela oficial ou de preço fixado pelo fabricante?

Ora, o Convênio 107/89 não está alterando o critério legal de fixação de base de cálculo, ao contrário, a ele se adequando, mesmo porque não há qualquer preceito constitucional que obrigue o legislador ordinário, federal ou estadual, a adotar como base de cálculo o valor exato da operação tributada.

Ademais disso, como é público e notório, os preços dos veículos nacionais são publicados ordinariamente na imprensa toda vez que ocorre aumentos nas montadoras, ocorrendo, sim, de quando em vez, por parte das revendedoras, a cobrança do ilegal e imoral ágio, o qual, em flagrante ofensa a moral médio, não integra a base de cálculo do imposto.

Logo, sobre ser legal a conduta da Administração, justo é o valor atribuído, hoje pelo fabricante, para fins de base de cálculo do substituto tributário em análise.

FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIO: PREMISSA FALSA.

22. Finalmente, a Apelada encerra suas objeções alegando a inocorrência do fato gerador ao afirmar que a substituição impõe o pagamento antes da ocorrência do fato impositivo da obrigação tributária.

ZELMO DENARI (Elementos de Direito Tributário, pág. 198/211) ensina que integram a noção de fato gerador dois momentos lógicos da dinâmica tributária.

Num primeiro momento, na fase de criação do tributo, institui as hipóteses de fato de conteúdo econômico, cuja ocorrência acarreta, a quem está em relação direta com tais fatos, o dever de pagar determinado tributo. Em outro dizer, a lei como comando hipotético, geral e abstrato, define o fato gerador, descreve um fato com significação econômica capaz de gerar a obrigação tributária. Este é o momento da previsão legal, da hipótese de incidência.

O segundo momento dá-se com a realidade fática, isto é, quando concretamente ocorre um fato da vida econômica que guarda conformidade com a hipótese ou o tipo legal previsto. Aqui, exatamente aqui, nasce a obrigação tributária, pela qual alguém, pessoa física ou jurídica determinada, se encontra numa relação de débito, de valor determinado, para uma pessoa jurídica de direito público com capacidade política.

A ocorrência concreta dos fatos abstratamente previstos em lei, isto é, a materialização do fato gerador é, pois, conceito nuclear em torno do qual se movimenta toda a teoria geral da obrigação tributária.

Entretanto, a pregação doutrinária habitualmente costuma fazer menção a quatro elementos informadores do fato gerador: objetivo, subjetivo, espacial e temporal.

Para o caso em exame tem relevância apenas o ELEMENTO TEMPORAL, isto é, aquele que delimita a realização do fato gerador no tempo, que define o momento em que se aperfeiçoa, para fins da imposição tributária.

Igual aos demais elementos caracterizados do fato gerador, o elemento temporal também é fixado pelo legislador, ou seja, ao legislador compete determinar o momento da exteriorização do fato impositivo para efeitos tributários, levando em conta várias alternativas válidas, possíveis e convenientes, atendendo-se as peculiaridades de cada situação, a comodidade, a economicidade e sobretudo a relevância do interesse público, que se sobrepõe ao do

particular, é máxima vetusta.

Sob essa ótica, outra ilação não se pode chegar senão a de que, ao se exigir o tributo do substituto tributário, não se está cobrando o tributo sem fato gerador. Não, o que se está fazendo é a antecipação do seu elemento temporal. Na verdade todos os elementos do fato imponible já estão caracterizados na lei, ocorrendo tão somente o deslocamento temporal, autorizado por lei, do momento de sua concretização fática.

Sendo, como já ressaltado, a fixação do fato gerador tarefa de competência legislativa, não há dúvida de que o legislador possa antecipar o momento de sua concreção para efeitos tributários, com fulcro em presunção legal. Aliás, essa técnica de administração fiscal é velha conhecida da doutrina pátria, que a chama de antecipação do fato gerador, que outra coisa não exprime senão o deslocamento do seu elemento temporal, para frente ou para trás. Mas isso se faz de forma arbitrária, pois tem a motivá-lo razões de interesses práticos de arrecadação e fiscalização do imposto.

De feito, quando a lei exige do industrial, fabricante ou do comerciante atacadista o imposto que seria devido pelo varejista, o faz com base em uma realidade econômica já identificada, projetando-se para o futuro e antecipando certos efeitos em face das probabilidades. O ciclo econômico da mercadoria já começou, sendo legítimo presumir como certas operações subseqüentes, realizáveis pelo estabelecimento distribuidor, atacadista ou varejista.

Trata-se de presunções de que se vale o legislador, sem embargo do pagamento do imposto ser feito sob condição resolutiva, isto é, não verificada a condição, v.g., por destruição, perda, extravio, quebra, etc. da mercadoria, o contribuinte tem direito subjetivo individual absoluto de repetir o indébito.

Do mestre Sampaio Doria (Da Lei Tributária no Tempo), com a autoridade que lhe é reconhecida, pedimos por empréstimo e trazemos à liça dois exemplos clássicos da literatura jurídica brasileira para demonstrar a familiaridade que temos com o fenômeno da antecipação do fato gerador do tributo.

O fato gerador do Imposto de Renda sobre as pessoas físicas, entre nós, revela um conjunto de fatos (denominado pela doutrina de fato gerador complexo) que exprime um acréscimo patrimonial verificado num certo lapso de tempo. O elemento temporal adotado pela legislação pátria é o cômputo anual da renda líquida percebida no período de 1º de janeiro e 31 de dezembro imediatamente anterior de um dado exercício financeiro.

Por isso que Sampaio Dória averba, de maneira inconstratável, que a lei aplicável ao contribuinte será a vigente a 1º de janeiro de cada exercício em que o imposto se torna devido, e não a legislação vigorante ao longo do ano civil em que ocorreram os elementos financeiros e econômicos que constituem a base de cálculo do imposto de renda.

São palavras do mestre:

"Em síntese, a lei fiscal vigente a 1º de janeiro de cada exercício é que rege toda a obrigação tributária correspondente ao imposto de renda devido pelas pessoas físicas, inclusive na determinação dos rendimentos tributáveis, isenções, deduções, etc.

Por outro lado, os elementos de fato que servirão à incidência do imposto serão aqueles ocorridos desde o primeiro instante do dia 1º de janeiro até o último momento do dia 31 de dezembro do ano civil imediatamente anterior".

.....
"Por conseguinte, o fato gerador do imposto ocorre a 1º de janeiro de cada ano (data inaugural do exercício financeiro) e sua base de cálculo é dada pela renda líquida auferida no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro imediatamente anterior". (ob cit. pág. 161).

Donde se conclui que pelo regime de retenção do imposto de renda na fonte a lei antecipa o elemento temporal do fato gerador desse tributo tornando-o devido antes do início do exercício financeiro no qual deveria ser pago. Trata-se de presunção legal, isto é, presume-se que uma certa disponibilidade econômica ou jurídica de renda corresponda, necessariamente, a um acréscimo patrimonial autorizador de incidência do imposto. A autotutela estatal, entretanto, obriga o Fisco a devolver o que eventualmente for cobrado a maior em face da presunção legal não corresponder à realidade fática, patrimonial.

O segundo clássico exemplo registrado por Sampaio Dória diz respeito a transmissão de propriedade imóvel ou de direito a ela referentes, por atos inter vivos, que só se aperfeiçoa após o registro, no Registro de imóveis, dos respectivos títulos, tudo a teor dos arts. 530, I, 532, III, 533, etc. do C.C.

Logo, o fato gerador do imposto de transmissão deveria ser o registro do título formalmente translativo do domínio ou do direito real, no registro imobiliário. Ocorre que o legislador, hoje municipal, antecipa o elemento temporal do fato gerador do imposto de transmissão inter vivos, elegendo como jurígena, uma exteriorização da mesma realidade econômica subjacente (transmissão de proprieda-

de ou do direito real), operando-se, assim, a antecipação do fato gerador do tributo.

Bem por isso, nessa direção, pode-se concluir com o insigne mestre Sampaio Dória:

"De sorte que nos parece legítimo a deslocação do fato gerador do do imposto para a data em que se formaliza o título translativo do domínio ou do direito real, aplicável, portanto, a legislação fiscal vigente nesse momento e sendo irrelevante para qualificar obrigação tributária a lei vigente na data do registro do título".

.....

"Pode o legislador estadual - hoje municipal - antecipar a ocorrência do fato gerador do imposto em tela, fazendo-o coincidir com a formalização do título, desde que admita, expressa ou implicitamente, que o recolhimento do tributo naquela circunstância se faça sob a condição de ser efetivamente inscrito, no registro próprio, o mencionado título. Não verificada a condição, cabe ao contribuinte o direito de repetir o indébito"(ob. cit., pág. 205, 206 e 207).

Mudando o que tenha que ser mudado, é a situação que temos no caso destes autos - antecipação do elemento temporal do fato gerador do ICMS, autorizado pela Lei Complementar nº 44/88, pelo Convênio nº 66/88 e pelas legislações estaduais de São Paulo e do Amazonas, cujas produções normativas não podem, com seriedade, ser acoimadas de viciadas pela ilegalidade ou inconstitucionalidade, visto como editadas com base no art. 24, §§ 1º, 2º e 3º c/c o art. 34, §§ 3º, 4º, 5º e 8º do ADCT/88.

O deslocamento, para trás e/ou para frente do elemento temporal do imposto e, particularmente do ICMS, decorre de presunção legal, de ficção jurídica, e é inerente à substituição tributária, sem cuja sistemática, aliás, não terias razão de ser essa modalidade de sujeição passiva.

A mais recente presunção legal do fato gerador do ICMS encontra-se nos arrais da própria Constituição quando, em dicção direta, apostila:

"O imposto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

I - omissis

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se trata de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimen-

to destinatário da mercadoria ou serviço" (art. 155 da CR).

Aqui aportados, desmestifiquemos: fato gerador da obrigação principal é a situação descrita em lei como necessária e suficiente ao surgimento da obrigação de pagar tributos.

Na hipótese, o fato imponível que dá ensejo ao nascimento da obrigação tributária é a situação descrita na Lei, isto é, no "CONVÊNIO" 66/88 que, como já demonstrado, tem força de lei complementar.

De tudo quanto foi exposto, outra ilação não se pode chegar senão a de que o agente fazendário contra quem se impetrou a Segurança nenhum ato abusivo ou ilegal praticou, salvo se abusivo for cumprir o ordenamento jurídico que informa e orienta a conduta de todo e qualquer agente público.

Aliás, se mandado de segurança coubesse na hipótese, seria contra o ato conjunto e complexo dos Estados de São Paulo e do Amazonas que, através do Convênio 107/89, instituíram o regime de substituição tributária autorizado pelo Convênio nº 66/88 (art. 25 do CONFAZ), que por sua vez tem como fundamento de validade o § 8º, do art. 34 do ADCT/88, e pela Lei Complementar nº 44, de 7 de dezembro de 1968, quando alterou o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e nunca contra o responsável pelo Núcleo de desembaraço aduaneiro, a quem compete, com base na legislação pertinente, exigir a exibição da documentação fiscal necessária ao internamento de mercadoria na Zona Franca de Manaus.

Posto isto, é a compreensão de cada um dos pontos aqui contestados e por todos juntos, espera e requer a FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, ora Apelante, que essa augusta Câmara, na superioridade de sua inteligente convicção, reforme totalmente a sentença monocrática recorrida, para decretar a improcedência da ação.

JUSTIÇA !

Manaus, 28 de abril de 1992.

ELSON ANDRADE
Procurador-Chefe

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado na forma prevista no art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil, pelo Procurador do Estado infrafirmado, com atribuições expressas na Portaria nº 015/91, datada de 18 de março de 1991 e publicada no Diário Oficial de 8 de abril daquele ano (anexo), amparado nas disposições do art. 25, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, art. 297, do RISTF, vem formular pedido de SUSPENSÃO DE SEGURANÇA de decisão concessiva proferida em Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça local, sob os fundamentos que vão submetidos à sábia apreciação de V. Ex^a. no curso desta petição.

DOS FATOS

Trata-se de mandado de segurança impetrado por EURÍPEDES FERREIRA LINS, MÁRIO JOSÉ LUIZ GAZEL SENA, WALDER DE MENEZES CALDAS e ADHERBAL ANDRADE DE MENEZES, contra o Exm^o. Sr. GOVERNADOR DO ESTADO, em que reclamam equiparação de vencimentos com os Procuradores do Estado, em cumprimento ao art. 40 e seu parágrafo único, das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Amazonas, **verbis**:

Art. 40. "Os Procuradores que exercem atividades nas diversas áreas da administração indireta terão as prerrogativas, direitos, impedimentos e vencimentos na forma

estabelecida pelo art. 100, desta Constituição.

Parágrafo único. Estendem-se aos Procuradores inativos os efeitos deste artigo".

Na petição inicial, cujas cópias instruem este pedido (DOC. 1), os impetrantes esclarecem que são Procuradores aposentados do Departamento de Estradas de Rodagem e que não estão percebendo o mesmo que vencem os Procuradores do Estado, enfatizando:

"Então é visível a discrepância entre os cargos de Procuradores de 1ª classe do Estado e os do Departamento de Estradas de Rodagem e, no que tange aos componentes financeiros dos vencimentos básicos, a lei 1946 de 14 de março passado, fixou o critério a ser seguido para os primeiros, enquanto os segundos, como os impetrantes, ficaram no olvido da remuneração semelhante, embora com a mesma categoria de direitos, prerrogativas e vencimentos" (terceira lauda, primeiro parágrafo).

A autoridade impetrada, dentro do prazo legal, prestou as informações em onze laudas (Doc. 2, anexo), onde, após demonstrar a ausência de direito líquido e certo, argüiu expressamente a inconstitucionalidade do art. 40, das Disposições Transitórias da Constituição estadual, por frontal contrariedade aos artigos 37, inciso XIII, e 39, § 1º, da Constituição Federal, nos termos seguintes:

"Em primeiro lugar é interessante ressaltar que o comando do art. 37, é imposto a todas as esferas do Poder Público, sendo portanto proibido ao Estado do Amazonas, como a qualquer outro, fazer inserir em sua Constituição qualquer regramento que contrarie os cânones fixados pela Constituição da República. Ou seja, a liberdade do constituinte estadual encontre limite na moldura traçada anteriormente pelo constituinte federal. Se for ultrapassado esse limite, a norma menor incide em inconstitucionalidade. A norma do art. 40, do ADCT, da

Carta estadual, afronta o item XIII, do art. 37, da Constituição da República, porque atribui igualdade de vencimentos entre funcionários da Administração direta e servidores de autarquias, fato que, indubitavelmente, é conceituado como equiparação de vencimentos. Infringiu também o transcrito § 1º, do art. 39, que só assegura a isonomia de vencimentos (quando realmente ocorre) AOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, que não é o caso dos impetrantes". (Oitava lauda, último parágrafo).

Em seguida, foi mencionado nas informações que o art. 40, do ADCT, da Carta estadual, já havia sido objeto de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE aforada pelo Estado do Amazonas junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal, em 23 de outubro de 1989. Nesse feito, que tomou o nº 120-5-AM, foi negado o pedido de liminar, ao entendimento de que o dispositivo sob exame (como outros que foram objeto da causa), carecia de auto-aplicabilidade, dependendo de legislação infraconstitucional, como se percebe da leitura da ementa do julgado, verbis:

"EMENTA - Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar.

- Inocorrência, no caso, do periculum in mora, tendo em vista que os dispositivos impugnados dependem, para sua aplicabilidade, da elaboração de legislação infraconstitucional, que exige a colaboração do requerente para a sua edição.

Pedido de liminar indeferido" (Doc. 3, anexo).

Ainda assim, foi concedida a segurança, em Acórdão que teve a seguinte ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA

"É o remédio heróico para sanar o ato ilegal e abusivo da autoridade coatora".

"Os Procuradores que exercem atividades nas diversas áreas da administração pública indireta terão as prerrogativas, direitos, impedimentos e vencimentos na forma

estabelecida pelo art. 100, desta Constituição. Parágrafo único - Estendam-se aos Procuradores inativos os efeitos deste artigo' (Disposições Transitórias da Constituição Estadual, art. 40)" (Doc. 4, anexo).

Contra esse Acórdão foram manifestados EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (Doc. 5, anexo) e AGRAVO REGIMENTAL (Doc. 6) que, sem justificativa legal, não mereceram a apreciação e julgamento pelo Egrégio Tribunal de Justiça que, através de seu Presidente, ordenou a execução da decisão, no seguinte despacho:

"Razão assiste os requerentes na sua promoção de fls. 105/107, em exame. Realmente, se recurso houver, contra a decisão deste Tribunal Pleno, tal recurso não terá, ex lege, efeito suspensivo.

É jurídica e factível, portanto, a execução da decisão proferida no presente **mandamus**.

Defiro, pois, os requerimentos de letras a e b da promoção retromencionada.

Cumpra-se. Intime-se". (Doc. 7, anexo).

Em seguida, o Presidente do Tribunal de Justiça local dirigiu ao Presidente do Banco do Estado do Amazonas S.A. o incluso Ofício (Doc. 8), no qual, embora usasse a palavra "requisito" (sic), tentou sequestrar "da conta do Governo do Estado do Amazonas", a importância (naquela época - dezembro de 1990) de Cr\$ 35.321.238,11, "para pagamento da diferença de vencimento dos imetrantes...".

A isso insurgiram-se o próprio Banco, observando que a ordem não era legal e que, por isso, poderia sofrer prejuízos, e o Estado, este, em alentado requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça, pediu que o processo fosse chamado à ordem e obedecidas as normas legais e a Constituição Federal (Docs. 9 e 10).

Embora ainda apreciasse o último requerimento do Estado, o Tribunal de Justiça voltou a insistir na execução da decisão, desrespeitando todas as normas pertinentes à execução contra a Fazenda Pública, tanto da Constituição da República, como as do Código de Processo Civil e bem assim as dos artigos 5º, parágrafo único, e 7º, da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, e ainda o art. 1º e seu § 3º, da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966.

No meio de todo esse tumulto processual, o Estado, dentro

do prazo legal, interpôs os recursos extraordinário e especial, além do agravo de instrumento contra o indeferimento dos mencionados recursos excepcionais (Docs. 11, 12 e 13, anexos), ainda pendentes de julgamento.

DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL DA CAUSA

Como foi relatado por oportunidade da sucinta apreciação dos fatos, com o oferecimento das informações o Estado argüiu a inconstitucionalidade do dispositivo da Carta estadual em que os impetrantes apoiavam sua pretensão, fato que, aliás, já ensejara o aforamento de ação direta de inconstitucionalidade perante essa Excelsa Corte de Justiça.

Na Suspensão de Segurança nº 469-7 - Rio Grande do Sul, em que também foi suscitada a inconstitucionalidade do dispositivo legal em que se fundava a impetração, V. Ex^a. reconheceu que a causa versava sobre matéria constitucional, dando-se competente para apreciar o pedido, nos seguintes termos:

"Decisão: - Trata-se de pedido de suspensão da execução de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatado nos autos de mandado de segurança impetrado por ANA MARIA DE MARCHI MAINIERI e outros, que postulam, com base no art. 4º, § único, da Lei 9.117/90, sua permanência na Secretaria da Cultura, sem embargo da Ordem de Serviço nº 11/91, do Governador do Estado, que determinou o retorno de tais servidores à Secretaria de Educação.

Sustenta o requerente - ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL -, a inconstitucionalidade do dispositivo legal invocado pelos impetrantes, diante da Constituição Federal, à medida em que a permanência postulada e concedida no writ, cria injustificável inamovibilidade, causando lesão à ordem administrativa e impedindo o Chefe do Executivo de exercer ato de sua exclusiva competência.

A matéria é constitucional, disso resultando a competência desta Presidência. A liminar

interfere nas atribuições do Chefe do Executivo, causando lesão à ordem administrativa, tanto mais que o dispositivo legal, invocado pelos impetrantes, foi, liminarmente, suspenso, por r. decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, na ADin. 656, conforme esclarece o requerente a fls.

Diante do exposto, defiro, até o trânsito em julgado da decisão proferida no mandado de segurança em questão, a suspensão da sua execução (MS nº 591073218 (fls. 49). Intimem-se. Comunique-se, por ofício e "telex". (Diário da Justiça, de 3 de fevereiro de 1992, fls. 361).

FUNDAMENTOS DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Todos os dispositivos, tanto os legais como os regimentais, que cuidam do assunto, dão como fundamentos da suspensão de segurança o PERIGO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À SAÚDE, À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICA. Como será demonstrado mais adiante, dois destes motivos encontram-se presentes nesta postulação, justificando o seu deferimento, embora indubitoso que cada um de per si é suficiente à procedência da ordem de suspensão.

Em despachos proferidos em datas relativamente recentes, a Presidência dessa Colenda Corte tem reconhecido o perigo de grave lesão à ordem administrativa, quando se cuida de questões que versam sobre a remuneração de servidores, notadamente como no caso que se discute, em que a execução da decisão increpada importa na concessão de privilégios visivelmente ilegais. Entre outras, destacam-se, as Suspensões de Segurança de nºs 369-1-DF e 474-3/SC, cujas decisões foram publicadas no Diário da Justiça da União de 16 de setembro de 1991 (p. 12607), e 3 de fevereiro de 1992 (p. 370), respectivamente.

Com efeito, a equiparação vencimental de Procuradores Autárquicos, autorizada pelo Acórdão cuja suspensão se pede, com os Procuradores do Estado, além de importar em grave lesão à ordem administrativa pelas conseqüências e implicações que acarretam no ordenamento e estrutura funcional dos órgãos da Administração direta e indireta deste Estado, inegavelmente, configura também grave dano à economia pública amazonense.

O preceito do art. 40, do ADCT da Carta amazonense, é amplo e incondicionado ("Os Procuradores que exercem atividades nas diversas áreas da administração indireta..."), podendo ser invocado pelos procuradores (ou advogados pois, ainda que sem essa denominação, são procuradores) das autarquias, das fundações e empresa públicas, assim como das sociedades de economia mista. Todos esses servidores, animados com o precedente que constitui objeto deste pedido, poderão vir reclamar a equiparação vencimental com os Procuradores do Estado.

Essa possibilidade de o prejuízo do Estado ampliar-se, além dos limites da causa que se discute, tem sido acolhida pela jurisprudência, como configuradora da grave lesão à economia pública, como foi oportunamente realçado nos autos da SUSPENSÃO DE SEGURANÇA nº 174-4-AMAZONAS, requerida ao Colendo Supremo Tribunal Federal, em promoção firmada pelo Ilustre Procurador da República Walter José de Medeiros, e aprovada pelo então Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, nos termos seguintes:

"Na espécie, tal risco não se circunscreve apenas ao caso em apreço, mas ao somatório de interessados, em situação idêntica à da impetrante, como disso faz prova sobeja o requerente, fazendo acostar aos autos a relação dos candidatos reprovados no concurso público, ao lado em número de treze (fls. 17).

Em despachos proferidos em suspensão de segurança, em que deferida liminar a inúmeros contribuintes para desobrigarem-se do recolhimento do empréstimo compulsório na aquisição de veículos, afirmou o Sr. Presidente do Tribunal Federal de Recursos, Min. LAURO LEITÃO, que a ameaça de grave lesão à economia 'não há de ser verificada apenas quanto ao débito em litígio: a compreensão projeta-se no campo do interesse coletivo, sempre superior ao individual, por mais respeitável que este o seja' (SS 5.864, DJ de 28.10.86, pág. 20.482 e segs).

Nos mesmos despachos, de igual teor, ali

transcritos, lembra o seu il. prolator passagem de decisão, em matéria semelhante, do Sr. Ministro NÉRI DA SILVEIRA, quando ocupava a Presidência do TFR, nestes termos:

'Em matéria fiscal, de outra parte, a ameaça de grave lesão à economia pública não há de ser verificada, apenas, quanto ao débito em litígio, mas ainda relativamente às conseqüências imediatas da proliferação de mandados de segurança no mesmo sentido' (DJ de 28.10.86, p. 20.483).

Não há negar, portanto, que a concessão da liminar, na espécie, constitui natural atrativo e até mesmo incentivo seguro a que outros eventuais interessados palmilham a trilha aberta, com grave risco sem dúvida à economia do erário estadual" (Doc. 14, anexo).

DAS CONCLUSÕES

Em conclusão, tem o suplicante como certo que concorrem os pressupostos de admissibilidade e de procedência do presente pedido, a saber:

a) a causa tem por fundamento matéria constitucional, o que, ao teor das disposições do art. 25, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, atribui competência a V. Ex^a. para apreciar e decidir este pedido incidental;

b) estão configurados o risco de grave lesão à ordem administrativa e à economia pública, riscos pelos quais - deve-se registrar, a bem de verdade -, o Estado do Amazonas não se sente responsável. Com efeito, como foi relatado, o Estado propõe ação direta de inconstitucionalidade requerendo a suspensão liminar da vigência desse malsinado dispositivo da sua Carta, pedido que foi recusado, ao argumento de que se tratava de norma meramente programática, dependente de legislação ordinária... Entretanto, com a devida vênia, representava concreta lesividade, que agora se efetiva, com graves transtornos administrativas e econômicas;

Eminente Ministro,

Além de perigoso é totalmente injusto impor ao Estado do

Amazonas esse encargo inconstitucional, mormente quando suas receitas estão em declínio, em consequência do desaquecimento da economia local, de que resultou enorme diminuição da renda pública.

O prejuízo que o Estado vem sofrendo em consequência dos efeitos da decisão que se quer suspender, sobre ser intolerável, é de mais do que incerta ou difícil reparação. Trata-se mesmo de reparação impossível, já que os beneficiários, por ela acobertados, não estão obrigados a devolver o que ilegalmente estão recebendo na hipótese de vir a ser reformada a decisão sob exame.

Lamentavelmente, o risco não enxergado por essa Alta Corte quando do exame do pedido de medida cautelar formulado na ADIn 120-5-AM, concretizou-se mais cedo do que se esperava, e o que é pior, por decisão judicial, com profundo reflexo na ordem administrativa e econômica do Estado do Amazonas, cujo Tesouro, já profundamente afetado pela perversa crise econômico-financeira que assola o País, não pode se dar o luxo de assistir, passivamente, essa evasão inconstitucional de recursos que bem poderiam ser destinados para os setores prioritários da Administração.

Urge, portanto, que se estanquem os prejuízos que vem sofrendo o requerente pela vigência nefasta dessa norma viciada, contendo-se, pela suspensão suplicada, o risco de maior ampliação de sua abrangência, como ficou demonstrado.

Ante ao que ficou exposto e juntando à presente os documentos mencionados, o ESTADO DO AMAZONAS expressa a confiança de V. Ex^a, em acatamento aos jurídicos fundamentos declinados neste pedido, haverá de atendê-lo, ordenando a suspensão da segurança, na forma regimental.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Brasília, em 23 de março de 1992.

PAULO LOBATO TEIXEIRA
Procurador do Estado do Amazonas

EXMO. SR. RELATOR DO ACÓRDÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21 E 33/91
DD. DESEMBARGADOR JOSÉ BAPTISTA VIDAL PESSOA

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito pública interno, representado pelo Procurador do Estado, abaixo-assinado, na forma prevista no Art. 12, I, do CPC, combinado com o Art. 2º, I, da Lei Estadual nº 1.639/83, inscrito na OAB-AM sob nº 836, nos autos dos MANDADOS DE SEGURANÇA nºs 21 e 33/91, impetrados por MARIA ELIZABETE MORAES e outros contra o ato do Exmo Sr. Presidente do Tribunal Pleno do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS, vem mui respeitosamente perante Vossa Excelência, no prazo legal, interpor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com fulcro no Art. 543, incisos I e II, do Código de Processo Civil, pelos motivos abaixo alinhados:

1. TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS

O acórdão recorrido foi publicado no Diário da Justiça-AM de 15.05.92, que circulou no dia 18.05.92, e a partir desta última data começou a fluir o prazo para oposição de Embargos de Declaração e para o Recurso, conforme consagrada jurisprudência, reiterada no seguinte Acórdão:

"EMENTA: Agravo de Instrumento Intimação via Diário da Justiça. Circulação. Prazo para interposição de recurso.

O prazo recursal começa a fluir da data da circulação do Diário da Justiça do Estado. Recurso conhecido e provido" (AI 22/90, in DJ-AM de 22.05.91, relator Des. Manoel

Neuzimar Pinheiro).

O Estado do Amazonas vem interpor os presentes Embargos de Declaração, nos termos do Art. 536 e 188 do C.P.C., no prazo de dez dias, ficando, assim, suspenso o prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC).

2. DAS RAZÕES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

2.1 O Acórdão embargado tem o seguinte conteúdo:

"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA
- Retirada de percentual remuneratório concedido a servidor público, somente pode ser efetuada depois de percorrido o "due process of law".

- Segurança deferida, por maioria

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores componentes do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas em sua composição Plenária, por maioria de votos, **em conceder a segurança requerida**, sem prejuízo do devido processo legal, onde **sejam assegurados aos impetrantes o contraditório e a ampla defesa**" - grifamos.

Os Fundamentos da decisão são os seguintes:

"...entendo que o Tribunal de Contas ao retirar o percentual de 81%, pertinente ao pagamento remuneratório dos Impetrantes violou os incisos LXV e LV, do art. 5º, inculpidos sobranceiramente na Lei Maior...

...

O conceito de DEVIDO PROCESSO LEGAL há de analisar-se não só à luz dos processos judiciais, mas também levando-se em conta **os atos processuais administrativos**, com base na filosofia e nos princípios constitucionais e na vigência

universal garantidora dos direitos da sociedade, sem desmembrar-se do direito processual, consubstanciado nos princípios da legalidade, da ampla defesa, da presunção de inocência, da igualdade, adequados aos Tratados Internacionais relativos aos direitos humanos.

...

A ótica por mim desenvolvida, aqui, não vai direta ao problema das equiparações salariais, porque essas questões deveriam ser analisadas, pelo Tribunal de Contas do Estado, no processo legal, que tem prevalência, por imposição Constitucional, a todas as matérias, não importando suas peculiaridades" - grifamos.

2.2 Em primeiro lugar, ressalte-se que o FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO não guarda sintonia com o FUNDAMENTO DO PEDIDO, pois **o ato administrativo** de supressão dos 81% no mês seguinte ao da concessão, **não é ato administrativo processual** - no qual tem de haver o contraditório e a ampla defesa.

Trata-se de ato administrativo puro e simples e não de ato administrativo processual do Tribunal de Contas, pelo qual corrigiu irregularidade, agindo dentro do controle interno dos seus próprios atos e não como órgão responsável pelo controle externo da administração.

A prova de que é um ato administrativo, dentro do controle interno do Tribunal de Contas, está no documento de fls. 89.

Por isso, **em nenhum momento, os impetrantes alegaram ou citaram como fundamento do seu pedido, o fato de que teria ocorrido um processo administrativo**, no qual lhes fora assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Tanto isso é verdade, que **não há qualquer menção na petição inicial ao Art. 5º, incisos LXV e LV, da CF/88, utilizados como fundamento do acórdão embargado**, e sim pleitearam com fundamento no Art. 37 da CF/88, que trata da irredutibilidade de vencimentos e ao Art. 109, XIV, da Constituição Estadual, que trata da mesma matéria.

O que se discutiu no Mandado de Segurança é coerente, porque o devido processo legal exige tão-somente que o ato seja justificado e porque não existe melhor DEVIDO PROCESSO LEGAL que o processo judicial, NEM MELHOR CONTRADITÓRIO, COM

AMPLA DEFESA, que o estabelecido neste processo.

VERIFICA-SE, POIS, QUE HÁ UMA CONTRADIÇÃO (Art. 543, I, do CPC), ENTRE O FUNDAMENTO DO PEDIDO E O FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO A JUSTIFICAR UMA DECLARAÇÃO DO TRIBUNAL, PARA DIZER SE ENTENDEU QUE O ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS, EM RELAÇÃO AOS SEUS FUNCIONÁRIOS, É UM ATO ADMINISTRATIVO, DENTRO DO CONTROLE INTERNO, OU DIZER SE ENTENDE QUE TAL ATO SOMENTE PODE OCORRER DENTRO DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO, COM AMPLA DEFESA.

2.3. O FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO, TAMBÉM, NÃO SE HARMONIZA COM O CONTEÚDO DAS INFORMAÇÕES E DA DEFESA DO LITISCONSORTE, porque sendo o fundamento jurídico do pedido de segurança a irredutibilidade salarial, a defesa foi para demonstrar que o ATO ADMINISTRATIVO do Tribunal de Contas estava correto, porque o reajuste de 81% fora pago durante 1 mês, sem a existência de lei criando isonomia e sim com base em vinculação de vencimentos, o que é vedado pelo Art. 37, XIII, da CF/88.

Sendo um reajuste ilegal e inconstitucional, a Administração do Tribunal de Contas, porque agia como administrador e não como órgão controlador e fiscalizador do restante da administração pública, em obediência ao Art. 37 "caput" da CF/88, controlou seus próprios atos em toda a sua plenitude (HELY LOPES MEIRELLES, in Direito Administrativo Brasileiro, pág. 177).

Por ser um ATO ADMINISTRATIVO, relacionado aos próprios funcionários do Tribunal de Contas e NÃO UM PROCESSO ADMINISTRATIVO, para controlar outros órgãos da Administração, aplica-se a SÚMULA Nº 473 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *in verbis*:

"SÚMULA 473 - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Por aí se vê que, em sendo o reajuste de 81% ato administrativo do Tribunal de Contas do Estado, e constatado, no mês seguinte, os vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade que o

contaminam, outro caminho não restava à Administração senão anulá-la, como efetivamente anulou, não subsistindo qualquer direito aos Impetrantes.

CONSTATA-SE, ASSIM, QUE O ACÓRDÃO EMBARGADO OMITIU-SE SOBRE PONTO SOBRE O QUAL DEVERIA PRONUNCIAR-SE (Art. 543, II, do CP), JUSTIFICANDO OS EMBARGOS, PARA QUE O TRIBUNAL SE MANIFESTE SOBRE O ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA 473 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE TRATAM DO DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO DE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS ILEGAIS OU INCONSTITUCIONAIS, OU SE ENTENDE QUE PARA ANULAR O ATO ADMINISTRATIVO EXIGE-SE O DEVIDO PROCESSO LEGAL, COM CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Omitiu-se, ainda, sobre as demais matérias de direito constantes da defesa.

3. REQUERIMENTO

Requer, ao final, o Embargante a Vossas Excelências que sejam os presentes Embargos de Declaração conhecidos e providos, para que o Egrégio Tribunal Pleno se pronuncie sobre a **contradição** existente entre o fundamento do pedido e o fundamento do acórdão embargado, bem como sobre a **omissão** quanto ao princípio insculpido no Art. 37 da CF/88 e Súmula 473 do STF e, ainda, se manifeste sobre a inexistência de lei criando isonomia, sobre a vinculação de vencimento e a existência ou não de direito líquido e certo, matérias essas todas suscitadas pelo Embargante em sua defesa.

Termos em que,
P. Deferimento.

Manaus, 27 de maio de 1992

VANIAS BATISTA DE MENDONÇA
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O ESTADO DO AMAZONAS, anteriormente qualificado nos autos da SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 487-5-AM, que aforou perante essa Colenda Corte, em obediência à intimação ordenada por Vossa Excelência, vem, dentro do prazo regimental, manifestar-se sobre o AGRAVO REGIMENTAL interposto por EURÍPEDES FERREIRA LINS, MÁRIO JOSÉ LUIZ GAZEL SENA, WALDER DE MENEZES CALDAS e ADHERBAL ANDRADE DE MENEZES, o que passa a fazer nos termos e sob os seguintes fundamentos:

QUESTÃO ÉTICA

Não somente as normas reguladoras da atividade profissional, constantes do Código de Ética e do Estatuto do Advogado, impõem o dever da discussão da causa com elevação e urbanidade, mas o próprio Código de Processo Civil é expresso nesse sentido, inclusive cometendo ao magistrado o dever de advertência e de mandar riscar as expressões injuriosas lançadas os seus escritos apresentados nos autos, como claramente dispõem os seus artigos 15 e 446.

É lamentável que se tenha de fazer esse registro, mas é importante que seja procedido, pois é indubitoso que a cogência das normas sob exame também se estende às causas e recursos formulados perante essa Corte Suprema. Além disso, nem o Estado do Amazonas, nem o seu Órgão de representação estão obrigados a calar, aceitando pelo silêncio as ofensas que lhe foram irrogadas

na lide que se debate.

A leitura da petição do recurso que se impugna revela claramente que, ao invés de demonstrar a ocorrência de prejuízo e de formular razões jurídicas que lhe prestassem fundamento, em obediência ao comando contido no art. 317 e seu § 1º, do RISTF, baixando grosseiramente o nível da discussão, o agravo afastou-se do debate das teses jurídicas travadas no processo, preferindo o campo das agressões pessoais, passando a irrogar ofensas, insultos e provocações injustas, inaceitáveis e descabidos, tanto ao Órgão estatal como a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas e aos seus integrantes. Assim, são de indistigável teor ofensivo e até de colorido injurioso, entre outras, as seguintes expressões usadas na peça recursal:

a) "falaz argumento", que significa argumento enganador, fraudulento;

b) "questão particular", 'sendo mais realista do que o rei', "passou a interferir junto ao Órgão de cumprimento da decisão, obstaculizando a sua implementação", além de atribuir um comportamento mesquinho à Procuradoria Geral do Estado, imputa a seus membros haverem aconselhado a **desobediência** a decisão judicial;

c) "dele recebendo (do novo Governador) a Procuradoria Geral do Estado recomendações para recorrer da referida decisão", insinuando que a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas só interpôs os recursos mencionados em razão da ordem dada pelo Governador, que em outras circunstâncias assim não procederia (embora fosse seu dever). Ou seja, que é um órgão de mera aparência, sem independência, que faz o que lhe é "recomendado";

d) "insinuações maledicentes... outro escopo não teve, senão o de levantar suspeitas infundadas contra o Tribunal de Justiça...". Quer o recurso, aí, afirmar que a Procuradoria Geral do Estado não pretendeu com a interposição dos recursos extraordinário e especial apenas reformar a decisão recorrida, mas atingir o Tribunal de Justiça local. (Aliás, constata-me, nesse passo, uma visão muito estreita, muito mesquinha, do uso da cadeia recursal pelas pessoas inconformadas com a prestação jurisdicional de primeiro grau, ou, como é o caso, com o último ou o único pronunciamento ordinário);

e) "ranso (sic) preconceituoso". Ranço (e não ranso) preconceituoso, aí, quer significar comportamento mesquinho, estreito, antiquado.

Observa-se, por oportuno, que, na procuração acostada às

fls. 137, os agravantes não outorgaram poderes aos seus patronos para ofenderem ou injuriarem a parte contrária ou seus Procuradores, nem, entre as atribuições contidas na cláusula ad judicium, se compreende tal cometimento. Aliás, o próprio Código de Processo Penal, ao disciplinar a outorga de procuração para o exercício da ação penal, exige que do instrumento conste poderes especiais. Não há dúvida, por esse ângulo, de que os patronos dos agravantes desbordaram dos poderes que lhe foram conferidas.

Pelos motivos expostos nesta questão preliminar, o Estado do Amazonas requer a Vossa Excelência que mande riscar as mencionadas expressões ofensivas contidas na peça recursal.

DA IMPROCEDÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO

Na verdade, o comportamento deselegante e ofensivo, adotado na petição de agravo regimental traduz apenas a total ausência de fundamentos que justificassem o pedido de reforma da decisão proferida por Vossa Excelência: faltando-lhes argumentos para embasar as razões recursais, os patronos dos agravantes, abusando lamentavelmente dos poderes que lhe foram outorgados, resolveram ferir a ética, sem qualquer respeito a essa Suprema Casa da Justiça.

Lembra o Estado do Amazonas que a decisão, objeto do agravo regimental que se impugna, foi a proferida por Vossa Excelência nos autos sob referência, com o seguinte teor:

"Adotando a exposição, a fundamentação e a conclusão do parecer da Procuradoria Geral da República, defiro o requerimento de suspensão da execução do v. acórdão referido na inicial, até que seja mantido pelo Supremo Tribunal Federal, ou transite em julgado (§ 3º do art. 297 do R.I.S.T.F.)."

Ora, a fundamentação esposada no parecer da Douta Procuradoria Geral da República foi a seguinte:

"De outra parte, a lata abrangência da disposição transitória da Constituição estadual em que se funda a impetração é, por si, demonstrativa do risco que ocorre a economia pública, se vier a ser aplicada tal norma, antes de ser definitivamente dirimida a questão referente à sua constitucionalidade.

Assim, está presente o único requisito exigido pelo art. 4º da Lei nº 4.348/64, para autorizar a suspensão de segurança, ou seja, o perigo de GRAVE LESÃO aos valores que quis proteger" (fls. 118, dos autos).

Sempre em tom desrespeitoso, a petição de agravo investe contra essa fundamentação, nos termos seguintes:

"São risíveis, para se dizer o mínimo, as afirmações do recorrido, de que o tratamento isonômico deferido pelo Tribunal de Justiça do Amazonas a quatro servidores aposentados, tenha causado grave lesão à ordem administrativa e à economia do Estado. Muito pelo contrário. A decisão foi aceita e cumprida sem que a insignificância do dispêndio decorrente do plus, tivesse qualquer repercussão na ordem reinante no serviço público e nas finanças estaduais" (fls. 134).

E, mais adiante, refutando que a lata abrangência do dispositivo configure risco para a economia pública:

"... à uma, porque a decisão impugnada só produz efeitos entre as partes envolvidas no processo não beneficiando nem prejudicando terceiros que não integraram a relação processual, à duas, porque o preceito em questão não foi declarado inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, sendo, portanto, oponível a todos, erga omnes, como já foi realçado" (fls. 135).

A questão da aceitação" da decisão proferida no mandado de segurança - objeto da suspensão de segurança deferida por Vossa Excelência -, que a petição de agravo levanta como possível fundamento de reforma do despacho recorrido, já havia sido levantada por oportunidade da interposição do recurso especial e foi muito bem enfrentada e resolvida pela decisão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Estado do Amazonas, junto ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, nos seguintes termos:

"Trata-se de agravo de instrumento contra inadmissão (fls. 106/107) de recurso especial (fls. 83/100), baseada em não ter havido ofensa à lei federal e em o Governador do Amazonas haver tacitamente aceito a decisão (com arrimo no art. 503 do Código de Processo Civil).

Ao afirmar que não houve a afronta ao direito federal, contudo, a decisão hostilizada indevidamente adentrou o âmbito de competência deste Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe, por preceito constitucional, deslindar o mérito do recurso especial.

Quanto ao predito artigo 503, é controvertido se teria mesmo aplicação à sucumbência da Fazenda Pública. É ainda possível, como observa a petição do agravo, que a suposta renúncia tenha sido do Governador, não do Estado do Amazonas, que, este sim, recorreu e não é representado em juízo pelo primeiro, mas pelos Procuradores do Estado.

É a hipótese extremamente complexa, envolvendo, talvez, nulidade processual em detrimento do Estado" (Diário da Justiça da União de 6 de maio de 1992, p. 6100).

Quanto à alegação de que "a decisão impugnada só produz efeitos entre as partes envolvidas no processo" é totalmente impertinente, pois não foi nesta hipótese que se estribou a decisão agravada. Foi, sim, na possibilidade de terceiros interessados - estimulados pelo precedente - também virem a juízo obter as vantagens decorrentes da vigência de um dispositivo ostensivamente contrário à Constituição Federal. Isto, sim, constitui grave risco à economia pública, como tem entendido a jurisprudência dessa Colenda Corte de Justiça em vários julgados, confirmando posição firmada há muitos anos, inclusive seguida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, como consta de transcrições feitas na petição inicial da suspensão de segurança.

Por outro lado, o fato de o preceito da Constituição estadual ainda não ter sido declarado inconstitucional, em ação direta aforada

perante o Supremo Tribunal Federal, não o escoima da eiva desse vício, nem impede que seja objeto da argüição indireta - como ocorreu no caso que se discute -, não existindo nenhuma norma legal que proíba que a segurança concedida com base nesse dispositivo viciado seja SUSPENSA por decisão de Vossa Excelência.

Também não constitui óbice à permanência da r. decisão de V. Exa., ou seja, do despacho suspensivo da segurança, o fato de essa Eg. Corte haver negado a reiteração do pedido da medida cautelar formulado pelo Estado do Amazonas na ADIN 120-5, cujo mérito pende de julgamento.

Vale ressaltar, Excelência, que ao tempo da promulgação da Constituição Estadual que equiparou os Procuradores da Administração Indireta aos Procuradores do Estado, bem como a quando da edição da Lei estadual nº 1.936, de 21.12.89, outro era o Governo do Estado do Amazonas, que irresponsavelmente "deu causa a essa situação, tanto que não se insurgiu contra a edição da Lei-Estadual nº 1.936, de 20.12.89, que é posterior a decisão do Col. S.T.F." (petição de fls. 185/188, dos Agravantes).

Porém, nada impede, agora, por imperativo de defesa do Erário e obediência ao ordenamento constitucional (CF. art. 37, XIII e 39, § 1º) que se afasta a aplicação dos preceitos inconstitucionais em que se embasou o Tribunal local para conceder a segurança em favor dos Agravantes. Ao revés, em obséquio à supremacia dos princípios e preceitos da Carta Magna é imperioso que essa Suprema Corte não permita a execução da segurança concedida, contra a qual foram oportunamente interpostos os recursos especial e extraordinário, os quais, sem dúvida, haverão de merecer provimento.

Data máxima venia, é patente a grave lesão às finanças do Estado em decorrência da decisão do Tribunal do Amazonas, não só porque assegura pagamento indevido aos Agravados, beneficiários de equiparação prosrita pela Lei Maior, como porque abriu perigoso precedente, estimulando a que dezenas de Procuradores da Administração Estadual Indireta postulassem, como efetivamente aconteceu, o reconhecimento judicial de situação idêntica à dos Agravantes.

Mesmo que fosse apenas um o beneficiário das normas increpadas, mesmo assim o Estado não estaria obrigado a suportar o dispêndio, porque decorrente de norma inconstitucional. Os Agravantes são apenas quatro, porém integrantes de um universo de mais de cem Procuradores da Administração Indireta, muitos dos quais já estão exigindo, judicialmente, o mesmo tratamento conce-

dido aos Procuradores Autárquicos.

Do exame que se acaba de proceder extrai-se a convicção de que são totalmente improcedentes as alegações apresentadas nas razões recursais, confiando o Estado do Amazonas que, por este motivo, esse Colendo Tribunal negue provimento ao agravo, confirmando a V. Decisão proferida por Vossa Excelência.

Manaus(AM), 11 de novembro de 1992

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado do Amazonas

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio do Procurador do Estado que adiante assina, com atribuições na Portaria nº 090/89-GPGE, publicada no Diário Oficial de 14 de agosto de 1989, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa. CONTESTAR os termos da AÇÃO RECLAMATÓRIA TRABALHISTA que lhe promove, nesse Juízo e Cartório, o Sr. PDERO CARNEIRO DE ARAÚJO, qualificado na petição inicial, pelos motivos de fato e de direito adiante alinhados:

I - DO PEDIDO

Pelo que se depreende da exordial, todos os pleitos da requerente advém da Política Salarial instituída pelo Governo Federal, através dos Decretos-Leis nºs 2.284/86, 2.302/86, 2.335/87 e Leis nºs 7.730/89, 7.788/89 e 8.030/90.

Alega o requerente, fundamentando sua pretensão, que fora admitido pelo Regime Estatutário e que as modificações da política salarial adotada pelo Governo Federal resultam sempre em perdas salariais, o que afronta os princípios do direito adquirido e da irredutibilidade salarial.

Dessa forma, o requerente pleiteia.

a) 20% de reajuste salarial, a partir de julho/87, parcelas vencidas e vincendas até a definitiva incorporação ao salário, bem como sua integração às férias 87/88, 89/90, e

- vincendas e sobre o 13º salário de 1987, 1988, 1989;
- b) pagamento dos reflexos financeiros decorrentes do congelamento das URP'S nos meses de abril e maio/88, com repercussões sobre o 13º salário, férias e FGTS, bem como das demais vantagens salariais devidas no período do congelamento;
- c) 26,05% de reajuste salarial a partir de fevereiro/89, parcelas vencidas e vincendas, até definitiva incorporação ao salário, e respectivas diferenças sobre as férias 88/89, 13º Salário 89, vincendas e vantagens pessoais;
- d) 84,32 de reajuste salarial, a partir de abril/90, a título de reposição salarial - com base em índice do IPC, com reflexos sobre as férias vencidas, 13º salário;
- e) FGTS sobre todas as parcelas pleiteadas;
- f) aplicação do art. 467, da CLT, o pagamento em dobro sobre as salariais concernentes aos "gatilhos" salariais e resíduos infracionais, caso as diferenças não venham a ser depositadas na audiência inaugural.

II - MÉRITO

INCONSTITUCIONALIDADE DO PEDIDO

O autor ingressou no serviço público estadual, em 09 de junho de 1961, para exercer interinamente o cargo de Guarda-Civil.

Apesar do requerente haver ingressado no serviço público estadual de modo precário, pelo Decreto nº 2.074, de 07 de fevereiro de 1974 foi enquadrado no regime estatutário no cargo de Escrivão de Polícia, 2ª Classe e, hoje, exerce o cargo de Oficial Escrevente, 1ª Classe, no qual foi aproveitado pelo Decreto datado de 07 de dezembro de 1989, conforme está demonstrado em sua ficha funcional em anexo.

Tal condição de funcionário público do requerente foi reconhecida pelo Exmo. Juiz Presidente da 9ª J.C.J., motivo pelo

qual acolheu a exceção de incompetência argüida pelo Estado e determinou, via de consequência, a remessa dos presentes autos à essa Justiça Estadual.

Observa-se que o autor pretende ver aplicado em seus vencimentos os índices de reajustes conferidas pelo Governo Federal aos seus servidores.

Objetivamente, a Legislação Federal pertinente a política salarial, mencionada pelo requerente, como fundamento de seu pedido, foi promulgada e publicada a partir de 1986, quando ele já era funcionário público estadual, regido pelo Estatuto dos Funcionários Civis do Estado e, sendo assim, tais normas a ele não se aplicam face, inclusive, em decorrência do princípio da autonomia do Estado, previsto tanto na antiga Constituição Federal quando na atual Carta Magna.

É evidente que a concessão de reajuste automático de vencimento de funcionários públicos estaduais, quando em vigor a antiga Carta Federal afrontava o princípio da autonomia do Estado, previsto no art. 13, bem como o art. 65 e 200, os art. 60 e 61 por alterar a lei orçamentária já votada e em plena vigência e o art. 98, parágrafo único, que vedava a vinculação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público.

Por outro lado, quando da promulgação do atual Texto Supremo permanece igualmente inconstitucional a concessão de reajustes aos servidores públicos estaduais, instituídos através de legislação federal, posto que viola frontalmente os arts. 18 e 25 que asseguram autonomia aos Estados federais, bem como sua organização e regência pela Constituição e leis que adotarem, observado tão-somente os princípios constitucionais inseridos na Carta Magna.

Entende-se, portanto, que o autor não tem razão na sua postulação, visto que está vinculado ao Estado por força do regime estatutário, condição de servidor público, pelo que nunca teve seus vencimentos reajustados pela política salarial do Governo Federal.

Observa-se, nesse passo, que o autor não pode alegar perdas salariais com fundamento nas legislações que enumera, porquanto a majoração de seus vencimentos sempre seguiu os índices fixados pelo próprio Governo do Estado do Amazonas.

Conseqüentemente, desfrutam os Estados-membros de competência para organizar seu funcionalismo, com base no princípio da autonomia assegurado no art. 18 da Constituição Federal.

Assim, cabe unicamente ao Estado fixar diretrizes para a política remuneratória de seu pessoal, visto que as normas federais, na espécie, não alcançam os funcionários estaduais, nem dos

Estados podem atingir os funcionários da União, porque as competências são estanques e incomunicáveis.

Dessa forma, temos por indiscutível que, cabe a cada Estado Federado disciplinar por legislação própria e de acordo com seus recursos orçamentários a política salarial de seus servidores, até porque se contrário fosse indubitavelmente os Estados estariam sempre atrelados ao Governo Federal, o que implicaria na violação do princípio da autonomia estadual.

Aliás, à respeito tem decidido nossos Tribunais que:

"Servidor Público Estadual - Vencimento - Questão afeta a auto organização dos Estados e suas finanças públicas. Matéria reservada no plano legislativo estadual, à exclusiva iniciativa do Governador. (TRT/DF 1ª Região-RO 780/89 Ac. 2ª T. 431/90 - Relator: Juiz Libânio Cardoso - por maioria - publicado no D.O.U. em 17.05.90, pág. 10/03).

É mister ressaltar, que o Decreto-Lei nº 2.335/87, que instituiu a Unidade de Referência de Preços (URP) para reajuste de salários, em seu art. 8º parágrafo 1º, o estendeu apenas para os servidores civis e militares da União e de suas autarquias, não se aplicando, conseqüentemente, aos servidores estaduais dita política salarial, até porque a União, conforme já exaustivamente demonstrado, não possui competência, para aumentar vencimentos dos servidores estaduais.

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 7.730/89, em seu art. 18, parágrafo 1º, exclui taxativamente os servidores públicos civis e militares, inclusive da União, do alcance da referida lei, dispondo que:

"Art. 18 - OMISSIS

§ 1º - Os salários, vencimentos, soldos, proventos e demais remunerações dos servidores civis e militares da União e dos órgãos do Distrito Federal, mantidos por esta, inclusive das autarquias e fundações públicas, inclusive pensões, serão reajustados de acordo com o desempenho das receitas líquidas da União, exceto quando decorrentes de operações de crédito, observado o disposto no art. 38 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias e

demais disposições constitucionais".

Ora, se a Lei Federal retroaludida excluiu do seu campo de aplicação os próprios servidores públicos federais, para os quais a União tem competência legislativa para definir critérios de reajuste salarial, é indubitável que tal norma legal igualmente não alcança os servidores estaduais.

Idêntico raciocínio jurídico há de ser observado para a Lei nº 7.788/89, não extensível aos servidores públicos, acrescido do fato de que a Lei nº 8.030/90, em seu art. 3º, instituiu a livre negociação como critério de reajuste salarial, vedando, em seu art. 1º, por tempo indeterminado, a partir da Medida Provisória nº 154, de 15 de março de 1990, a concessão de quaisquer reajuste de preços, mercadorias e serviços em geral, sem prévia autorização do Ministério da Economia.

Há de se observar, ainda, que todas as Medidas Provisórias editadas após a Lei nº 8.030/90, pertinente a política salarial, também não autorizaram o reajuste automático com base no IPC.

Assim, é evidente que inexistindo no referido período Lei que conceda aumento de vencimentos a servidores públicos, inclusive federais, é vedado ao Poder Judiciário, face ao princípio da independência e harmonia dos poderes, determiná-lo, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal sumulado no verbete nº 339, in verbis:

"Não cabe ao poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia".

Registre-se de outro lado, a recente decisão do **Excelso Pretório**, publicada no D.J.U. de 28.06.91, proferida no Mandado de Segurança nº 21.216-1-DF, cuja ementa abaixo transcrevemos:

MANDADO DE SEGURANÇA contra ato omissivo do Presidente do Supremo Tribunal, em virtude do qual ficaram privados os impetrantes, funcionários da Secretaria da Corte, do reajuste de 84,32% sobre os seus vencimentos, a decorrer da aplicação da Lei nº 7.830, de 28.9.89.

Revogada esta pela Medida Provisória nº 154, de 16.3.90 (convertida na lei nº 8.030/90), antes que se houvessem consumados

os fatos idôneos à aquisição do direito ao reajuste previsto para 1º.4.91, não cabe, no caso, a invocação da garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Pedido indeferido, por maioria.

Por todo exposto, ressaí, ainda, que as parcelas pleiteadas pelo requerente são controversas, razão pela qual não há que se falar na aplicação do art. 467, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ademais, totalmente improcedente a pretensão do requerente de que sobre "parcelas pleiteadas" incida o FGTS, vez que tal instituto somente é aplicável aos empregados celetista e nunca aos funcionários públicos.

III - DA COMPENSAÇÃO

Por último, resta acrescentar que se esse respeitável Juízo entender ser devido algum direito com relação aos reajustes pleiteados pelo reclamante, hipótese absurda, o Estado requer desde já a sua compensação com os aumentos concedidos através de Legislação Estadual e constantes dos comprovantes de pagamento anexos.

Portestando provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, notadamente os documentos apresentados, o Estado requer seja julgada totalmente improcedente a presente Ação, tudo em respeito a fiel observância da Constituição Federal e correta aplicação da Lei, com que V. Ex^a. estará prestigiando a tão almejada.

JUSTIÇA

Termos em que
Pede deferimento.

Manaus, 25 de agosto de 1992

JARI VARGAS
Procurador do Estado do Amazonas

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, através do Procurador do Estado infra-assinado, nos Autos da Apelação Cível nº 32/91, em que foi Apelada, e Apelante GETHAL AMAZONAS S/A - INDÚSTRIA DE MADEIRA COMPENSADA, inconformada com o venerando Acórdão da Colenda 2ª Câmara Cível desse Tribunal, vem, na guarda do prazo legal, com fundamento nas disposições do art. 105, III, alíneas "a" e "c" da vigente Lex Magna, interpor RECURSO ESPECIAL, para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mediante os fundamentos jurídicos a seguir articulados.

1. ADMISSIBILIDADE E PREQUESTIONAMENTO DO RECURSO ESPECIAL

Nos moldes erigidos na Constituição de 1988 e nas normas procedimentais disciplinadas na Lei 8.038/90, vislumbramos, "in casu" admissível o presente Recurso Especial: a uma porque o Acórdão recorrido contrariou Lei Federal (art. 166 do C.T.N.), na medida em que foi reconhecido à Autora/Apelante, ora Recorrida, o direito à restituição, sem a necessária e indispensável prova de que a mesma suportou o encargo financeiro resultante do pagamento do imposto ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizada a recebê-la; a duas, porque decidindo como decidiu, a Egrégia segunda Câmara Civil, divergiu flagrantemente de interpretação consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na Súmula 546, que admita a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte **de jure** não recuperou do contribuinte **de fato** o quantum respectivo.

PRESQUESTIONAMENTO

Ultrapassada a etapa inicial das razões de admissibilidade, cremos não ser tarefa árdua, o passo seguinte, para demonstrarmos concretamente que a questão de direito federal foi efetivamente ventilada no julgamento recorrido.

Temos como indubitosa tal constatação, não só pelas razões expendidas no voto do eminente relator às fls., 100, mas também com apoio na melhor doutrina segundo a qual a contrariedade à lei poderá resultar simplesmente da circunstância de o julgado ter deixado de reconhecer a incidência de norma legal que positivamente incidia. Na medida em que não aplicou o dispositivo que rege a espécie, violou-o, embora a ele não tenha feito qualquer menção. (Recurso no Superior Tribunal de Justiça - Ed. Saraiva, ano 1991, pág. 186).

A particularidade de que cogita o Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira (obra citada), encontra-se presente no caso **sub judice** vez que o Acórdão recorrido deixou de reconhecer a incidência da norma prevista no artigo 166 do Código Tributário Nacional, divergindo, inclusive, da orientação do STF edificada na Súmula 546, antes reportada.

No que circunvolve a necessidade de Embargos declaratórios, exigidos no Enunciado 282 e na Súmula 356, quando omisso o Acórdão recorrido na questão de direito federal prequestionada, temos a observar o seguinte:

No caso em exame, não detectamos omissão no que pertine a questão prequestionada de ilegitimidade **ad causam** porque o Acórdão increpado, adotou como razões de decidir, nesse particular, o entendimento esposado na sentença de Primeiro Grau (fls., 100), que rejeitou à preliminar arguida, portanto, a questão foi apreciada, desnecessário via de consequência Embargos Declaratórios, até porque, cremos já empolgado o devido processo legal.

2. RAZÕES DO RECURSO

Ajuizada Ação Ordinária de Restituição de ICM, a Fazenda Pública, ofereceu contestação sustentando em preliminar ilegitimidade **ad causam** sob o argumento de que o contribuinte **de jure** transferiu ao contribuinte de fato o gravame fiscal, a impossibilitar, por isso mesmo, que aquele que não pagou o imposto possa ser titular do direito subjetivo à repetição do indébito, eis que constituiria locupletamento sem causa.

Aduziu, ainda, calçada no artigo 166 do Código Tributário Nacional e na súmula nº 546 do **Colendo Supremo Tribunal Federal**, a possibilidade de tal restituição desde que o interessado

prove haver assumido o encargo financeiro ou, no caso tê-lo transferido a terceiro, estar por expressamente autorizado a recebê-la.

Perlustrando os autos, não temos notícias de que a Autora tenha feito prova de haver assumido o ônus da Tributação, nem tão pouco apresentado procuração para vindicar direito alheio.

Ao contrário, temos no corpo dos autos às fls., 19 "**usque**" 28 a comprovação efetiva da transferência da imposição tributária, o que aliás é a praxe em tais operações.

Sim, porque basta até mesmo um olhar de soslaio nas Notas Fiscais (fls. 19/28) trazidas à colação para se detectar à toda evidência que o imposto fora calculado por dentro, isto é, destacado o valor da Nota Fiscal, cuja operação de que resulta a saída lhe serve de base de cálculo.

Em síntese apertada, não há como negar que em todas as Notas Fiscais consta o valor da nota (preço da mercadoria), valor do imposto (ICM) e o número do documento de arrecadação (DAR), através do qual o imposto foi recolhido, sem que a autora prove ter assumido o ônus da tributação. *

Examinado o mérito, foi a Ação julgada **improcedente**, conforme notícia o r. veredicto monocrático de fls. 62/65. Inconformada, a Autora recorreu à Superior Instância, sob o argumento de que a r. sentença guerreada fora maculada pelo defeito do julgamento **ultra petita**.

Nas razões do recorrido, inclusive com auxílio do magistrado de **Humberto Theodoro Junior**, foi demonstrado o manifesto equívoco em que se encontrava a Recorrente, vez que só ocorre o defeito da sentença **ultra petita** quando o Juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleitado.

No caso em análise, o pedido da então Autora/Apelante, ora Recorrida foi julgado improcedente, não há, portanto falar-se em julgamento **ultra petita**, sob pena do raciocínio **absurdo**.

Lembrou, ainda, o Recorrido, em suas razões (fls. 84), a necessidade do Tribunal pronunciar-se sobre a preliminar de legitimidade **ad causum**, já questionada na contestação com escopo de calçar eventual recurso especial.

O Acórdão Recorrido, surpreendentemente, em manifesta contradição com o substrato probatório dos autos, rejeitou apreliminar de "**ilegitimidade ad causam**", acolheu a defeituosa e absurda tese do julgamento **ultra petita**, e, por último, mandou fosse a restituição em espécie, diante da impossibilidade do beneficiário utilizar o crédito fiscal por desfrutar de 100% de restituição, contrariando, inclusive, o documento de fls. 14, trazido à colação pela própria Autora, onde prevê o percentual de restituição de 58%, nas operações ali previstas.

Nesse giro, a decisão recorrida revelou a mais não caber, manifesta ofensa à Lei Federal (art. 166 do CTN), posto que só o

titular de direito próprio pode outorgar procuração a advogado para, em Juízo, vindicar direito seu. Na hipótese em análise, entretantes, não provou a Autora/Apelante, ora Recorrida ser titular do direito subjetivo na relação processual que ora se cuida, porquanto o titular de direito subjetivo para intentar ação de repetição de indébito, quando se trata de imposto indireto, como era o ancião ICM, hoje transmutado para ICMS, é a pessoa que suportou o gravame fiscal.

Por isso é que o S.T.F. faz tempo, sumulou:

“Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”.

No recurso Extraordinário nº 61.664, passou a Corte Excelsa a admitir que a regra supra sumulada poderia comportar apreciação em cada caso concreto, bem por isso que sentenciou:

“Em princípio, não se concede a repetição de tributo indireto no pressuposto de que ocasionou o locupletamento indébito do contribuinte de jure. Mas essa regra, consagrada pela Súmula 71, deve ser entendida em caso concreto, pois nem sempre há critério científico para diagnosticar-se esse locupletamento”.

Ao depois, como que a temperar a regra sumulada, o Código Tributário Nacional passou a permitir a restituição de imposto mesmo indireto, desde que o interessado prove haver assumido o gravame financeiro ou estar expressamente autorizado pela pessoa que suportou o encargo tributário.

Dáí estar hoje o art. 166 do CTN, assim vazado:

“A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferências do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.”

Donde se conclui que só pode ser titular de Ação de Repetição de indébito quem:

a) assumiu o encargo relativo do imposto, não tendo transferido o seu valor ou;

b) mesmo não tendo assumido o encargo financeiro relativo ao imposto, por ter transferido o seu valor a terceiro, demonstre estar devidamente autorizado pelo terceiro que suportou o ônus financeiro da transferência do imposto.

Na esteira desse raciocínio, mais tarde sumulou o STF:

546 - "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de fato o quantum respectivo."

A lógica, pois, não permite outra conclusão, senão a de que a Autora/Apelante, ora recorrida não possui legitimidade **ad causam** para vindicar a presente repetição, por uma elementar razão: por não ter provado que suportou o encargo financeiro resultante do pagamento do imposto.

Ora, como a Autora não provou que assumiu o encargo financeiro do imposto e porque não tenha provado que terceiro lhe tenha outorgado poderes para vir em juízo vindicar direito seu, impõe a lógica que a Autora/Apelante, ora recorrida seja considerada carecedora de Ação em virtude de não satisfazer o pressuposto da legitimidade da causa, ausente, portanto, o interesse processual de agir.

À vista de todo o exposto, e, demonstrado o cabimento do presente RECURSO ESPECIAL, pelas alíneas "a" e "c" III do artigo 105 da vigente Constituição Federal, espera a Fazenda Pública do Amazonas a sua admissão para o fim de que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de guardião do direito federal comum, possa melhor apreciá-lo e julgá-lo, mantendo dessa forma a integridade, a autoridade e a uniformidade de interpretação do direito federal, reformado o v. Acórdão recorrido, como medida de irrepreensível.

JUSTIÇA!

Manaus, de maio de 1992

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador do Estado

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, legalmente representado pela Procuradora do Estado infra-assinada, na forma prevista no Art. 12, I, do CPC, combinado com o Art. 2º, I, da Lei Estadual nº 1.639/83, inscrita na OAB-AM sob nº 1.336, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA nº 12/91, impetado por DEUSA HOLANDA CASTELO BRANCO MAUÉS contra o GOVERNADOR DO ESTADO, amparado nas disposições do Art. 28, da Lei nº 8.038, de 28.05.90, vem interpor AGRAVO DE INSTRUMENTO contra o r. despacho de V. Exª que negou seguimento ao Recurso Extraordinário, anteriormente manifestado por este suplicante, sob os fundamentos expendidos no curso desta petição.

I - DOS FATOS E DO DIREITO

O recurso extraordinário fundamentou-se expressamente no Art. 102, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal/88.

Naquela oportunidade, foi demonstrado sobejamente que o v. acórdão recorrido contrariou diversos dispositivos da Carta Magna, nos seguintes termos:

"Este recurso que tem por fundamento matéria constitucional, deve ser apreciado como Recurso Extraordinário, porque a decisão contrária dispositivos expressos da Constituição Federal/88

e concedeu a segurança estribada em Lei Estadual e artigos da Constituição Estadual, desprezando a patente inconstitucionalidade, como se demonstrará adiante.

INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COMPETÊNCIA

O Tribunal de Justiça do Amazonas entendeu que o "reconhecimento de inconstitucionalidade de dispositivos da Carta Estadual é da competência do Supremo Tribunal Federal" (fls. 83), mas estranhamente o fez sob o argumento de "o caminho natural para determinação da pretendida inconstitucionalidade dos arts. 111, § 5ª, e 192, da CE, seria a propositura da ação direta de inconstitucionalidade" (fls. 87).

Desta forma, desconheceu a declaração de inconstitucionalidade por via de exceção ou defesa, que há muito faz parte do nosso patrimônio jurídico.

Por isso, convém relembrar a lição universitária de CELSO RIBIERO BASTOS:

"5.5. Via de Exceção ou Defesa

Ataca o vício de validade da lei no caso concreto (diverso da apreciação em tese), ou seja, a arguição deve-se dar no curso do processo comum.

Qualquer órgão julgante tem competência para conhecer e decidir da inconstitucionalidade.

O objeto da ação não é o próprio vício de validade, mas sim a reparação de um direito lesado ou prevenir a ocorrência desta lesão. O lesado quer subtrair-se dos efeitos da lei considerada inconstitucional. **São meios hábeis: em princípio qualquer ação, mais comumente o mandado de segurança, o habeas corpus e as defesas judiciais.** No processo a questão de inconstitucionalidade é chamada de "incidental" ou "prejudicial" e pode chegar ao Supremo através do recurso ordinário (art. , II, "a" e "b") ou do extraordinário (art. , III, "a", "b" e "c").

A decisão judicial faz coisa julgada apenas entre as partes, não vinculando outras

decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, enquanto a lei não estiver suspensa a sua executoriedade, o que compete ao Senado Federal (art., X)" (in Curso de Direito Constitucional, 12ª ed., 1990, pág. 328) - grifamos.

Quer dizer, ao admitir reconhecimento de inconstitucionalidade apenas através de ação direta de inconstitucionalidade, deixando de fazê-lo por via de exceção ou de defesa, como pugnado neste processo, o **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas negou vigência ao Art. 103, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal, que admitem a declaração de inconstitucionalidade por via de defesa, bem como fez letra morta da finalidade do Art. 52, inciso X, da Carta Magna.**

Não há dúvida que os artigos da Constituição Estadual e os Artigos 31 e 33 da Lei nº 2.071/91 poderiam ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, mas as partes legítimas para propor tal ação estão limitadas àquelas enunciadas no Art. 103 da CF/88, porque dispõem de foro privilegiado - o Supremo Tribunal Federal, restando aos demais apenas o caminho do reconhecimento de inconstitucionalidade pela via de defesa, a ser declarada por qualquer órgão judicante, mas que beneficia apenas aquele que foi parte no processo.

Portanto, o direito de alguns não anula os dos demais, razão pela qual o acordão fere norma constitucional, quando o Tribunal de Justiça não se julga competente para reconhecer a inconstitucionalidade incidental, alegada em Mandado de segurança, aplicando os artigos 31 e 33 da Lei Estadual 2.071, de 04.01.91, flagrantemente inconstitucionais.

AUMENTO DA PENSÃO PLEITEADA SEM CORRESPONDENTE FONTE DE CUSTEIO.

a) Inicialmente, convém transcrever os Artigos da Lei Estadual nº 1.705, de 03.10.85, que o IPASEA - Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Amazonas entende aplicáveis à pensão pretendida pela Impetrante - Recorrida, ou seja, os artigos 31 a 33, verbis:

"Art. 31 - Concede-se o benefício da pensão aos dependentes inscritos do segurado falecido após daver efetuado 12 (doze) con-

tribuições mensais consecutivas.

Art. 32 - A pensão é constituída de uma parcela familiar, correspondente a cinquenta por cento (50%) da média dos doze (12) últimos salários de contribuição do segurado falecido, contados do mês anterior ao do óbito, e de tantas parcelas individuais de dez por cento (10%) do valor dessa média, quantos forem os dependentes inscritos até o máximo de cinco (5).

Art. 83 - O valor da pensão, resultante da soma da parcela familiar e das parcelas individuais, não poderá ser inferior a dois (2/3) do salário mínimo vigente na região" - grifamos.

b) Na esteira do Art. 40, § 5º, da Constituição Federal, o Art. 111, § 7º, da Constituição Estadual/89 reza:

"§ 7º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, ainda que o beneficiário seja também funcionário, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no Art. 109, XXI, desta Constituição".

Em seguida, transcrevem-se os Artigos da Lei nº 2.017, de 04.01.91, regulamentando o citado Art. 111, § 7º, da CE/89, que a Impetrante-Recorrida entende aplicáveis ao seu pedido de pensão e que o IPASEA considera inconstitucionais por aumentarem o benefício, sem a correspondente fonte de custeio, verbis:

"Art. 31 - Por morte do funcionário, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao respectivo salário de contribuição ou proventos, a partir da data do óbito.

§ 1º - A concessão da pensão fica condicionada ao cumprimento do período de carência de 12 (doze) atribuições mensais:

§ 2º - A condição de servidor público do pensionista não impede da percepção do benefício.

Art. 32 - O valor da pensão, fixado na forma

do artigo anterior, será devido em uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor do benefício, mais tantas parcelas individuais quantos forem os dependentes.

Art. 33 - O valor da pensão resultante da soma da parcela familiar e das parcelas individuais, não poderá ser inferior ao vencimento mínimo do servidor público estadual".

c) Não há a menor dúvida de que houve um aumento do benefício que passou **da média dos doze (12) últimos salários-de-contribuição do segurado falecido**, para **"valor correspondente ao respectivo salário de contribuição ou proventos"**.

Igualmente, o limite mínimo que **"não poderá ser inferior a dois (2/3) do salário mínimo vigente na região"** foi aumentado para **"não poderá ser inferior ao vencimento mínimo do servidor público estadual"**.

Porque patente o aumento do benefício, ao ser enviado o projeto de lei (documentos de fls. 65 a 73) que veio a tomar o nº 2.071/91, foram aumentadas as FONTES DE RECEITA, através do aumento do percentual de contribuição de 8,5% (art. 66, inciso II) e do aporte de recursos do Estado do Amazonas, conforme consta do Art. 66, § 1º, que previa:

"Art. 66 - O custeio da Previdência Social será atendida pelas seguintes fontes de receita:

...

II - Contribuição mensal dos segurados obrigatórios não aposentados ou reformados e segurados facultativos, correspondente a 8,5% (oito inteiro e cinco décimos por cento) dos respectivos salários de contribuição.

...

§ 1º - A contribuição do Estado de que trata o item I deste artigo opera-se com a liberação de recursos necessários à cobertura das despesas de pessoal, de administração geral e de eventuais insuficiências financeiras verificadas na execução das atividades

finalísticas do IPASEA".

Considerando que a Assembléia Legislativa não aprovou o aumento da contribuição dos segurados obrigatórios de 8% para 8,5%, o Governador do Estado vetou o § 1º, do Art. 66 que tratava da contribuição do Estado para cobrir eventuais insuficiências financeiras (documentos de fls. 76), de forma que A LEI Nº 2.017/91 FOI SANCIONADA SEM QUALQUER AUMENTO DA FONTE DE CUSTEIO, LOGO DE AUMENTOS DE BENEFÍCIOS SE TORNARAM INCONSTITUCIONAIS, SEGUNDO AS REGRAS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A PREVIDÊNCIA SOCIAL.

INCONSTITUCIONALIDADE DO AUMENTO DO BENEFÍCIO

a) O aumento do benefício acima demonstrado, sem o correspondente aumento de custeio, padece de inconstitucionalidade, por ferir frontalmente o Art. 195, § 5º, da Constituição Federal, ao estatuir:

"ART. 195 -
§ 5º - NENHUM BENEFÍCIO OU SERVIÇO DA SEGURIDADE SOCIAL PODERÁ SER CRIADO, MAJORADO OU ESTENDIDO SEM A CORRESPONDENTE FONTE DE CUSTEIO TOTAL" - grifamos

O IPASEA, no âmbito estadual, equivale ao INSS, no âmbito federal, porque é órgão previdenciário.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 inovou em muito ao criar um capítulo sobre a Seguridade Social (Título VIII, Cap. II), englobando a Saúde, a Previdência e a Assistência Social, logo a previdência social está incluída entre as ações de seguridade social, cujos benefícios não podem ser majorados sem a correspondente fonte de custeio total.

A pensão integra o plano de Previdência Social estadual e, conseqüentemente, aplicam-se-lhe os princípios que regem a previdência social insertos na Carta Magna.

Ao comentar o Art. 195, § 5º, da CF/88, ensina WLADIMIR NOVAES MARTINEZ:

"... é certamente a única disposição previdenciária destinada ao legislador ordinário: este não pode instituir prestação nova, melhorar as existentes ou estendê-las sem

que, em determinado momento, que o dispositivo não especifica, crie as fontes de custeio necessárias. Trata-se de uma técnica eminentemente securitária, de fundo atuarial, tão necessária quanto não explicada.

De precedência do custeio em relação às prestações deriva uma conclusão prática mais importante que a da correlação entre contribuição e benefício, ou seja, situar-se este como parâmetro da medida do fato gerador daquela" (in A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Ed. LTr, pág. 46) - grifamos.

O princípio de que a cada benefício deve corresponder uma fonte de custeio total estava inserido na Constituição Federal/69, razão pela qual o saudoso PONTES DE MIRANDA ensinava:

"Não é válido qualquer ato do poder Executivo, ou Administrativo, do Poder Judiciário, ou mesmo do Poder Legislativo, que crie, aumente, ou estenda o serviço assistencial ou de benefício, sem que haja o fundo para custeio total....

Cumpra, porém, advertir-se que a regra jurídica constitucional do art. 158, § 1º, não se refere só a União; atinge os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios" (Comentários à Constituição de 1967, vol. VI, pág. 248).

Apreciando caso semelhante a este, decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"2. Ao instituírem ambas as leis inquinadas benefícios mais alargados aos segurados da previdência estadual, sem a indicação da correspondente fonte de custeio, incorreram em contrariedade ao parágrafo único do art. 168 da Constituição, aplicável aos Estados, que somente legislam sobre previdência social em caráter supletivo, obedecida sempre a lei federal (artigo 8º, XVII, e,

C.C., parág. único)" (in RTJ vol. 112/979 - RE 1.188-PA, Tribunal Pleno, Rel. Ministro RAFAEL MAYER):

É POSSÍVEL CONCLUIR-SE, DESDE JÁ, QUE A MAJORAÇÃO DA PENSÃO, SEM A CORRESPONDENTE FONTE DE CUSTEIO TOTAL É INCONSTITUCIONAL, PORQUE O CUSTEIO PERCEBER O BENEFÍCIO E ESTE TEM COMO PARÂMETRO A EQUIVALENTE MAJORAÇÃO DO CUSTEIO, O QUE NÃO OCORREU NESTE CASO, EM QUE A LEI Nº 2.071/91 AUMENTOU O BENEFÍCIO DA PENSÃO, MAS NÃO AUMENTOU AS FONTES DE RECEITA.

Quanto aos maléficos desse procedimento, o IPASEA já expôs em sua petição as repercussões financeiras que resultarão na quebra do sistema previdenciário estadual, sendo desnecessário repeti-los aqui.

b) Não se deve esquecer, também, que do conjunto de ações da Seguridade Social, "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196 da CF/88 e "a assistência social será prestada a quem dela necessitar, indepentemente de contribuição" (art. 203 da CF/88), mas "QUALQUER PESSOA PODERÁ PARTICIPAR DOS BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, MEDIANTE CONTRIBUIÇÃO NA FORMA DOS PLANOS PREVIDENCIÁRIOS" (Art. 201, § 1º, CF/88).

Quer dizer, na previdência social existe o princípio da correlatividade entre a Contribuição e o Benefício, decorrente do Art. 201, § 1º, da CF/88, e aí é que fica patente a inconstitucionalidade dos Artigos 111, § 5º e do Art. 192, ambos da Constituição do Estado do Amazonas, quando rezam:

"Art. 111 - ...

§ 5º - Os pensionistas e servidores públicos estaduais e municipais, civis e militares quando aposentados ou reformados, não estarão sujeitos ao pagamento da contribuição previdenciária de que trata o art. 142, IV, desta Constituição.

"Art. 192 - O Estado e os Municípios deverão instituir planos e programas de previdência social para os seus servidores, ativos e inativos, mediante contribuição dos beneficiários ativos, obedecidas as diretrizes constitucionais" - grifamos.

Inexistindo contribuição dos inativos, não pode existir benefício em favor de seus herdeiros, tal qual a pensão pretendida pela esposa de funcionário aposentado, porque o princípio da correlatividade entre contribuição e benefício foi desprezado, ferindo o Art. 201, § 1º, da CF/88, que somente admite benefício mediante contribuição.

É verdade que o funcionário antes de aposentar-se realizou contribuições mas ele usufruiu do correspondente benefício da aposentadoria, enquanto vivo.

Não é demais lembrar que essas modificações da Constituição Estadual e da Lei Estadual, em relação às diretrizes da Carta Magna são inaceitáveis, diante da competência privativa da União para legislar sobre seguridade social, segundo determinação expressa do Art. 22, inciso XXIII, da CF/88.

Quando muito, o Estado pode legislar suplementarmente, firmado na faculdade inserta no Art. 24, XI e § 2º, da CF/88, não contrariando as normas gerais estabelecidas pela União e jamais infringindo qualquer dispositivo da Constituição Federal.

Ao dispensar o esposo da Impetrante de contribuição para a previdência, os Artigos 111, § 5º e 192 da Constituição Federal afrontaram o Art. 201, § 1º, da CF/88 e legislaram ferindo a competência da União, prevista no Art. 22, inciso XXIII, da CF/88, inconstitucionalidade essa que foi rejeitada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Amazonas, mas que deve ser declarada pelo colendo Tribunal Federal.

Relembrando as palavras objetivas do grande Francisco Campos "uma lei inconstitucional não é lei; nem poderá ser, jamais, como tal considerada. Ela era o que é e continuará a ser, isto é, coisa nenhuma em Direito, antes e depois da delcaração de sua inconstitucionalidade" (in Direito Constitucional, vol. I, p. 440)" - (fim da transcrição).

II - DAS RAZÕES DA REFORMA DA DECISÃO

O respeitável despacho agravado, prolatado por V. Exª, ao apreciar os Recursos Extraordinários pelo Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Amazonas e pelo ESTADO DO AMAZONAS, em petições distintas, admitiu, com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, o Recurso Extraordinário interposto pelo referido instituto e negou seguimento ao interposto pelo Estado do Amazonas.

Foi decisão prolatada por V. Exª. tem a seguinte fundamen-

tação:

"De ambas as razões recursos, afigura-se-me demonstrada apenas a negativa de vigência do art. 97 da Constituição Federal, que permite a qualquer Tribunal, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, em face da Constituição Federal, por via de exceção ou defesa, "incidentar tantum", inter-partes e intra-processo, ficando a Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela via concentrada ou principal, a cargo do Supremo Tribunal Federal, com exclusividade (art. 103 da CF).

Destarte, tendo havido arguição de inconstitucionalidade de dispositivos de lei e da Constituição do Estado do Amazonas, em que se arrima a Impetrante, ora recorrida, nas objeções apresentadas pelo litisconsorte da autoridade impetrado (o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Amazonas), deveria este Tribunal ter-se pronunciado, por primeiro sobre o incidente, e, só após, afastada a alegação da eiva, examinar o mérito da causa" - grifamos.

Note-se que o despacho retro transcrito reconhece que o Estado do Amazonas, em suas razões do recurso extraordinário, também alegou e efetivamente demonstrou que o v. acordão recorrido afrontara o Texto Supremo ao deixar de reconhecer a competência desse Egrégio Tribunal de Justiça para apreciar a alegação de inconstitucionalidade incidental ou por via de defesa, suscitada no presente Mandado de Segurança.

Entretanto, admite apenas o Recurso Extraordinário interposto pelo IPASEA, negando seguimento ao do Estado do Amazonas.

Ressalte-se, outrossim, que o Estado do Amazonas passou a integrar a lide tão-somente quando da interposição do Recurso Extraordinário, vez que as informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora.

Entretanto, "como pessoa jurídica de direito público afetada pela concessão do writ" e, portanto, "parte legítima para recorrer",

consoante reiteradas decisões de nossos Tribunais, interpôs o Recurso Extraordinário, ocasião em que demonstrou que o v. acordão recorrido contrariou diversos dispositivos constitucionais, dentre os quais o art. 97, da Carta Magna.

Ademais, o fato do recurso extraordinário não ter feito expressa referência ao art. 97 supra mencionado, não retira a validade da questão constitucional suscitada pelo Estado do Amazonas, considerando inclusive recentes manifestações pretorianas do S.T.F. no sentido de "que a Súmula 282 (que reclama o prequestionamento) "só exige haja sido ventilado na decisão recorrida o temo de direito federal, não mencionando ser indispensável a precisa indicação dos dispositivos questionados" (DJU de 09.06.89), conforme notícia RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, in Recurso Extraordinário e Recurso Especial, Ed. Rev. dos Tribunais, pág. 124.

Destarte, resta evidenciada inexistirem razões jurídicas que justifiquem a não admissão do Recurso Extraordinário interposto pelo Estado e que tratou, também, da matéria (sob o título - INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE A COMPETÊNCIA) que serviu de fundamento para admissão do recurso litisconsorte.

Ademais, o v. acordão recorrido ao deferir à Impetrante a pensão pleiteada, com respaldo em dispositivos manifestamente inconstitucionais, constantes da Constituição do Estado e da Lei Estadual nº 2.071, de 04.01.91, não só afrontou o Art. 97 da Carta Magna, como também os Arts. 195, § 5º, 201, § 1º, 22, inciso XXIII e 24, § 2º, conforme sobejamente demonstrado nas razões do Recurso Extraordinário retro-transcritas.

Diante do exposto, o Agravante confia que Vossa Excelência haverá de acolher este recurso e, usando o poder de retratação que lhe é outorgado por lei, haverá de reformar o r. despacho agravado para, em consequência, admitir a interposição do Recurso Extraordinário interposto e, caso assim não entenda, pede-se que receba este Agravo e se digne em ordenar a formação do respectivo instrumento, com a transladação das peças a seguir indicadas:

- a) petição inicial da ação - fls. 02 a 09 dos autos;
- b) a Lei nº 2.071, de 04.01.91, D.O.E. de 04.01.91 - fls. 21 a 24 dos autos;
- c) as informações da autoridade impetrada - fls. 29 a 33 dos autos;
- d) a contestação do IPASEA - fls. 34 a 57;
- e) projeto de lei que altera dispositivos da Lei nº 1.543, de 16.08.82 - fls. 65 a 75;
- f) veto parcial do projeto de lei retro-aludido;

- g) o Acordão de fls. 83 a 88;
- h) a petição de recurso extraordinário interposto pelo IPASEA - fls. 93 a 126;
- i) a petição de recurso extraordinário interposto pelo Estado - fls. 151 a 163;
- j) o despacho agravado - fls. 176 dos autos.

Termos em que,

P. Deferimento.

Manaus, 13 de novembro de 1992

SUELY MARIA VIEIRA BARBIRATO
Procuradora do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, por sua Procuradoria Geral, sediada nesta Capital, na Rua Ferreira Pena, 366, Centro através do Procurador subfirmado, pretendendo intervir, assistindo à SOCIEDADE HABITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS - SHAM, nos autos da AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE (Proc. nº 109/91) que lhe move MINERAÇÃO ITAETÉ Ltda., vem com fundamento nos arts. 183, 195 e 196, do Código de Processo Civil, requerer a V. Exª., a intimação pessoal do ilustre advogado *ex-adverso*, DR. JURANDIR ALMEIDA DE TOLEDO, para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, restituir os autos da referida Ação, bem como do Agravo de Instrumento interposto contra o r. despacho concessivo de medida liminar de manutenção em favor da Autora, os quais retirou de Cartório, sob protocolo, no dia 29 de junho do corrente ano, mandando V. Exª. riscar o que neles houver escrito ou desentranhar as alegações e documentos que produzir, visto que se houver com evidente excesso de prazo para a prática do ato objeto da vista.

Caso o ilustre causídico não atenda à ordem judicial, como já feito, requer, desde logo, lhe seja aplicada a penalidade de que cogita o art. 196, do CPC, oficiando-se à Ordem dos Advogados do Brasil, Seção amazonense, para instaurar o competente processo disciplinar, sem prejuízo, ainda, da busca e apreensão dos mencionados autos.

P. Deferimento

Manaus (AM), 22 de outubro de 1992

JOÃO BOSCO DANTAS NUNES
Procurador do Estado

EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 13/92.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, por sua Procuradoria Geral, sediada na Rua Ferreira Pena, 366, Centro, através de seu Procurador subfirmado, notificado, a requerimento do graduado Órgão Ministerial, dos termos do Mandado de Segurança em epígrafe, impetrado pela SOCIEDADE DE HABITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS - SHAM, contra o ato do EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, proferido nos autos da AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE, sob nº 109/91, intentada pela litisconsorte MINERAÇÃO ITAETÊ LTDA, comparece, com o respeito e acatamento devidos, à audiência de V. Exª. para requerer a sua admissão no processo como assistente da Impetrante, na forma preconizada pelos arts. 50 e seguintes, do Código de Processo Civil, tendo em vista as razões de fato e os fundamentos de direito a seguir alinhados:

1. A intervenção do Estado do Amazonas no feito, como assistente da SOCIEDADE DE HABITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS - SHAM, tem a justificá-la não apenas a ponderosa circunstância de ser a Assistida empresa pública estadual, encarregada da execução da política habitacional do Governo do Estado, mas também o fato de ter ele transmitido à Assistida, mediante doação, o imóvel, objeto do litígio possessório.

2. Desse modo, evidenciado está, a mais não poder, o interesse jurídico e econômico do Estado do Amazonas em que a demanda se resolva favoravelmente à empresa pública Assistida, na defesa da integridade do patrimônio público.

3. Justificada, pois, a intervenção do Estado no Processo, assistindo a SHAM, impende salientar, com relação aos fatos, que a dominialidade do imóvel cuja posse é disputada pertence efetivamente à empresa Assistida.

4. De fato, o Estado Assistente por escritura pública de 03-01-84, das notas do 4º Tabelionato de Manaus (fls. 13/15), doou à empresa Assistida, com prévia autorização legislativa (Lei nº 1625, de 18.11.83), o imóvel urbano denominado "PEDRAS", descrito e caracterizado na Matrícula nº 20.366, do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis (fls. 16), pertencente ao seu Patrimônio disponível, destinado à implantação de projetos de habitação popular.

5. Em maio de 1991, quando a empresa Assistida se preparava para dar utilização à área havida por doação, de acordo com a destinação prevista na respectiva Lei, foi surpreendida pelas investidas da litisconsorte MINERAÇÃO ITAETÉ LTDA, que invoca a posse e domínio sobre a aludida gleba.

6. Renitente, a litisconsorte aforou contra a empresa Assistida, em 28/06/91, no Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, Ação de Manutenção de Posse, com pedido de liminar (Proc. nº 109/91), no curso da qual foi praticada o ato lesionador de direito da Assistida (fls. 64).

7. Não obstante tratar-se a Assistida de empresa pública estadual, a autoridade impetrada contra ela deferiu a medida liminar de manutenção de posse, requerida pela litisconsorte, criando, com essa açodada e ilegal providência, a ameaça de graves e irreparáveis prejuízos. (fls. 84), à execução da política habitacional do Estado.

6. Inconformado com o ato violador de seu direito líquido e certo a Assistida contra ele interpôs o cabível Recurso de Agravo de Instrumento (fls. 93/98).

9. Como o recurso aparelhado não tem efeito suspensivo, a Assistida impetrou o presente Mandado de Segurança, com o fito de, na esteira de candalosa jurisprudência, comunicar-lhe efeito suspensivo, suspendendo, por conseguinte o cumprimento da liminar concedida, até o reexame do ato atacado pela Superior Instância no julgamento do agravo.

10. Como se pode observar, a estratégia utilizada pela Assistida, além da tecnicamente perfeita, harmoniza-se com reiterada jurisprudência pretoriana, no sentido de que é cabível Mandado de Segurança para conferir efeito suspensivo ao recurso que normalmente não o possui, como sói ser o agravo de instrumento.

11. De outra parte, conquanto verse sobre posse o litígio armado entre a Assistida e a Litisconsorte, verifica-se, deste logo, que ambas estão à disputá-la, com base no domínio, vale dizer, a posse como conteúdo ou elemento, inerente ao direito de propriedade e não a posse em si mesma, destacada do domínio.

12. Ora, se com base no domínio, a posse é disputada por ambas as contendoras, o seu deferimento a qualquer delas demanda a investigação dos títulos de domínio por elas ostentados, a fim de determinar-se quem efetivamente detém o domínio legítimo.

13. Por isso que o art. 505, do Código Civil, preceitua:

"Não obsta à manutenção, ou à reinteração na posse a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve

entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio".

A propósito do transcrito dispositivo, o colendo Supremo Tribunal Federal já sumulou que:

"Será deferido a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste ela for disputada". (Súmula 487, do STF).

14. Cotejados os títulos dominiais exibidos irrespectivamente, pela Assistida e litisconsorte, observa-se sem muito esforço, que o domínio da primeira é absolutamente legítimo e escorreito, enquanto o da segunda se apresenta visivelmente viciado e nulo, *ex radice*.

De fato, o título dominial da Assistida foi regular e legitimamente gerado a partir do domínio público do Estado sobre terras devolutas, estando devidamente registrado sob matrícula nº 20, 366, no 1º Ofício de Registro de Imóveis da Capital, a fls. 16 dos autos.

Entretanto, no que pertine à Litisconsorte, o seu suposto domínio filia-se ao imóvel registrado sob matrícula de nº 12.229, de 24 de julho de 1980 do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Capital, em nome de Augusto Zigarte Filho, a qual foi devidamente cancelada por determinação do Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça, conforme averbação nº Av/10/12.229, de 6.03.89 (fls. 77/79).

É de notar, ainda, que a matrícula cancelada, de nº 12.229, provém de cadeia dominial viciada e ilegítima, relativa ao Imóvel denominado "Baturité", e indevidamente registrado no 1º Ofício de Registro de Imóveis da Capital, sob matrícula nº 9.072, de 04.06.80 (fls. 74/76), a qual também se acha cancelada por determinação do Exmo. Sr. Corregedor Geral da Justiça, consoante a AV/05/9.272, de 03.01.84.

Bem se vê, portanto, que a Litisconsorte não detém domínio algum sobre a área em litígio, uma vez que o cancelamento das matrículas 12.227 e 9.272, ambas no 1º Ofício de Registro de Imóveis, determinou a queda e a insubsistência de todos os atos posteriores delas derivados.

Como bem se vê, a litisconsorte não detém domínio algum sobre a área cuja posse à disputada, porquanto o seu título dominial não possui filiação legítima a qualquer título regularmente registrado. A suposta cadeia dominial da litisconsorte foi indevidamente inaugurada com a matrícula do imóvel "Baturité", de nº 9.272, do 1º Ofício do Registro de Imóveis da Capital, mais tarde cancelada por

decisão do Desembargador Corregedor Geral de Justiça (fls. 75/76). Dessa matrícula derivaram duas outras de nºs 13.097, de 24.11.81, em nome de Waldemar Alves da Graça (fls. 74) e 12.229, de 24.07.87, em nome de AUGUSTO ZIGART FILHO, a qual foi igualmente cancelada por determinação do Exmo. Sr. Desembargador Corregedor Geral de Justiça (fls. 77/79).

A litisconsorte funda o seu suposto domínio na matrícula nº 13.790, de 09-02-82 (fls. 67/69), a qual, por sua vez, deriva da matrícula nº 13.097, de 24.11.81 (fls. 74), que, a seu turno, provém da matrícula nº 9.272, de 04-07-80 (fls. 75/76), cancelada por decisão de 02-01-84. do Sr. Desembargador Geral da Justiça.

Não resta, portanto, nenhuma dúvida quanto à falta de procedência do título dominial da litisconsorte, que se apresenta viciado e nulo, *ab ovo*, e, por isso, não resista ao confronto com o domínio legítimo, escorreito e incontestável da Assistida.

Como há sido cumpridamente demonstrado, a r. decisão impugnada, ao deferir a medida liminar de manutenção de posse em favor da litisconsorte, além de praticar flagrante violação contra o legítimo direito de propriedade da Assistida, também gerou o perigo iminente de causar-lhe prejuízos de difícil ou impossível reparação, com a interrupção dos projetos de habitação popular em curso, financiados com recursos do Sistema Financeiro da Habitação.

Presentes, por conseguinte, na impetração os requisitos indispensáveis à concessão da liminar deferida, ou seja, o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**.

À vista de todo o exposto, requer o Estado do Amazonas que, admitida o seu ingresso no processo como Assistente da Sociedade de Habitação do Estado do Amazonas, seja, afinal, concedida a segurança impetrada, com a confirmação definitiva da medida deferida *in initio litis*, por ser de direito e inteira.

JUSTIÇA:

P. Deferimento.

Manaus (AM), de 21 de outubro de 1992

PP.

JOÃO BOSCO DANTAS NUNES
OAB/AM nº 823

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR ATALIBA DAVID ANTONIO RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29200128-2-Manaus.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio do Procurador do Estado que adiante assina, com atribuições insertas na Portaria nº 090/89-GPGE, publicada no Diário do Estado de 14 de agosto de 1989, vem, respeitosamente à presença de V. Exa. CONTESTAR, na qualidade de litisconsorte necessário, os termos do MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por ARNALDO DOS SANTOS TRIBUZY, JOÃO CRISÓSTOMO DE QUEIROZ, AMAZONILO DE OLIVEIRA CASTRO, MILCA SILVA DA ROCHA, RAIMUNDO NONATO NOGUEIRA, AUSTREGÉSILO BRANDÃO FREITAS, FRANCISCO DE OLIVEIRA LIMA e CELSO CAVALCANTE ALBUQUERQUE, tendo como impetrado o Excelentíssimo Senhor PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, pelos motivos de fato e de direito adiante alinhados:

I - DO PEDIDO

Os impetrantes visam o reconhecimento de supostos direitos porque, "são funcionários públicos efetivos da ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA", exercendo titularidade o cargo de CONSULTOR TÉCNICO JURÍDICO junto à Procuradoria, enquadrados que foram definitiva pelo ato da Mesa Diretora nº 215, de 29 de janeiro de 1991, à vista de habilitação em Concurso Público previsto no art. 3º, da ADCT, da Constituição Estadual, concurso realizado de acordo com

a Lei Estadual nº 21018, de 21 de janeiro de 1991.

Mas, dizem os impetrantes, que a autoridade coatora por razões menores trabalhou pela edição de diploma legal, "disponho pela extinção pura e simples do cargo de Consultor Técnico Jurídico dos quadros da Assembléia Legislativa do Estado para no mesmo ato criar em substituição o cargo denominado de "SECRETÁRIO ADMINISTRATIVO", objeto em que fora da Lei nº 2.083, de 25 de outubro de 1991".

Acrescentam, ainda, que com a transformação do cargo que exerciam de Consultor Técnico Jurídico em Secretário Administrativo foram-lhes retirados o direito à verba de representação do cargo; o direito ao exercício da função inserta na Constituição; o direito à percepção integral dos reajustes salariais normais e, afinal, requerem a concessão da segurança para que lhes seja restabelecido o direito no que pertine:

1) - ao pagamento da verba referente ao reajuste concedidos a todos os servidores públicos a partir do mês de março nos termos da lei;

2) - os vencimentos integrais do cargo de Consultor Técnico Jurídico mais a gratificação de representação própria do cargo;

3) - o pleno exercício da função jurídica junto ao órgão da Procuradoria;

4) - a inclusão dos impetrantes no Plano de Cargos e Vencimentos da Assembléia Legislativa até decisão final da ação direta de inconstitucionalidade que permanece sub judice junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal.

II - IMPROBIDADE DO WRIT PARA O DESLINDE DE SITUAÇÃO COMPLETA

A finalidade de impetração evidencia-se, em primeiro lugar, contra o enquadramento de cargos concretizado pela Administração Pública de modo confuso e controvertido, na medida em que são certos e incontestáveis os fatos articulados pelos impetrantes, tando quanto os mesmos postulam, na generalidade, comprovação mediante esforço probatório constituindo-se, em conseqüência, incabível a garantia constitucional propugnada.

Com efeito, arremata-se que a via escolhida não é o caminho legítimo para defesa de direitos, cuja prova não se sustenta como certa, inquestionável e pré-constituída.

Nesse particular, a jurisprudência nacional interpreta como inidôneo e impertinente o meio utilizado pelos impetrantes para

discutir o seu enquadramento, a saber:

"MS - 77.859-DF.

EMENTA: Mandado de Segurança. Envolvimento em dúvida a matéria de fato à vista das informações e dos documentos vindos aos autos, sobre o que, inclusive não caberia ser ouvido o impetrante em face do rito estreito do Mandado de Segurança, que não oferece ensejo à dilação probatória, incabível se torna decidí-lo por inadequação da via processual eleita". (in DJ de 04.04.79, pág. 2569).

SÚMULA DO STF Nº 270

"Não cabe mandado de segurança para impugnar enquadramento da Lei nº 3.780, de 12.07.60, que envolve exame de prova ou de situação funcional complexa".

Ao analisar as razões aqui apontadas em preliminar, V. Exa. concluirá, sem qualquer dúvida, que o caso em apreciação é característico da hipótese da extinção do processo, sem julgamento do mérito, pois, caracterizada está a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, nos precisos termos do art. 267, inciso IV do Código de Processo Civil.

III - NO MÉRITO

INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Deve-se acentuar de início que os impetrantes postulam de maneira genérica e controvertida, ora ocupam o cargo de Consultor Técnico Jurídico, ora são ocupantes do cargo de Secretário Administrativo, portanto, sem firmeza na individuação de direitos, o que impossibilita, por si só, de serem amparados pelo mandato de segurança que alcança somente a liquidez e a certeza dos direitos. Sob este ângulo, vê-se que o meio utilizado pelos impetrantes, para a garantia de seus pretensos direitos, é manifestamente inidôneo e inviável.

Demais, o ato de enquadramento dos impetrantes foi feito em obediência aos claros ditames da Lei nº 2.083, de 25 de outubro de 1991, que extinguiu os cargos de Consultor Técnico Jurídico e, no

art. 2º criou os cargos de Secretário Administrativo, nos quais os impetrantes foram devidamente enquadrados, sem qualquer prejuízo financeiro, visto que a gratificação de representação de que eram detentores passou a ser incorporado aos vencimentos, a título de vantagem pessoal.

Em verdade, não se configura qualquer ilegalidade o Poder Público reclassificar seus funcionários em referências de cargos públicos, sem lhes causar nenhum decurso retributivo. E, nesse procedimento, não se vê qualquer eiva de ilegalidade e injuridicidade. Aliás, a medida adotada pela Administração é racional e louvável, na medida em que o art. 2º da Lei Estadual nº 2.018, de 17.01.1991, que enquadrou os Impetrantes no antigo cargo de Consultor Técnico Jurídico teve seus efeitos suspensos pelo ADIN nº 498-1, mediante medida cautelar.

Além do mais, a qualquer tempo pode a Administração, de maneira genérica e impessoal, reorganizar os seus quadros administrativos, estabelecer novos critérios, novas carreiras dentro do regime estatutário, com o objetivo exclusivo de melhorar e dinamizar os seus serviços. Aliás, o que caracteriza esse regime é a sua modificabilidade, e a atual situação dos impetrantes está prevista em lei, improcedendo qualquer reclamação.

Leciona o Prof. Hely Lopes Meirelles, em sua magnífica obra "Direito Administrativo" 14ª Edição, 1988, pág. 365, fazendo, inclusive remissão à jurisprudência firmada nos nossos tribunais (STF, RDA 34/170, 48/144, TFR, RDA 45/103; TJSP, RDA 42/152) nos seguintes termos:

"Daí por que a Administração pode suprimir, transformar e alterar os cargos públicos ou serviços indepentemente da aquiescência de seu titular, uma vez que o funcionário não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem à continuidade de suas funções originárias. A lei posterior pode extinguir e alterar cargos e funções de quaisquer titulares-vitalícios, estáveis e instáveis".

"O funcionário poderá adquirir direito à permanência no funcionalismo, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constitu-

em uma exceção constitucional à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indisponível da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado".

Observa-se que, de ordinário a competência para organizar o seu pessoal é objetivamente da entidade estatal a que está afeto o serviço, não tendo outra alternativa, o Poder Legislativo, ante a manifesta decisão do Supremo Tribunal Federal que em medida liminar os efeitos do art. 2º da Lei Estadual nº 2.018/91, e do art. 3º e seus parágrafos do ADCT da Constituição do Estado do Amazonas, por edição da Lei nº 2.083/91, fez o novo enquadramento funcional dos impetrantes.

É que os Impetrantes, sem o desfrute da estabilidade funcional, foram submetidos a concurso público interno realizado pela Assembléia Legislativa, que o organizou com base no art. 3º e parágrafos 1º, 2º e 3º do ADCT da Constituição Estadual, a fim de que por esse meio fossem enquadrados no cargo que ocupavam de Consultor Técnico Jurídico.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Arguição Direta de Inconstitucionalidade nº 498-1, suspendeu por medida liminar, a eficácia do art. 3º e seus parágrafos da Constituição do Estado do Amazonas, bem como o art. 2º da Lei Estadual nº 2.018, de 17.01.1992, que autorizava a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas e proceder o novo enquadramento de seus servidores, inclusive dar cumprimento ao que dispõe o art. 3º do ADCT da Constituição amazonense.

Assim, tornando-se nenhum o enquadramento dos impetrantes ao antigo cargo de Consultor Técnico Jurídico, com a edição da Lei nº 2.083, de 25.10.1991 os impetrantes foram enquadrados nos atuais cargos que ocupam, o de "Secretário Administrativo", sem terem tido qualquer decesso financeiro, con contrário tiveram resolvido sua situação funcional.

Se o objetivo é dar aos impetrantes tratamento adequado em face da transformação do cargo que passaram a ocupar com advento da Lei Promulgada nº 35, de 07 de abril de 1992, que reajustou os vencimentos, gratificações e proventos dos servidores da Assembléia Legislativa, não é verdade que tenham ficado afastado desse reajuste vencimental, porquanto passaram a perceber os vencimentos atribuíveis aos cargos de Nível XI, conforme está

devidamente demonstrado às fls. 65 dos autos.

Não têm, é claro, direito algum os impetrantes quanto à pretensão de receber vencimentos integrais do cargo antigo de Consultor Técnico Jurídico e a gratificação de representação desse cargo, porque, em primeiro lugar, esse cargo deixou de existir com a edição da Lei nº 2.083/91 e desde, portanto, de 25 de outubro de 1991, com o enquadramento deles no cargo de "Secretário Administrativo" passaram legalmente a pertencer a essa classe, recebendo vencimentos a ela consignada.

E quanto à vontade dos impetrantes de terem reconhecido o direito ao pleno exercício da função jurídica junto à Procuradoria Geral, da Assembléia Legislativa, e deveras impossível, na medida em que a atividade jurídica do Poder Legislativo, no atinente à representação judicial, a consultoria Jurídica, a supervisão dos serviços de assessoramento jurídico são exercidas pelos Procuradores da Assembléia Legislativa, que são os integrantes daquela Procuradoria Geral, conforme estabelece o art. 46 da Carta Estadual.

No mais, de par com a clareza e substância das informações de fls. 57/63, dos autos, o ESTADO DO AMAZONAS, adota, em todos os seus termos como fundamento jurídico desta contestação, o mencionado arrojado promovido pelo ilustre Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas.

Diante do exposto, vê-se, às claras, a inteira desrazão do pedido dos impetrantes, impertinente sob todos os ângulos e, por conseqüência, esse Egrégio Tribunal, haverá de decidir vencida a preliminar argüida, pelo descabimento e inadmissibilidade do mandado de segurança.

Termos em que,
Pede deferimento.

Manaus, 30 de setembro de 1992.

JARI VARGAS
Procurador do Estado do Amazonas

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE ITACOATIARA

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria infra assinada, na forma prevista no art. 12, inciso I, do CPC, combinado com o art. 2º, inciso I, da Lei Estadual nº 1.693/83, inscrita na O.A.B./AM sob o nº 1.336, nos autos da AÇÃO DECLARATÓRIA proposta por MARIA ALZIMAR SERUDO DE LIMA - Processo nº 154/92, vem, respeitosamente, perante V. Exª. apresentar CONTESTAÇÃO à referida Ação, na forma abaixo exposta:

I - DO PEDIDO

A requerente propôs a presente Ação com o fito de que seja declarado por esse juízo seu pretenso direito à licença maternidade, na condição de mãe adotante.

Alega a requerente, fundamentando sua pretensão, ser funcionária pública estadual e que em 16.12.91 adotou um menor, razão pela qual requereu a licença maternidade "de que trata o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, a fim de que "pudesse dar atenção a menor recém-nascida".

Aduz, ainda, que dito requerimento veio a ser indeferido pela Secretaria de Estado de Administração - SEAD, sob fundamento de não ter respaldo legal.

Finalmente, alega que seu pedido encontra respaldo no art. 41, da Lei nº 8.069, de 13.07.90 - Estatutoda Criança e Adolescente, que atribui ao adotado os mesmos direitos e deveres inerentes aos filhos legítimos.

II - MERITORIAMENTE

Inicialmente, convém esclarecermos que in casu não cum-

pre-nos perquirir da necessidade ou conveniência da concessão de licença e mães adotantes, principalmente no concernente à adoção de recém-nascidos, sendo evidente seu relevante caráter social.

Destarte, não temos a intenção de discutir na presente Ação se a pretensão da requerente é justa, posto que no Direito prevalece a forma, ou seja, as normas que regulam determinada relação jurídica.

Aliás, o renomado prof. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, distingue com perfeição a noção do justo, do equitativo e do legal, quando afirma:

"Já desde os romanos a **justitia** não se confundia como **jus**, mas deste era apenas uma qualidade; os gregos, como anota Paulo Durão de Gusmão, distinguem "duas formas de conduta social em relação às normas: **dikaion**, ou seja, a conduta justa, o que é justo, e **nôminon**, isto que é legal". Acrescenta, o prefalado mestre:

"... o profissional do direito foi formado e "vive" com os valores inscritos na norma; o justo passa ser um aspecto que, embora respeitável, merece indagações em outras sedes: filosofia, teoria geral do direito, axiologia jurídica". (in Recurso Extraordinário e Recurso Especial, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 12/13).

Pois bem, feitas tais considerações analisemos o pedido da requerente do ponto de vista estritamente legal.

Nesse aspecto, salte aos olhos não ter a pretensão da requerente qualquer respaldo, porquanto inexistente norma positiva que possibilite a concessão de licença maternidade às mães adotantes, funcionários públicos estaduais.

Observe-se, que os dispositivos constitucional e legal citados pela requerente como sustentáculo de seu pedido não aproveitam sua pretensão.

É de vê, que o art. 7º, inciso XVIII, assegura licença à gestante e, portanto, tal direito é inerente à mãe, até porque, destaque-se, mesmo na hipótese de morte do recém-nascido, a mulher terá direito a esse período de repouso remunerado.

A própria requerente na exordial, às fls. 04, reconhece que a licença, prevista do dispositivo constitucional retro-aludido, constitui-se em um direito inerente a mãe, quando afirma que:

À guisa de pretensos comentários a Consti-

tuição Federal, é de se lamentar que o legislador no art. 7º, ítem XVIII, tenha se preocupado apenas e tão somente com a convalescência da mãe, deixando de lado os cuidados inerentes e imprescindíveis ao recém-nascido, quando diz que são direitos do Trabalhador, etc... (inciso XVIII) "LICENÇA À GESTANTE, SEM PREJUÍZO DO EMPREGO E DO SALÁRIO, COM DURAÇÃO DE 120 (CENTO E VINTE DIAS)". (Grifamos).

Ademais, o art. 41, da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e Adolescente, visa precipuamente equiparar direitos dos filhos, não das mães, garantindo-lhes igualdades de direitos civis e patrimoniais.

Portanto, deduzir-se daí que tal dispositivo legal assegura a licença pretendida também em caso de adoção é, sem dúvida, desvirtuar a finalidade do instituto e exorbitar do alcance da lei.

Com efeito, registre-se e destaque-se que a nível federal foi assegurado aos servidores públicos da União a licença à adotante, consoante se depreende do art. 210, da Lei nº 8.112/90 - DOU DE 12.12.90, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

O dispositivo legal supramencionado estabelece critérios e prazos distintos da licença à gestante, posto que a licença à adotante será pelo prazo máximo de 90 dias, caso a criança adotada tenha até 1 ano de idade e, pelo prazo de 30 dias, se com mais de 1 ano de idade.

Entretanto, é evidente que o direito em tela assegurado a servidora pública federal adotante, não é extensivo as servidoras públicas estaduais, e, via de consequência, a requerente, considerando que a Carta Magna assegura aos Estados a capacidade de auto-organização e de auto-legislação, ex vi art. 25.

Por seu turno, o art. 33, § 1º, inciso II, alínea "c", da Constituição Estadual, prevê como de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre servidores públicos civis e militares do Estado e seu regime jurídico.

Por outro lado, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas Lei nº 1.762, de 14.11.86, estabelece unicamente a licença à gestante, conforme preceitua seu art. 73.

Assim, é indubitável que na esfera estadual inexistente dispositivo legal a permitir a concessão da licença pretendida em caso de adoção, sendo consequentemente vedado a Administração concedê-la em face do princípio da legalidade, inserto no art. 37, caput, da

Constituição Federal.

Comentando dito princípio, ensina o emérito prof. HELY LOPES MEIRELLES, que:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, **caput**), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-me a responsabilidade de disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

A lei para o particular significa "pode fazer assim", para o administrador público significa "deve fazer assim". (in *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 17ª Ed., pág. 82/83).

Por todo exposto, resulta patenteado que o pedido da requerente não só falece de respaldo legal, como também fere frontalmente princípio constitucional.

Destarte, protestando provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, o Estado do Amazonas requer seja julgada totalmente improcedente a presente Ação, tudo em respeito a fiel observância da lei, com o que V. Exª. estará prestigiando a tão almejada.

JUSTIÇA

Termos em que
Pede Deferimento.

Manaus, 17 de dezembro de 1992

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
Procuradora do Estado

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, legalmente representado pelo Procurador do Estado infra-assinado, na forma prevista no Art. 12, I, do CPC, combinado com o Art. 2º, I, da Lei Estadual nº 1.639/83, inscrito na OAB-AM sob nº 836, amparado nas disposições contidas no Art. 102, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal/88, combinado com o Art. 26, da Lei nº 8.038, de 28.05.90, vem interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por contrariedade a dispositivos da Constituição Federal, contra o V. Acórdão prolatado nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21/91, impetrado perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas por MARIA ELIZABETE MORAES e Outros contra o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS, sob os fundamentos expendidos no curso desta petição:

MANDADO DE SEGURANÇA - POSSIBILIDADE DE RECURSO PELO ESTADO.

Primeiramente, convém assinalar que o Estado do Amazonas integra a lide, como Litisconsorte e é a pessoa jurídica de direito público que tem legitimidade para recorrer das decisões proferidas nos mandados de segurança (STF-RTJ 88/298).

TEMPESTIVIDADE DO RECURSO DO ESTADO

O acórdão recorrido foi publicado no Diário da Justiça-AM de 15.05.92, que circulou no dia 18.05.92, e a partir desta última data começou a fluir o prazo para oposição de Embargos de Declaração e para o Recurso.

O Estado do Amazonas interpôs Embargos de Declaração em 27.05.92, ou seja, quando transcorridos 9 dias da publicação, ficando, assim, suspenso o prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC). Os Embargos foram julgados, por Acórdão publicado no Diário da Justiça-AM de 09.06.92, que circulou no dia 11.06.92, recomeçado a partir daí a correr o prazo restante de 21 dias para interposição do Recurso Extraordinário, considerando que o prazo do Estado do Amazonas é contado em dobro, por imperativo do art. 188 do CPC.

O prazo restante de 21 dias terminaria no dia 02.07.92, dentro do período de férias forenses de JULHO do Tribunal de Justiça do Amazonas, suspendendo o prazo por disposição do Art. 268 da Lei Estadual nº 1.503, de 30.12.81, ao estabelecer que "o ano judiciário do Tribunal divide-se em dois períodos, recaindo as férias em janeiro e julho", e em consonância com o Art. 179 do CPC "a superveniência de férias suspenderá o curso do prazo; o que lhe sobejar recomeçará a correr do primeiro dia útil seguinte ao termo das férias". Desta forma, o prazo de recurso somente termina na segunda-feira, dia 03.08.92.

DO CABIMENTO DO RECURSO

Tratando-se de Mandado de Segurança contra ato atribuído ao Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, a competência do Tribunal de Justiça é originária, para processar e julgar, nos termos do Art. 72, inciso I, alínea "c", da Constituição do Estado do Amazonas.

Disso resulta, que o recurso cabível, na hipótese, é o Recurso Extraordinário, nos termos do Art. 102, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, combinado com o Art. 496, inciso VII, do C.P.C., e, portanto, a competência para conhecer do recurso é do Supremo Tribunal Federal.

Este recurso que tem por fundamento matéria constitucional, deve ser apreciado como Recurso Extraordinário, porque a decisão contraria dispositivos expressos da Constituição Federal/88, como se demonstrará adiante.

O OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Os Impetrantes, todos Auditores Assistentes do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, alegaram que requereram isonomia, com os Auditores Assistentes do Tribunal de Contas dos Municípios, com base no § 1º, Art. 39, da CF/88 e § 1º, do Art. 110, da CE/89, o que lhes foi deferido em sessão do TCE - Tribunal de Contas do Estado de 22.02.90, para terem seus vencimentos fixados em percentual de 10% a menos que os percebidos pelos Auditores Adjuntos, conforme Resolução Interna nº 004/89, de 16.11.89, regulamentada pela Lei nº 2.010, de 19.12.90.

Posteriormente, o mesmo Tribunal de Contas do Estado decidiu a suspensão do reajuste de 81% pago em fevereiro/91 e, em consequência dessa decisão, o pedido dos Impetrantes foi no sentido de que

"... seja restabelecido o direito dos postulantes de reaver o percentual de 81% (oitenta e um por cento) reduzidos de seus vencimentos, a ser pago a partir de março do corrente ano, pois que de Direito e Justiça".

Apontaram como fundamento jurídico do "writ"

- a irredutibilidade de vencimentos (Art. 37, XV, da CF/88 e Art. 109, XIV, da CE/89);

- a impossibilidade de suspensão da aplicação do reajuste, com base na Lei Estadual nº 2.010, de 19.12.90.

OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO

O Acórdão recorrido tem o seguinte conteúdo:

"EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA

- Retirada de percentual remuneratório concedido a servidor público, somente pode ser efetuada depois de percorrido o "due process of law".

- Segurança deferida, por maioria.

ACORDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores componentes do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas em sua composição Plenária,

por maioria de votos, em **conceder a segurança requerida**, sem prejuízo do devido processo legal, onde **sejam assegurados aos Impetrantes o contraditório e a ampla defesa**" - grifamos.

Os fundamentos da decisão são os seguintes:

"...entendo que o Tribunal de Contas ao retirar o percentual de 81%, pertinente ao pagamento remuneratório dos Impetrantes **violou os incisos LIV e LV, do art. 5º**, insculpidos sobranceiramente na Lei Maior...

....

O conceito de DEVIDO PROCESSO LEGAL há de analisar-se não só à luz dos processos judiciais, mas também levando-se em conta **os atos processuais administrativos**, com base na filosofia e nos princípios constitucionais e na vigência universal garantidora dos direitos da sociedade, sem desmembrar-se do direito processual, consubstanciado nos princípios da legalidade, da ampla defesa, da presunção de inocência, da igualdade, adequados aos Tratados Internacionais relativos aos direitos humanos.

....

A ótica por mim desenvolvida, aqui, não vai direta ao problema das equiparações salariais, porque essas questões deveriam ser analisadas, pelo Tribunal de Contas do Estado, no processo legal, que tem prevalência, por imposição Constitucional, a todas as matérias, não importando suas peculiaridades" - grifamos.

Apesar da interposição de Embargos de Declaração para que o Tribunal de Justiça se manifestasse sobre o fato de que **os Impetrantes não alegaram violação aos incisos LIV e LV, do Art. 5º da CF/88**, bem como sobre o fato de que o **ato da autoridade coatora foi ato administrativo**, com respaldo no Art. 37 "caput" da CF/88 e na Súmula 473 do S.T.F., o Egrégio Tribunal do Amazonas

conheceu, mas rejeitou os embargos com argumentos que estão sintetizados na Ementa do acórdão, *in verbis*:

"EMENTA - Embargos Declaratórios somente são destinados a aclarar obscuridade, eliminando dúvida, contradição ou omissão no acórdão embargado, não podendo possibilitar a alteração do julgamento, ficando assim, no caso rejeitados".

OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO SÃO INSUSTENTÁVEIS

Inicialmente, é conveniente destacar que os argumentos do Tribunal de Justiça do Amazonas para não mudar a decisão, ao julgar os embargos de Declaração são frágeis, porque o Supremo Tribunal Federal tem decidido reiteradas vezes que ao aclarar o ponto obscuro do acórdão, se o julgador tiver que mudar a decisão, isso é perfeitamente possível.

Percebe-se, no entanto, que o Acórdão recorrido insistiu na tese de que o reajuste de 81% concedido em uma sessão do Tribunal de Contas e retirado no mês seguinte não poderia ocorrer sem o DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Data venia, o acórdão recorrido não deu a melhor interpretação ao que seja o devido processo legal, porque pela tese ali esposada qualquer ato administrativo somente pode ser praticado, se houver o devido processo legal, com ampla defesa dos interessados.

Demonstrou-se nos Embargos de Declaração que os Impetrantes sequer utilizaram o fundamento do devido processo legal, tanto assim que nem invocaram o Art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88.

Ainda que o tivessem feito, tais incisos são inaplicáveis ao caso concreto, porque o ato o Tribunal de Contas que foi atacado é ato administrativo, que cancelou reajuste concedido erroneamente no mês anterior, ato esse praticado com base no Art. 37 "caput", da CF/88 e Súmula 473 do S.T.F.

A anulação dos atos ilegais da administração não exige contraditório e ampla defesa, porque o devido processo legal necessário à prática de tal ato é a conformidade com a lei e não a existência de um processo judicial ou administrativo. Demonstrar-se-á, pois, que o acórdão recorrido deu uma interpretação ao "*due process of law*", que não se harmoniza com a origem do princípio,

contraria a melhor doutrina e coloca a administração em inaceitável camisa de força, além de fazer letra morta outros artigos constitucionais.

O ATO ADMINISTRATIVO ATACADO NÃO É PROCESSO ADMINISTRATIVO E O "DUE PROCESS OF LAW" É NORMA DE CARÁTER PRECESSUAL.

O primeiro equívoco do acórdão recorrido na aplicação do princípio do devido processo legal é que o ato coator é ato administrativo, porque ato de anulação de outro ato ilegal e inconstitucional, que pode ser praticado justificadamente, mas sem a necessidade de um processo com ampla defesa e contraditório.

Ensina ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA, in "Direito Constitucional Tributário e *Due Process Of Law*", pág. 12.

"5 - O Nítido Caráter Processual da Norma Mas, afinal, que significa *due process of law* ou sua equivalente *law of the land* sinonímia que até hoje se mantém?

Certas garantias processuais que, alargadas no decorrer dos séculos, impedissem a interferência do arbítrio na supressão de direitos fundamentais à vida, liberdade e propriedade dos súditos de coroa inglesa" - grifamos.

Quanto direito ao contraditório e a ampla defesa, o texto do inciso LV, do Art. 5º, da CF/88 é suficientemente claro ao dizer que é aplicável ao "processo judicial ou administrativo" e não ao ato administrativo.

Para a prática do ato administrativo, o que a norma constitucional (Art. 37 "caput") exige é que seja praticado pelo administrador público competente, obedecendo aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Segundo o acórdão recorrido, o ato administrativo somente poderia ser praticado dentro de um processo legal, com ampla defesa e contraditório, porque invocou os incisos LIV e LV do Art. 5º da CF/88, o que seria aprisionar o administrador a ilegais exigências que paralisariam toda a administração pública.

O PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" EXISTIA NA CONSTITUIÇÃO ANTERIOR EM PERFEITA HARMONIA COM A SÚMULA Nº 473 DO S.T.F.

As Constituições brasileiras anteriores traziam em seu bojo os princípios que deveriam presidir a prática de atos administrativos, bem como aqueles que asseguravam o devido processo legal, mas nem por isso se afirmou no passado que para a prática de ato administrativo era necessário um processo legal.

Ensina HUMBERTO THEODORO JUNIOR, no artigo "A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil", publicado na Revista dos Tribunais vol. 665, 03/91, pág. 14/15:

"Nossa Carta Magna de 1967 era pródiga em tutela jurisdicional expressa no que se relacionava com o processo penal (art. 153, §§ 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20). No que respeitava porém, ao processo civil, uma única regra expressa da Constituição Brasileira revogada podia ser considerada como ligada diretamente à tutela do **devido processo legal**; a do art. 153, § 4º, representativa do princípio da inafastabilidade do controle judiciário: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

...

Daí a conclusão de que, admitindo a vigência das garantias implícitas no art. 153, § 4º, a Constituição brasileira adotava realmente, a garantia do *due process of law*.

...

A explicitude do novo texto magno, portanto ergueu nossa Carta Magna ao nível das mais avançadas Constituições do mundo, em tema de garantias da tutela jurisdicional. Aquilo que se deduzia da análise sistemática e indireta dos princípios implícitos é agora proclamado aos quatro ventos por enunciados de meridiana clareza".

Pois bem, tendo presente que a Carta Magna anterior já adotava realmente a garantia do *due process of law*, o Supremo Tribunal Federal jamais chegou ao extremo de exigir um processo, com ampla defesa e contraditório, para a prática de ato administrativo. Tais exigências foram feitas para o processo administrativo,

mas não para o ato administrativo.

Por isso que se sustentou a CONSTITUCIONALIDADE E A LEGALIDADE DO ATO DE SUSPENSÃO DO REAJUSTE.

Se demonstrou, inquestionavelmente, que os reajustes obtidos pelos impetrantes foram objeto de concessão administrativa e não legal; que não se trata de isonomia e sim de vinculação de vencimentos; que a vinculação é inconstitucional, sem importar a hierarquia da norma estadual que a concedeu.

Por outro lado, sendo o reajuste oriundo de decisão administrativa do Tribunal de Contas do Estado, a decisão poderia ser revista pelo próprio Tribunal, como o foi.

Não se pode olvidar que "a Administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade..." (Art. 37 da CF/88).

Para o cumprimento completo dessa norma que vem sendo repetida das Constituições anteriores, é evidente que a administração pode rever seus próprios atos, como também tem o dever de fazê-lo em determinados casos, especialmente quando padecem de ilegalidade ou inconstitucionalidade, razão pela qual ensinou o ilustre HELY LOPES MEIRELLES, in DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, pág. 177:

"... a Administração controla os seus próprios atos em toda plenitude, isto é, sob os aspectos da oportunidade, conveniência, justiça, conteúdo, forma, finalidade, moralidade e legalidade, enquanto o controle judiciário se restringe ao exame da legalidade..."

Tanto é verdade que a administração pode anular um ato administrativo, sem a necessidade de um processo com contraditório e ampla defesa, que a jurisprudência já se cristalizou na Súmula 473 do STF, in verbis:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação

judicial".

Por aí se vê que, em sendo o reajuste decisão administrativa do Tribunal de Contas do Estado, constatados os vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade, outro caminho não restava senão anular a decisão e desse ato anulado não se origina qualquer direito aos Impetrantes.

Aliás, além da possibilidade e do dever de anular o seu ato administrativo ilegal e inconstitucional, o Tribunal de Contas do Estado tem a obrigação constitucional, quando do exercício do controle externo, de julgar e anular tais atos, o que torna muito mais significativa a decisão que tomou no exercício do controle interno.

Por isso, a razão estava com o Relator do processo, que foi vencido na votação, ao dizer em seu voto, a fls. 81:

"Conforme resta comprovado nos autos a isonomia salarial dos impetrantes com os Auditores Assistentes do Tribunal de Contas dos Municípios, foi-lhes concedida através de uma decisão administrativa do Colendo Tribunal Pleno (T.C.E.) e não como imperativo, através de uma Lei".

E mais adiante:

"Assim, não resta a menor dúvida de que havendo o reajuste se originado em decisão administrativa do Tribunal de Contas do Estado tal decisão, indiscutivelmente, poderia ser revista pelo próprio Tribunal, com respaldo não só na doutrina, mas principalmente na jurisprudência já, inclusive, sumulada, do Pretório Excelso, mais precisamente a Súmula nº 473" (fls. 82).

Em harmonia com a melhor com a melhor doutrina, disse o Relator vencido:

"É certo, que o inciso LIV, do art. 5º da Constituição Federal afirma peremptório que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal". Todavia, é imperioso ressaltar-se, que no caso sob exame, não cabe mensurar-se o teor do dispositivo constitucional retromencionado, uma vez que o pretenso direito

questionado pelos impetrantes isto é, o reconhecimento de isonomia salarial, não se caracterizou como tal, sim como singela vinculação vencimental, inadmissível, porque expressamente vedada pelo inciso XIII do art. 37 da Constituição Federal vigente" (fls. 83).

AINDA QUE A CONSTITUIÇÃO EXIGISSE UM DEVIDO PROCESSO LEGAL, COM CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PARA A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, ESSE PROCESSO TERIA OCORRIDO COM A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS DEVERIA MANIFESTAR-SE SOBRE O MÉRITO DA CAUSA, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA ISONOMIA, COM BASE EM VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS.

É estranho que o Judiciário amazonense tenha feito tanto alarde sobre a tese da necessidade de um devido processo legal, para a anulação do reajuste ilegal e inconstitucional, mas não tenha cumprido a obrigação constitucional da prestação jurisdicional, para reconhecer a ilegalidade e inconstitucionalidade, o que seria perfeitamente possível, já que os Impetrantes tiveram o contraditório e a ampla defesa neste mandado de segurança.

Por outro lado, o impetrado teve a oportunidade de demonstrar, tanto quanto o Estado do Amazonas, a total inconstitucionalidade da vinculação de vencimentos que foi anulada pelo Tribunal de Contas do Estado, razão pela qual se pretende que o presente recurso venha convalidar o ato administrativo de restauração da legalidade, pelas razões adiante.

INEXISTÊNCIA DA LEI CRIANDO A ISONOMIA

O Art. 39, § 1º, da CF/88, que serviu de fundamento ao pedido de isonomia dos Auditores do Tribunal de Contas do Estado, prevê que "a lei assegurará... isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder, ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário".

A isonomia acima, oriunda de **norma de eficácia limitada**, destituída de auto-aplicabilidade, **depende de lei, em sentido formal**, que lhe dê concreção, o que tem sido reconhecido reiteradamente pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADINs nºs 96-9, 113-2, 115-9 e

202-5.

A **isonomia obtida** pelos Auditores Ihes foi concedida **administrativamente** e não através de lei. A dos Auditores Adjuntos por Resolução Interna nº 004/89, de 16.11.89 e dos Auditores Assistentes "em Sessão Plenária do dia 22 de fevereiro de 1990, para terem seus vencimentos estabelecidos em percentual de **10% (dez por cento) a menos que os percebidos pelos Auditores Adjuntos**, na conformidade da Resolução Interna nº 004/89, de 16.11.89" (fls. 8).

A concessão da pretendida "isonomia", portanto, padece de irreparável inconstitucionalidade, porque obtida por decisão administrativa e não através de lei, como exige o Art. 39, § 1º, da CF/88.

VINCULAÇÃO DE VENCIMENTO E NÃO ISONOMIA

De pronto observa-se, também, que a isonomia alegada não passa de vinculação de vencimentos:

Quanto aos Auditores Adjuntos a vinculação está patente nos Artigos 1º e 2º da Resolução nº 004/89, quando diz que "Por maioria de votos, adotar os termos da Resolução Interna nº 14/89, de 25 de outubro de 1989 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas a esta Corte de Contas" e que "estende-se aos Procuradores de Contas, Auditores e Auditores Adjuntos, o disposto no art. 1º desta Resolução".

Quanto aos Auditores Assistentes a vinculação está expressa na Ata da Sessão de 22.02.90, quando decidiu "para terem seus vencimentos estabelecidos em percentual de 10% a menos que os dos Auditores Adjuntos".

Tais vinculações são expressamente vedadas pelo texto constitucional em seu Art. 37, XIII, CF/88, que reza:

"Art. 37 -

XIII - É vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no Art. 39, § 1º".

Esse dispositivo constitucional, segundo a melhor doutrina, é norma de eficácia plena e de incidência imediata, não podendo ser contrariada, por prescindir de regulamentação.

O Art. 39, § 1º, da CF/88, igualmente repetido no Art. 110,

§ 1º, da Constituição Estadual/89, prevê a isonomia para cargos e atribuições iguais no mesmo Poder, mas não admite a vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

A Constituição Estadual, porém, trouxe em seu texto artigos que pretendiam especificar alguns casos de isonomia, outros foram tratados na Lei Complementar Estadual nº 01/90, de 30.08.90 e na Lei Estadual nº 1.946, de 14.03.90.

Pois bem, tais preceitos constitucionais e legais foram inquinados de inconstitucionais, frente ao texto federal e, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 467-1, do Supremo Tribunal Federal.

"...deferiu o pedido de liminar e suspendeu a vigência do inciso VI do art. 100, do art. 103 e do § 2º do art. 115, da Constituição do Estado do Amazonas. Por unanimidade, deferiu, em parte, quanto as expressões "observado, quanto à remuneração, o disposto nos artigos 109, X, XI, 110, § 1º do Art. 3º e 5º da Constituição do Estado", constantes do § 4º do art. 38 da Lei Complementar Estadual nº 01, de 30.03.90. Por unanimidade, deferiu, em parte, quanto as expressões: "44, parágrafo único, 86, parágrafo único, 100" constantes do parágrafo único do art. 9º da Lei nº 1.946, de 14.3.90, do Estado do Amazonas. Por unanimidade, deferiu o pedido de liminar e suspendeu a vigência do Decreto nº 12.871, de 28/03/90, do Estado do Amazonas"(DJU, de 26.04.1991).

Que dizer, independentemente da hierarquia da norma, ela deve submeter-se à Constituição Federal e, no exercício do controle da constitucionalidade, o Excelso Pretório refutou preceitos estaduais que, ao tratar de isonomia, revestiram-se de vinculação de vencimentos.

O acórdão recorrido, na prática, foge do julgamento do mérito da causa, apegando-se a inexistente exigência de devido processo legal, para manter vinculação de vencimentos, que já foi refutada diretamente em liminar de ação direta de inconstitucionalidade concedida pelo Supremo Tribunal Federal.

A vinculação de vencimentos fere o texto magno, razão pela qual o presente recurso deve reformar o acórdão recorrido, para negar a segurança pretendida.

DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Por aí se vê, a todas as luzes, que a supressão do reajuste

- não exigia um devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, porque fora concedido através de ato administrativo e, depois, anulado por outro ato administrativo;

- não se deu em ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, porque tal reajuste era ilegítimo, ilegal e inconstitucional;

- tendo origem em decisão administrativa, poderia e deveria o Tribunal de Contas do Estado anular a decisão, para adequá-la ao texto constitucional, até por respeito à sua obrigação constitucional de, também, realizar o controle externo dos atos da administração;

- não constitui ofensa a direito líquido e certo dos Impetrantes, porque inexistente lei que garanta o direito pretendido; e

- se houvesse lei, ainda assim não haveria direito líquido e certo, porque tal lei seria inconstitucional.

REQUERIMENTO

Por todos os motivos aqui expostos e em atenção aos seus jurídicos fundamentos, o ESTADO DO AMAZONAS confia que o presente recurso haverá de ser admitido e provido pelos ilustres Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, para declarar que a prática de ato administrativo obedece aos princípios insertos no Art. 37 da CF/88, mas não exige um processo legal, com contraditório e ampla defesa e que o ato impugnado é perfeitamente legal, nos termos da Súmula 473 do STF, como forma de anular ato anterior de concessão de reajuste por vinculação de vencimentos, eivado de inconstitucionalidade e, ao final, negar a segurança, por ser de

JUSTICA!

Manaus, 01 de julho de 1992

VANIAS BATISTA DE MENDONÇA
Procurador do Estado do Amazonas

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio do Procurador subfirmado, com poderes movidos nesse Juízo, nos autos da Ação de Execução Fiscal (Processo nº 278/92) movida contra REAL COMÉRCIO DE PETRÓLEO LTDA, retorna à presença de V.Exa., no prazo da Lei, em IMPUGNAÇÃO, para oferecer as RAZÕES DA EMBARGADA, mediante os fatos e os argumentos de direitos aduzidos.

Abro a discussão censura à conduta da Embargante pela condenável tentativa de valer-se de um equívoco, para a partir daí extrair vantagens que sobre ser indevida repulsa ao direito, à ética e a moral, pois que ninguém pode se beneficiar com o erro de outrem, revelando, tal conduta inescusável locumpletamento ilícito.

1 - PRELIMINARES DE CONEXÃO

Parecer-nos, que a doutrina e jurisprudência, já faz algum tempo, assentou entendimento de que não ocorre conexão quando, embora as partes em ambas as ações sejam as mesmas, diversos são os fatos em que se apoia o pedido.

A situação acima descrita encontra-se presente no caso "sub judice", consoante faz prova a certidão de fls., 03 dos Embargos, noticiando que em ambas as Ações as partes são as mesmas, ocorre, todavia, que esta se diverge daquela, no que circunvolve a

causa de pedir.

Sim, porque "in casu", a certidão de Dívida Ativa que assoalha o Direito da Exequente, ora Embargada é resultado de um contrato bilateral, oneroso e comutativo consubstanciado no TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E COMPROMISSO DE PAGAMENTO que a executada, ora Embargante inadimpliu, sob o pálido argumento de que milita a seu favor a presunção de legitimidade do ato administrativo.

Tal circunstância, de si por só, revela por qualquer cor de lente que se veja, a diversidade dos fatos a impedir, por isso mesmo, eventual possibilidade de conexão, nos termos ensartados no artigo 103 do Código de Processo Civil, conforme se depreende do excerto abaixo transcrito:

"Como a causa de pedir abrange razões de direito e de fato, se diversos são os fatos em que se apoiam os pedidos não se caracteriza a conexão" (RT 625/93, RP3/330 em 50.)

Á vista disso, afigura-se-nos descaracterizada a preliminar de conexão que, por equívoco foi articulada pela Embargante.

2. CONTEÚDO DO PEDIDO

A questão de fundo exige breve análise sobre as fontes formais secundárias do Direito Tributário, notadamente no que diz respeito ao ato Administrativo, previsto no art. 100, Inciso I do CTN.

Falemos, então, uma palavra sobre a eficácia do ato Administrativo e o eventual direito da Embargante de invocá-lo para demonstrar que agiu de acordo com orientação do referido ato.

Bernardo Ribeiro de Moraes, dissertando precisamente sobre a questão em foco, revela que a matéria é deveras convertida, devendo o aplicador da lei analisar, no primeiro momento, as repercussões desses atos administrativos que, **contra legem**, concedem vantagens ao contribuinte. Passo seguinte, qual a situação dos contribuintes que, atendendo tais atos, prestam obrigação tributária com desrespeito ou violação da lei e, conclui indagando, tal ato ilegal, poderia acarretar penalidade aos contribuintes?

Em resposta às indagações retroaludidas, valho-me do magistério do próprio professor paulista, em sua obra "compêndio de DIREITO TRIBUTÁRIO", ed. Forense, ano 1987, pág. 374 vazado nos seguintes termos:

"Na hipótese, o ato praticado pelo contribu-

inte, embora com fulcro em ato administrativo normativo, violou a lei. Não podemos negar que a legalidade deve ser restaurada. Em verdade, o respectivo ato normativo não poderia ser aplicado, visto que diante de vício da legalidade não tinha ele condições de vincular a administração ao seu cumprimento, naquela forma preconizada. Se o tributo foi pago em quantia inferior à legalidade prevista, persiste ainda a obrigação, para o contribuinte, de complementá-la. O poder Público não pode renunciar ao Tributo, cujo lançamento constitui ato vinculado e obrigatório, por parte da Administração.

Na hipótese de o constituinte ter agido de conformidade com os atos normativos Administrativos, tal fato exclui a exigência da prestação tributária devida em face da Lei".

À toda evidência, resta desnublado de dúvidas que persiste a obrigação da Embargante de recolher aos cofres públicos a diferença do valor da prestação tributária que se encontra pendente, conforme faz prova a certidão de DÍVIDA ATIVA, que sustenta a crédito exequendo ora em discussão, pois, "IN CASU", houve um mero erro de direito, MANIFESTANTE ESCUSÁVEL.

Isto posto, confia em que V. Exa., há de rejeitar os Embargos, condenando a Embargante nos honorários e custas processuais e, em consequência mantenha a penhora e julgue procedente a Execução.

Protesta e requer por todos os meios de prova em direito admitido

Nestes Termos
P. Deferimento

Manaus, 27 de novembro de 1992

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, por sua Procuradoria Geral, sediada na Rua Ferreira Pena, 366 - Centro, nesta Capital, através do Procurador do Estado que esta subscreve, ut delegação anexa, citado para os termos da AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, sob Nº 153/92, que lhe movem SAUL ROGÉRIO RAMOS DE ATAYDE e sua mulher CARMEM SOUTO MAIOR, comparece, com o respeito e acatamento devidos, à audiência de V. Exa., na guarda do prazo legal, para oferecer C O N T E S T A Ç Ã O à sobredita demanda, tendo em vista as razões de fato e os fundamentos de direito a seguir alinhados:

Na presente demanda, pretendem os Autores haver indenização por suposta desapropriação indireta, contra o Estado do Amazonas, ora Réu, relativamente à parte do imóvel denominado "Bela Vista", situado na margem direita, Km. 2, da Estrada do Aleixo, invadida por populares, em agosto de 1985, que nele se instalaram e construíram suas moradias, dando origem assim, ao atual Bairro de São Sebastião.

Para tanto alegam, em síntese, que o Estado do Amazonas, por seu Governador à época, foi o responsável pela invasão parcial do imóvel em menção e, por isso, reclamam indenização de cerca de 31.001,59 m², que remanesceram do total de 81.139,76 m², após a alienação de 50.138,17 m² à SOAPLAM - SOCIEDADE AMAZONENSE DE PLANEJAMENTO E ADMINISTRAÇÃO S/A.

Entretanto, P R E L I M I N A R M E N T E, não pode, de modo algum, prosperar a demanda aparelhada eis que os Autores são, desenganadamente, carecedores do direito à ação que aforaram, em decorrência da flagrante ilegitimidade **ad causam** do Estado do

Amazonas, na relação processual.

Efetivamente, a situação de fato narrada na inicial, escolmada dos naturais exageros, não caracteriza, por mais esforço que se faça, a pretendida desapropriação indireta ou desapossamento administrativo, supostamente praticado pelo Estado do Amazonas.

Assim, ao contrário do que apregoam os Autores, os fatos descritos denotam apenas mais um caso típico, dentre muitos outros, de invasão de propriedade particular, por populações carentes e de baixa renda, mercê da grave crise social e econômica que castiga o País, há mais de uma década. Trata-se, portanto, de fenômeno social frequente tanto nos centros urbanos como na zona rural, como tem sido amplamente noticiado na imprensa nacional.

Bem se vê, por isso, que, ao revés do que insinuam os Autores, o estado do Amazonas não tem, de modo algum, qualquer responsabilidade ou participação na invasão noticiada, tanto mais que não é ele que está ocupando a área invadida, mais sim os particulares que dela se apossaram por sua conta e risco.

Apesar disso, são perfeitamente compreensíveis os motivos que levaram os Autores a "elegerem", comodamente, o Estado do Amazonas, como o responsável pelo desapossamento, na ânsia de dele arrancar sua possível indenização.

É que as pessoas que verdadeiramente se assenhorearam do questionado imóvel e, nele permanecem, pela sua própria condição social, são economicamente tão fracas que dificilmente os Autores colherão algum resultado contra elas litigando, com risco ainda de provocar o clamor popular.

Daí, por conseguinte, a "escolha" temerária do Estado do Amazonas, pois nada melhor do que demandar contra quem, apesar de não ser o responsável pela suposta violação do direito do Autores, tem, no entanto, idoneidade e capacidade econômico-financeira para suportar os eventuais gravames de uma decisão condenatória.

Sem dúvida alguma, a conduta do Autores é absolutamente temerária, por caracterizar litigância de má-fé, ao se lançarem conscientemente, em autêntica aventura judiciária, que, ao final, poderia resultar-lhe bastante proveitosa, não fosse a certeza de que o Poder Judiciário, atento às ardilosas manobras dos demandantes, saberá, no exercício de sua competência jurisdicional, recharçar com vigor a descabida e ilegítima pretensão por eles deduzidas.

Como bem se observa, é o Estado do Amazonas parte manifestamente ilegítima, visto como não patrocinou nem incentivou, por qualquer meio, a ventilada ocupação do imóvel por particulares, nem detém, real e objetivamente, a sua posse.

Por isso, os Autores aforaram erroneamente a sua pretensão, demandando equivocadamente contra o Estado do Amazonas, quando, na verdade, deveriam dirigi-la contra quem efetivamente ocupa e detém o imóvel em referência, no caso, os seus invasores e ocupantes que dele se assenhorearam.

De fato, como argumentam os próprios Autores, trazendo à colação jurisprudência da Suprema Corte, a ação de desapropriação indireta, por eles aforada, é uma criação petroriana à base da reivindicação, convertida em indenização de esbulho. Funda-se, portanto, a ação no direito de propriedade.

De consequência, tem-se que é pressuposto básico da desapropriação indireta a apropriação real e efetiva de bens do particular pela Administração, sem a observância do devido processo legal, como preleciona, com reconhecida autoridade, o Prof. Miguel Reale: "É claro que a expropriação indireta pressupõe o desapossamento de um bem particular através de atos de ocupação que, por sua natureza e alcance, positivem a sua transferência definitiva para o patrimônio público, sem ter havido o devido processo expropriatório" (RT 419/37).

Na trilha do ensinamento do insigne mestre, também decidiu a 4ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que "a desapropriação indireta consiste no fato de apropriar-se a Administração dos bens de um particular sem o emprego dos processos legais" (RT 454/140).

Definidos assim, pela doutrina e jurisprudência, os contornos jurídicos da desapropriação indireta, que nada mais é, na essência, do que uma reivindicatória, convertida em indenizatória de esbulhos, tem-se evidentemente, como não caracterizada, na espécie, a pretendida desapropriação indireta ou desapossamento administrativo.

De feito, apesar do esforço desenvolvido pelos Autores na "construção" de sua descabida e inconsistente tese, o Estado do Amazonas, como deflui na narrativa dos fatos, jamais participou, concorreu ou mesmo incentivou a invasão praticada por terceiros, como também nunca se apropriou ou mesmo se apossou, no todo ou em parte, do imóvel em apreço.

Destarte, o Estado do Amazonas não se pode validamente imputar qualquer responsabilidade por atos de terceiros particulares, que possam ter molestado o direito de propriedade dos Autores. Não há objetivamente, nenhum nexos causal entre a ação estatal e a perda do direito de propriedade.

Aos Autores, portanto, competia defenderem a sua posse e

propriedade contra os molestadores, pelos meios legais postos à sua disposição, como o fez a TEMAL - TÉCNICA DE ENGENHARIA, MÁQUINAS E AGRICULTURA LTDA, sucessora da SOAPLAN, proprietária de parte do questionado imóvel (fls. 42 usque 48), e não se quedaram inertes, sem esboçarem qualquer reação, para, só depois de cinco anos pretenderem reparação contra quem não teve qualquer responsabilidade no episódio, nem ocupa ou detém o imóvel.

Como é curial, a ação reivindicatória deve ser proposta pelo proprietário reivindicante, contra quem injustamente possui o bem reivindicado. Dentro dessa ordem de idéias, sendo a ação de desapropriação indireta, na essência, uma reivindicatória, que na impossibilidade de se reaver o próprio bem porque ocupado pelo poder Público, converte-se em indenizatória, é evidente que somente tem cabido quando a administração se apropria, de modo real e objetivo, do bem do particular.

In casu, se o imóvel ventilado se acha na posse de terceiros invasores, que nele construíram as suas moradas, é contra eles que os Autores devem dirigir a pretensão reivindicatória, e não contra quem nele não se apropriou, nem o ocupa, real e efetivamente.

Esse entendimento encontra eco no acórdão unânime da 2ª Câmara Cível, do Colendo Tribunal de Justiça deste Estado, no julgamento da Apelação Cível nº 70/71, ementado nos seguintes termos:

“Na desapropriação indireta, a indenização deve ser pedida àquele que realmente ocupa o imóvel, e não a quem apenas ficou autorizado a doá-lo, mormente se dele não era proprietário”.

Na ação de desapropriação indireta a que se reporta o acórdão transcrito, discutiu-se quem deveria pagar a indenização correspondente; se o Estado do Amazonas que foi autorizado por lei a doar ao Ministério da Aeronáutica - União Federal, imóvel do qual não possui o domínio; ou a União Federal, que, na verdade, o ocupava real e efetivamente.

Ainda nessa senda, mais categórico e ajustável ao caso **sub judice** é a orientação firmada pela 1ª Câmara Cível do Colendo Tribunal de Justiça deste Estado, no julgamento da Apelação Cível nº 32/75, em aresto unânime assim ementado:

“Desapropriação - Não tende sido concretizada a desapropriação, assim como não

havendo prova de que o Estado tenha se apropriado das terras desapropriadas, não há de se pleitear indenização”.

A essa altura, não resta mais nenhuma dúvida quanto à manifesta ilegitimidade *ad causam* do Estado do Amazonas, a qual fumina de carência do direito à ação aforada pelos Autores, impondo-se, *data venia*, a extinção do processo, sem jugamneto do mérito, a teor do que estabelece o art. 267, VI do Código de Processo Civil, com os ônus da sucumbência.

Por outro lado, mesmo que superada fosse a arguida preliminar de falta de legitimidade passiva do Estado do Amazonas, o que se admite apenas para argumentar, observa-se ainda que o pedido formulado pelos Autores é flagrantemente excessivo, posto que desborda dos limites de seu possível direito de propriedade, traçado no respectivo título dominial.

De fato, consta da certidão do registro imobiliário acostada às fls. 31, que o imóvel "Bela Vista", antes da alienação parcial à SOAPLAN, possuía uma área de 63.750,00 m², inserida no perímetro de 1.600,00 mls, possuindo limites e confrontações perfeitamente definidos, com a indicação precisa de linhas, distâncias, rumos e azimutes.

Com a alienação de 50.138,15 m² à SOAPLAN, como expressamente declarada pelos Autores, na exordial, e comprovada pelos documentos colacionados, remanesceu, logicamente, sob o seu domínio, uma área de apenas 13.611,85 m².

No entanto, os Autores de modo estranho e incompreensível, postulam indenização relativa a uma área de cerca de 31.001,59 m², argumentando, em frontal desacordo com o título de domínio, que a gleba possuía, originariamente, uma área efetiva de 81.139,76 m², fruto, pois, de manifesta megalomania.

Com essa ingênua e simplista argumentação, os Autores pretendem, nada mais nada menos do que abocanhar, por via oblíqua, cerca de 17.389,76 m² de terras devolutas adjacentes, como, aliás, já haviam tentado anteriormente, por via do esdrúxulo pedido de retificação de área, de caráter administrativo, formulado perante o Juízo da 1ª Vara da Família e Registros Públicos da Capital (fls. 49 usque 51), o qual como era de se esperar, não prosperou.

Esse insólito e ilegal alargamento de domínio pretendido pelos Autores, que excede em mais de 25% a área originária de 63.750,00 m² constante do título de propriedade, já foi realçado no jugamento da Ação Adjudicação Compulsória nº 364/84, movida pela SOAPLAN contra os Autores, pelo Juízo da 6ª Vara Cível da

Capital, cuja sentença, acostada às fls. 109 usque 119, na parte decisória, contempla, **verbis**:

“Segundo a Autora, adquiriu o lote de terras denominado “Bela Vista”, terreno esse com uma área de 63.750,00 m².

Posteriormente, numa operação aritmética que escapa ao raciocínio deste Juízo, essa área foi desmembrada em duas outras menores: uma de 50.138,17 m² e outra, de 82.242,05 m²”.

Está evidenciado, portanto, que a ampliação de domínio pretendido pelos Autores é absolutamente ilegal e ilegítimo, visto que a sua titularidade, com o desmembramento feito em favor da SOAPLAN, ficou limitado a apenas 13.611,85 m² e não a 31.001,59, como postulam.

Como restou exaustivamente demonstrado, os Autores incidiram em duplo equívoco: primeiro, demandando erroneamente contra quem não possui legitimação para a expropriação indireta, por não ter se apropriado do imóvel em apreço, nem ter concorrido, de nenhuma forma, para sua invasão; segundo, por postularem mais direito do que efetivamente possuem.

Tais circunstâncias inviabilizam por inteiro a pretensão deduzida pelos Autores, determinando, por conseguinte, a total improcedência da ação aparelhada.

Para prova do alegado, o contestante protesta e requer, desde logo, por todo o gênero probatório em direito permitido, especialmente depoimento pessoal dos Autores, pena de confissão, oitiva de testemunhas, perícias técnicas, requisições e juntada de documentos.

À vista de todo o exposto, requer o ESTADO DO AMAZONAS à Vossa Excelência se digne de, acolhendo a preliminar de ilegitimidade de parte, extinguir o processo sem julgamento do mérito ou apreciando o mérito, julgar improcedente a ação intentada, com a condenação dos Autores no pagamento das custas e honorários advocatícios, na base de 20% sobre o valor que for fixado para a causa, no incidente de impugnação.

P. DEFERIMENTO

Manaus (AM), 24 de julho de 1.992.

JOÃO BOSCO DANTAS NUNES
Procurador do Estado

EXMA. Sr^a. Dr^a. JUÍZA DE DIREITO DA SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, por intermédio do Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal da Procuradoria Geral do Estado, subfirmado, vem à audiência de V. Exa., na guarda do prazo legal, expor sua razão de

CONTESTAÇÃO

à MEDIDA COUTELAR INOMINADA COM PEDIDO DE LIMINAR, que lhe move PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS, já qualificada, com fulcro nos fundamentos jurídicos a seguir esgrimidos.

Em estreita síntese, a CONTESTAÇÃO pretende ver suspensa, com o adiantamento da cautela requerida, a exigibilidade do pagamento de ICMS decorrente de operações de transferências de bens e materiais de seus estabelecimentos situados em outros Estados da Federação para o Estado do Amazonas.

A legislação que autoriza o surgimento da obrigação tributária nessas operações de transferências, segundo a Contestada, é manifestamente inconstitucional. Por isso, sustenta ela, então em incompatibilidade vertical com a Lei Maior, in casu: a legislação "lastreada no art. 2º da Lei nº 1.320, de 28.02.78, alterada pela Lei nº 1.830, de 30.09.88, do Decreto nº 11.773 de 30.01.89 e nos Convênios 66/88 e 19/91 ... "(p. 2 da petição de ingresso).

Aqui chegados, uma conclusão: a Contestada sustenta a tese, em sede de controle difuso, da inconstitucionalidade da legis-

lação que autoriza a exigibilidade de ICMS a quando da remessa de bens e materiais de seus estabelecimentos situados em outros Estados, para consumo ou ativo fixo, de estabelecimento situado no território tributário do Amazonas.

Demarcado esse pressuposto, passa-se a demonstrar a impertinência da tese central e, por via de efeito, das teses ancilares, quais sejam, as da ofensa aos princípios da legalidade e não-cumulatividade; e de que os bens não se constituem em mercadorias; a de que inexistente fato gerador e, finalmente, a de irregular acúmulo de crédito fiscal.

Para melhor compreensão da matéria sob debate, há de se inverter, cronologicamente a ordem de legislação malsinada de inconstitucionalidade, no pensar da Contestado.

De feito, a matriz legislativa, o comando legal que autorizou o Estado do Amazonas a editar a legislação suplementar à regulação da incidência do ICMS sobre as operações de transferências de bens entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, é o Convênio nº 66/88.

Examinemo-lo

COMPETÊNCIA CONCORRENTE E COMPETÊNCIA PLENA DOS ESTADOS EM MATÉRIA DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

A nova fisionomia da federação brasileira, vista do ângulo da descentralização do Poder, fez com que a carta de 1988 outorgasse aos Estados e Municípios competências antes centralizadas pela União.

Disso resultou que os estados pudessem, segundo a nova ordem Constitucional, legislar concorrentemente sobre, *vg.* direito tributário (art. 24, I).

Por outro lado, cioso o Constituinte da habitual morosidade da produção legislativa complementar e ordinária estabeleceu a regra constitucional segundo a qual "inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades" (art. 24, § 3º).

Daí a pertinência clara de que os Estados podem legislar, com competência concorrente, sobre direito tributário e, na ausência de normas gerais da União, com competência plena.

Assim, se a União não editar lei complementar, que fixe normas gerais sobre determinado assunto inerente à competência concorrente, ao Estado é outorgado a competência para fazê-lo.

CONVÊNIO ICMS 66/88 - NATUREZA JURÍDICA DELEGAÇÃO DE HIERARQUIA PLENA.

Relembrando que a legislação estadual sobre ICMS de que trata a Lei nº 1830, de 30.09.88, e posterior produção normativa tida pela Contestação como inconstitucional, foi fundada no CONVÊNIO ICMS Nº 66/88, impõe agora o estudo legalidade ou da constitucionalidade desse anômalo instrumento legiferante, bem como da sua natureza jurídica.

Compete aos Estados e ao Distrito Federal, averba o art. 155 da CR, instituir

"I - imposto sobre:

a) omissis

b) operações relativas à circulação de mercadoria e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

A implementação do novo sistema tributário nacional, como é óbvio e exige o próprio modelo constitucional vigente, impõe a tarefa ligiferante integrativa e regulatória dos tributos que integram o sistema.

Daí a necessidade constitucionalmente prevista de tornar eficaz o novo sistema tributário relativamente ao ICMS com a edição de lei complementar que definisse seus contribuintes; que dispusesse sobre substituição tributária; que disciplinasse o regime de compensação do imposto; que previsse exclusão de incidência e manutenção de crédito e regulasse como isenções, incentivos e benefícios fiscais, senão concedidos ou revogados; que instituisse fato gerador base de cálculo, etc. (art. 146 e 155, § 2º, XII).

É sabido que boa parte dessa regulação preexistia à Constituição de 1988, e por ela recepcionada, é óbvio, naquilo que lhe não contrariou. Outro tanto, todavia, precisava ser regulamentada para pôr em funcionamento o novo sistema tributário, o qual, por ordem constitucional irrecusável, entraria em vigor a 1º de março de 1989 (art. 34 do ADCT).

Prudente - e muito mais que isso - ciente da repercussão política-social negativa que se abateria sobre o País acaso o novo sistema tributário não fosse eficaz a partir de 1º de março de 1989, acautelou-se o constituinte com a fixação da estipulação de natureza condicional e provisória estamopada no § 8º do art. 34 do ADCT/88, **verbis**:

"§ 8º - se no prazo de sessenta dias contados da promulgação

da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria".

"Aí se conferiu, como é visível, em favor dos Estados e do Distrito Federal, colegiadamente considerados e acertados em convênio, autêntica delegação legislativa de hierarquia complementar. É certo que emergencial e de eficácia provisória; mas, de qualquer sorte, delegação legislativa", como chancela o ex-Min. do Supremo Tribunal Federal, Xavier de Albuquerque.

Delegação legislativa **plena**, diríamos nós, apenas em homenagem a didática que a oportunidade impõe.

Trata-se, é visível a mais não precisar enxergar, de competência legislativa atípica, excepcional mesmo, conferida ao Executivo para, esgotado o prazo de que cuida o § 8º, do art. 34 do ADCT/88, editar normas gerais, através de "Convênios" necessárias à instituição do ICMS.

Como vivemos de hábitos, não seria difícil prever que o legislador infraconstitucional (complementar) pudesse, por omissão - deliberada ou não - negar vigência à regra constitucional que prevê o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação e frustrar a eficácia do novo sistema tributário relativamente ao ICMS. Por isso, cauteloso, o Constituinte decidiu conferir aos Estados e ao Distrito Federal, consertados colegiadamente através de "Convênio", autêntica delegação legislativa de hierarquia complementar para, provisoriamente, editar normas gerais necessárias à implementação do imposto (ICMS), até a edição da lei complementar de que trata o art 155, § 2º, XII, da CR.

Aliás, afastada a hipótese de exercício de adulteração mental, outra não poderia ser a ilação extraída da dicção linear do § 8º do art. 34 do ADCT/88, cuja prescrição se repete:

"§ 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementares necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria".

É evidente, pois, que o Convênio autorizado pelo § 8º do art. 34 do ADCT/88, não só tem força de Lei complementar, porque

cuida de matéria materialmente reservado à lei complementar, mais porque também a delegação de competência legislativa atípica conferida aos Estado e ao Distrito Federal reveste-se de natureza plena, para atender a peculiaridades de cada Estado da Federação, até a entrada em vigor da lei complementar reclamada pelo art. 155, § 2º, XII, da CR.

Se assim não fora, com a manifesta e prolongada omissão do legislador federal constituído, até hoje silente, inerte quanto à edição da lei complementar reclamada à instituição do ICMS, os Estados simplesmente estariam "quebrados", estendendo a mão a caridade pública, ou, ainda, - o que seria moralmente mais grave - estariam realimentando a deletéria prática da fisiologia política, em face de inevitável relação promiscua e incestuosa que necessariamente manteriam com o Governo central à cata de recursos indispensáveis à satisfação mínima do bem-estar social.

A previsão normativa contida no texto do art. 34, § 8º, do ADCT da constituição da epública, com certeza cartesiana, é de lei complementar, de eficácia provisória e necessária à instituição do ICMS.

De qualquer sorte, uma coisa é a possibilidade de crítica acadêmica que enseja a circunstância de o Poder Constituinte ter conferido delegação legislativa plena ao Executivo para, mediante "Convênio", fixar normas para regular provisoriamente a matéria relativa ao ICMS. Outra, bem diversa e estapafúdia, é pretender-se negar vigência e a natureza de lei complementar ao "Convênio" nº 66/88.

O que não se conhece também é que, podendo instituir o tributo, não possa o legislador ordinário estadual, com base no "Convênio" nº 66/88, estabelecer posterior regulamentação para tornar eficaz a implementação do novo sistema tributário relativamente ao ICMS.

Numa palavra: se não fosse possível, com base no Constituição da República, (arts. 146, 155, l b s 2º XII, e art. 34, § 8º do ADCT, e no "Convênio" nº 66/88), o Estado implementar a combraga do ICMS, estar-se-ia negando a própria Constituição.

Embora a Contestada possa entender como heresia jurídica, o certo é que o Poder Constituinte, que tudo pode, expressamente arquitetou o "Convênio" como meio legislativo adequado para instituição do ICMS pelos Estados, em toda a sua plenitude, salvante a cláusula temporal ou o limite da provisoriedade a depender exclusivamente da ação do Congresso Nacional quando e se editar a lei complementar prevista no art. 115, § 2º, XII.

Dúvidas não há, pois, que a natureza do "Convênio" arquitetado pelo § 8º do art. 34 do ADCT/88, é da espécie normativa do processo legislativo transitório, visivelmente permitida pela atual Constituição, que convive ao lado e harmonicamente com as demais espécies normativas do processo legislativo que integram o corpo permanente da Lex Fundamental. Aliás, sem nenhuma afetação ao modelo histórico do Constitucionalismo brasileiro mais ortodoxo, que já conviveu com o Decreto-lei e agora com Medida Provisória, também com força de lei.

De resto, máxima concessa venia, não cabe ao Poder Judiciário emitir juízo de valor acerca da oportunidade política da delegação feita ao Executivo através do § 8º art. 34 da Constituição da República (ADCT), mesmo porque, sendo poder instituído, não pode julgar o poder instituinte, salvo se, não poder caber de forma diversa, possível fosse declarar-se a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição da República.

Posto isto, e à compreensão de que, nos termos das supratranscritas disposições constitucionais, o Convênio nº 66/88 celebrado entre as Unidades Federadas de 2º grau e, por via de efeito, a Lei Estadual nº 1.830, de 30.09.88 e o Decreto regulamentar nº 11.773, de 30.01.89, constituem corolário indispensável à instituição do ICMS, que encontra fundamento de validade no art. 34, § 8º do ADCT da CR, outra conclusão não se pode chegar senão de que a presente regulamentação do novo imposto (ICMS) há de ser prestigiada e obedecida até a edição da Lei Complementar de que fala o art. 155, § 2º, XII, da Constituição da República.

LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL FULCRADA NO "CONVÊNIO" Nº 66/88.

Demarcados os pressupostos da constitucionalidade e da natureza de lei complementar do "CONVÊNIO" Nº 66/88, o qual, autorizado pelo § 8º do art. 34 da Constituição da República (ADCT), estabeleceu as normas gerais necessárias à instituição do ICMS, passa-se agora à contestação das teses ancilares sustentadas pela A., mas não sem antes demonstrar a legalidade da legislação estadual complementar, impugnada pela Contestada.

Sendo certo que a matéria em debate se inscreve no âmbito de direito tributário, menos certo não é a assertiva de que ao Estado compete, em caráter concorrente, legislar sobre direito tributário.

Di-lo, com efeito, o art. 24, I, da Constituição da República: "art. 24. Compete á união; aos Estados e ao Distrito Federal

legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário.

Sabido, doutro passo, que no âmbito da competência concorrente à União compete apenas e tão somente fixar normas gerais e, considerando que, na hipótese, as normas gerais foram provisoriamente estabelecidas através do dito e repetido "CONVÊNIO" nº 66/88, chega-se a inobjetável conclusão de que aos Estados lhes foi reservada competência suplementar para legislar sobre o direito tributário.

Pois bem, fulcrado nessa previsão constitucional de competência concorrente e nos termos do Convênio Nº 66/88, alterado pelo Convênio nº 19/91, o Estado do Amazonas promoveu a adequação de sua legislação á nova sistemática do ICMS imposta pela nova ordem constitucional.

Adequação, este é o vocábulo absolutamente correto, na exata medida em que, como logo se verá, a legislação editada pelo Estado não foi além nem á quem das suas matrizes, ou sejam, a Constituição da República e as Normas Gerais relativas à instituição do ICMS (Convênio n. 66/88 e alterações posteriores, máxime, no particular, o Convênio nº 19/91).

CONTRAPONTO ÀS TESES ANCILARES

Isto posto, não se pode macular de inconstitucional a exibibilidade de ICMS a quando da transferência de bens de outros Estados para filiais ou similares no Estado do Amazonas, seja para compor o ativo fixo.

Por quê?

A uma, porque a própria Constituição da República prevê a hipótese de incidência em relação ás operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidos final localizado em outro Estado (hipótese dos outros), adotando-se de duas uma das seguintes posições: a) cobra-se alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto: b) cobra-se alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele; (art. 155, § 2º, VII, a e b).

A duas, porque o fato gerador, isto é, o momento fático que dá nascimento a obrigação tributária da hipótese sub examine está claramente definido nas NORMAS GERAIS DO ICMS (CONVÊNIO Nº 66/88), assim:

Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

I - omissis

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de

mercadoria oriunda de outro Estado, destina a consumo ou ativa fixo;

A três, porque o Convênio N° 19/91, embasado na Lei Complementar n° 24, de 7 de janeiro de 1975, expressamente recebida pelo § 8° do art. 34 do ADCT/88, disciplina detalhadamente o tratamento tributário referente às operações interestaduais de bens do ativo fixo ou de material de uso ou consumo, determinado que nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa (caso dos autos), observar-se-á:

- o estabelecimento remetente emitirá Nota Fiscal, indicando como valor da operação, o da última entrada do bem imobilizado ou do material de consumo, aplicando-se a alíquota interestadual e apropriando-se dos créditos fiscais originários cobrados, a qualquer título sobre o respectivo bem ou materiais:

- o estabelecimento destinatário pagará o diferencial de alíquotas, correspondentes à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Ademais, a própria Constituição elege a ENTRADA como fato gerador do ICMS (art. 155, § 2°, IX, a)

Esclarecendo que o Convênio n° 19/91 nada mais fez do que regularmente o art. 155, § 2°, VI, a e b e VIII, da Constituição da República, conclui-se com a força irresistível da lógica que não se pode apontar, seriamente, nenhum vício formal ou material ao art. 7° inciso II, da Lei n° 1893/88, que simplesmente dá concreção, no âmbito estadual, à regra do art. 155, § 2°, VI e VII da CR e o art. 2°, II, do Convênio n° 66/88. Igual raciocínio se aplica a outras disposições legais estadual, as quais, tal como a regra do art. 7° prefalado, limitaram-se a dar concreção às NORMAS GERAIS ICMS a fim de que o novo sistema tributário nacional pudesse produzir os efeitos desejados pela LEI MAIOR.

Raciocinando em síntese radical e em círculo: não há falar em inconstitucionalidade da legislação estadual que deu concreção à LEI MAIOR e às NORMAS GERAIS INSTITUIDORAS DO ICMS através do Convênio n° 66/88 e alterações posteriores, sem antes acoiar de inconstitucionalidade a própria Constituição que, através do art. 34, § 8° do ADCT, autorizou aos Estados editassem CONVÊNIO, com força de lei complementar, para regular provisoriamente a matéria necessária à instituição do ICMS.

Por fim, e só por amor à discussão, anote-se que, inconsistentes, também são, as teses de que a exibilidade do ICMS na hipótese de que se cuida, fere o instituto da não-cumulatividade e acarreta por consequência, acúmulo de crédito fiscal.

Só a primeira vista impressiona o raciocínio da Contestada. Sim, porque a não-acumulatividade consiste em se compensar o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado, ou pelo Distrito Federal.

Ocorre que da obrigação tributária sob debate não nasce direito a crédito fiscal porque, em se tratando de bens do ativo fixo, ou consumo, não há que se falar em saída subsequente do estabelecimento.

É uma operação aritmética: não há crédito, não há débito.

Bem por isso que, às claras, averba o art. 31 do muitas vezes invocado "CONVÊNIO" nº 66/88, **verbis**:

Art. 31. Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

I - omissis

II - a entrada de bens destinados a consumo ou á integração no ativo fixo do estabelecimento.

Entretanto, quando e se eventualmente ocorrer a saída do bem do estabelecimento, aí sim, em respeito ao princípio constitucional da não-acumulatividade, o contribuinte terá direito ao crédito fiscal relativo às respectivas entradas na mesma das saídas tributadas, a teor da ressalva consignada no art. 22. § 1º do Regulamento do ICMS do Amazonas, aprovado pelo Decreto nº 11.773/89.

Quanto à sibilina distinção entre mercadorias e bens, para efeito de desoneração fiscal, esgrimida pela Contestada, se mais não bastasse para ilidi-la, encarregar-se-ia a questão com o simples chamamento à liça de excerto do art. 155, § 2º, quando giza que "em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro estado..."

Parece, assim, que discutir a distinção entre mercadorias e bens, para efeito de desoneração fiscal, é hoje tão inócua quanto ontem foi discutir o sexo dos anjos.

Em arremate: a exibibilidade do ICMS na hipótese sobre malhete encontra fundamento de validade superior no art. 155, I, b e § 2º, VI e VII e XII, art. 146 e art. 34, § 8º (ADCT), tudo da Constituição da república; tem fundamento de validade infraconstitucional no CONVÊNIO Nº 66/88, que estabeleceu as NORMAS GERAIS PROVISÓRIAS necessárias à instituição do ICMS e nas alterações posteriores, máxime no Convênio nº 19/91, que regulamentou o art. 155, § 2º, VII e VIII da CR.

Posto isto, espera e requer a FAZENDA PÚBLICA seja

decretada a improcedência da presente Ação Cautelar Inominada, condenando-se a Contestada nas custas e honorários advocatícios, estes calculados à base usual de 20% sobre o valor atualizado da causa.

J U S T I Ç A !

Manaus, 11 de junho de 1992

ELSON ANDRADE
Procurador-Chefe

EXMA.SR^a. DR^a. JUÍZA DE DIREITO DA 2^a VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

Processo nº 0129203863-0 (138/92)

O ESTADO DO AMAZONAS, anteriormente qualificado nos autos da AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO de procedimento sumaríssimo, em que figurou como demandado, proposta perante esse Meritíssimo Juízo por NILAMON BARBOSA DE MELO, amparado nas disposições do art. 513, do Código de Processo Civil, vem, dentro do prazo legal, interpor APELAÇÃO contra a r. sentença que deu pela procedência da ação, rogando a V. Ex^a. que se digne a admiti-la, com as inclusas razões, ordenando o seu processamento e posterior subida à Egrégia Instância Superior.

Nestes termos

Pede deferimentos

Manaus, 07 de abril de 1993

PAULO LOBATO TEIXEIRA
Procurador do Estado

Razões de apelação pelo apelante ESTADO DO AMAZONAS

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL

Merece reforma a douta sentença de primeiro grau que foi proferida com violação a vários dispositivos de lei federal e que julgou procedente a ação, desprezando a culpa comprovada demandante que, consoante, a doutrina e a jurisprudência, exclui a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

É o que será demonstrado no decurso destas razões.

DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL

Ao contestar a ação, o Estado argüiu a inépcia da petição inicial pela falta de prova da propriedade dos veículos envolvidos no acidente alegado pelo autor, questão preliminar que foi apresentada com o seguinte teor:

“A petição inicial da ação que se contesta padece de inépcia, eis que, infringindo as normas congêntes dos artigos 276 e 282-VI, do mencionado estatuto adjetivo, deixou de juntar os DOCUMENTOS DE PROPRIEDADE dos automóveis envolvidos no acidente de trânsito do qual se origina a lide. Com efeito o autor alega que é dono de um dos carros e que o outro, dado como causador do evento, seria de propriedade do Estado. O fato jurídico da propriedade, tanto de um como de outro veículo, envolvido no caso, constitui FUNDAMENTO, ou CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO, cuja ausência de prova esvazia a petição inicial, viciando-a de inépcia, nos expressos dizeres do parágrafo único, inciso I, do art. 295, do aludido estatuto processual.

Sabe-se que a propriedade dos automóveis pode ser comprovada com a NOTA FISCAL DE VENDA do concessionário, ou através do CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULOS, expedido pelo Departamento

de Trânsito dos Estados. Qualquer outro documento de transferência de propriedade só será idôneo, só terá validade, se for acompanhado ou, pelo menos, mencionar expressamente um dos aludidos documentos anteriores. A favor das concessionárias de revenda de determinada marca de automóveis existe reconhecimento público, verdadeira presunção de que seus veículos foram comprados da indústria que os fabricou. Quanto aos Departamentos Estaduais de Trânsito, possuem atribuição legal para efetuar e manter registro de automóveis, por isso que os certificados que expedem desfrutam de fé pública, com presunção de veracidade.

No caso que se aprecia, a afirmativa unilateral do autor, além de não substituir a prova documental, é suspeita, pela só constatação de que ele tem interesse na causa. Do mesmo modo, a informação constante do laudo pericial apresentado não é idônea, pelas seguintes razões:

- a) O LAUDO PERICIAL tem por finalidade fazer prova do acidente de trânsito, informando os veículos e as pessoas nele envolvidas e as possíveis circunstâncias de tempo e de lugar, indicando, se possível, os responsáveis pelo evento. Sobre isso o laudo goza de presunção juris tantum de veracidade. Mas o laudo não se presta a fazer prova da propriedade dos veículos, porque a perícia não tem essa finalidade;
- b) como já se viu, existem documentos apropriados para fazer prova da propriedade dos automóveis e o laudo não se valeu deles, tanto assim que não anexou cópias desses documentos, nem, sequer, indicou a sua existência;
- c) os automóveis recebem tratamento es-

pecial da lei, que obriga a existencia de seu registro, controle e fiscalização por órgãos próprios, por isso - que ao contrário dos demais bens móveis -, a simples posse não pressupõe o domínio. Ou seja, a propriedade dos automóveis exige prova documental própria e essa prova NÃO É O LAUDO PERICIAL DE ACIDENTE DE TRÂNSITO". (fls. 46/47, dos autos)

Ao apreciar esse ponto da contestação, declinou a r. decisão recorrida a seguinte fundamentação:

"Inexiste dúvida quanto a propriedade dos veículos envolvidos no acidente; diante do laudo pericial que atesta a propriedade conforme se vê às fls. 08 dos autos.

O Estado do Amazonas ao denunciar a lide Raimundo Carlos Daniel Mar, prevenindo possível ação regressiva, não apresenta certificado de propriedade do veículo, nem nota fiscal; a petição veio despida de qualquer prova. Refuto, por conseguinte, a preliminar levantada, por dispensar às partes igualdade de tratamento" (fls. 100, dos autos).

Com a devida vênia, assim decidindo a r. sentença recorrida negou vigência aos seguintes dispositivos do Código de Processo Civil, verbis:

Art. 276. "Na petição inicial exporá o autor os fatos e os fundamentos jurídicos, formulará o pedido e indicará as provas, oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos".

Art.333. "O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito".

Art.396. "Compete á parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art.297), com os documentos a provar-lhe as alegações".

É evidente que o laudo pericial, como já ficou demonstrando sobejamente com a transcrição da preliminar sob exame, é um documento imprestável para fazer prova da propriedade de veículos. E a esta conclusão irrefutável se chega com a simples constatação de que A INFORMAÇÃO LANÇADA NO LAUDO PERICIAL FOI FORNECIDA VERBALMENTE AO PERITO PELO PRÓPRIO INTERESSADO, fato que, por si só, já vicia de dúvida a informação. De outro modo, o laudo teria informado o número do CERTIFICADO DE REGISTRO do automóvel, informação que não consta daquele documento.

Em notas de rodapé ao transcrito art. 276, Theotonio Negrão lembra oportunamente:

"O autor pode juntar documentos na audiência de instrução e julgamento (RT 623/178), obedecido, porém, o disposto no art. 398". In Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 20ª ed., p. 181, Rev. dos Tribunais.

Na verdade, nada impedia que o apelado, por oportunidade da audiência, quando foi interrogado, apresentasse o certificado de propriedade do veículo que alega lhe pertencer, refutando, por essa forma, a preliminar suscitada com a contestação. Mas não fez, silenciando totalmente sobre o assunto, INCLUSIVE POR OPORTUNIDADE DO OFERECIMENTO DE SUAS RAZÕES FINAIS, ATRAVÉS DE MEMORIAL, às fls. 79/83, dos autos, QUANDO SE OMITIU TOTALMENTE SOBRE O ASSUNTO, DEIXANDO NOVAMENTE DE REFUTAR A PRELIMINAR.

Na técnica processual, esse silêncio de uma parte importa em ACEITAÇÃO daquilo que foi asseverado pela outra, ou seja, em CONFISSÃO.

A sentença infringiu a regra do art. 276 que exige, nos procedimentos sumaríssimos, que a petição inicial seja instruída com a prova documental, o que foi inobservado pelo autor, visto que o laudo pericial é imprestável para comprovar a propriedade de automóveis. Mas a sentença violou frontalmente também a norma do art. 333, inciso I, do CPC, ao tentar inverter o ônus da prova que, por força do regramento sob exame, é imposto ao autor, para atribuí-lo injustamente ao réu.

É visível que o julgado de primeiro grau incidiu em paralogismo, o que se pode demonstrar com o seguinte exame: a regra é de que o dever de provar incumbe ao autor quanto ao fato

constitutivo do seu direito. No caso que se discute, o fato constitutivo do direito alegado pelo autor é a **propriedade do automóvel**, pois sem ela lhe falta legitimidade para pleitear indenização. Ora, se a simples alegação de propriedade apresentada na inicial não foi admitida pelo réu na contestação, com maior razão ainda incumbe ao autor fazer essa prova, sob pena de inépcia da inicial.

Esse ônus não pode ser invertido, para passar a ser exigido do réu, como pretendeu a douta sentença apelada, pelas seguintes razões: **primeira** - êle é imposto por lei ao autor, não podendo ser modificado pela vontade das partes, ou do julgador; **segundo** - a **propriedade** seria fato constitutivo do alegado direito do autor, como fundamento da indenização pleiteada na ação proposta; **terceiro** - o fato constitutivo do direito do Estado de requerer denúncia do servidor causador do dano, não repousa na **propriedade** do automóvel, mas sim na **culpa** do seu servidor, expressamente atribuída a ele na petição inicial, devendo-se frizar que tal fato constitutivo é estabelecido pelo comando constitucional, como condição expressa do direito de regresso do Estado contra o seu servidor.

Portanto, quando o Estado pede a litisdenuciação do seu servidor, ele o faz com base na CULPA desse servidor. Esta, sim (a culpa) é o fato constitutivo do direito do Estado de denunciar à lide o seu servidor. Quanto à prova da propriedade, repita-se é fato constitutivo do alegado direito do autor que pretende haver indenização, com base em acidente de trânsito. A responsabilidade da Administração Pública é objetiva, por isso que ao autor, cumpre provar apenas o **evento danoso** e o seu **prejuízo**. Mas para demonstrar o seu prejuízo, ele necessita provar antes que era proprietário do veículo envolvido no sinistro. E isto ele não fez. E, ao que tudo indica, ele não fez porque, realmente, não é dono do veículo que alega pertencer-lhe. Nada lhe custava exibir o certificado de propriedade do veículo no momento da realização da perícia, ou juntar uma cópia xerográfica à petição inicial, ou, no momento da audiência, desfazer a dúvida exibindo esse documento que, normalmente, anda sempre no bolso do proprietário, pois a lei o obriga a portar quando dirige. Por último, por que não houve nenhuma refutação, nas razões finais?

Como já se pode entender, a petição de denúncia à lide, formulada pelo Estado, não "veio despida de qualquer prova", como afirma equivocadamente a douta sentença: ela veio forrada pela expressa imputação feita pelo demandante que, por sua vez, invoca a conclusão do laudo pericial, atribuindo a culpa ao servidor do

Estado.

Nesse passo, negou vigência a doutra sentença recorrida ao art. 333-I, CPC, por inversão indevida do ônus da prova ao réu, não cabendo, no caso, a alegada "igualdade de tratamento", mas sim de ATRIBUIÇÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA que ninguém - nem o juiz - pode modificar.

DA EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Por oportunidade da contestação, o demandado demonstrou a exoneração da responsabilidade do Estado, diante da culpa exclusiva do demandante que, indubitavelmente, deu causa ao acidente **AO PARAR O VEÍCULO QUE DIRIGIA NO MEIO DA PISTA DE ALTA VELOCIDADE.**

Antes disso, em sua resposta, o Estado analisou e demonstrou os graves defeitos e contradições do laudo pericial acostado ao feito com a petição inicial. Embora registrando a conduta faltosa do demandante que **PAROU NO MEIO DA PISTA DE ALTA VELOCIDADE DA ENTRADA, À NOITE**, fato que indubitavelmente deu causa ao acidente, o laudo acabou por concluir que a culpa pelo evento era atribuída ao condutor do veículo que alega pertencer ao Estado.

Citou ainda em sua defesa o Estado doutrina do Prof. Hely Lopes Meirelles, onde se constata que a existência de culpa do lesado no evento danoso é causa que exime a Fazenda Pública do dever de indenizar ("Direito Administrativo Brasileiro", 11ª edição, p. 551, Revista dos Tribunais).

Ao ser interrogado, em audiência, o demandante confirmou o seu procedimento culposo, com as seguintes palavras:

"...engatou uma primeira e saiu na frente quando mudou segunda viu um pneu de carreta na sua frente, tinha um pneu no asfalto impedindo a passagem por isso (sic) motivo o DEPOENTE FREOU O CARRO E O CARRO QUE VINHA ATRÁS CONDUZIDO POR RAIMUNDO CARLOS DANIEL MAR, BATEU NA TRAZEIRA DO AUTOMÓVEL DO DEPOENTE..." (destaques pelo apelante. fls. 76, dos autos).

Na verdade, o carro do autor **PAROU NA PISTA DA RODOVIA** e este fato, além da confissão do demandante em audiência, está confirmado pelo próprio laudo pericial que, no tópico

4, sub-item 3, informa que o TRÁFEGO ESTAVA IMPEDIDO MOMENTANEAMENTE e, no tópico 5, afirma que havia um pneu na 3ª faixa de trânsito "OBSTRUINDO A PISTA PARA GARANTIR QUE UM VEÍCULO NÃO IDENTIFICADO REBOCASSE O MÓVEL PLACA GMA-1143...".

Ao examinar esse trecho do laudo pericial, por oportunidade da contestação, o Estado assim se pronunciou:

"É lógico que, se o tráfego estava impedido e a pista obstruída, O CARRO DE PLACA AH-0116 ESTAVA COMPLETAMENTE PARADO.

Exatamente aí está configurada a culpa do condutor do veículo de placa AH-0116: ELE NÃO PODIA FICAR PARADO NO MEIO DA PISTA DA RODOVIA, SEM QUALQUER SINAL OU AVISO QUE ALERTASSE AOS DEMAIS VEÍCULOS EM TRÂNSITO, PORQUE O FATO ACONTECEU A NOITE. Na verdade, ele devia ter se deslocado para o acostamento. Caso não lhe fosse possível, devia, pelos menos, ter providenciado algum aviso ou sinal, principalmente porque ELE OCUPAVA A PISTA CENTRAL DA ESTRADA, RESERVADA AOS VEÍCULOS EM MAIOR VELOCIDADE..." (fls. 50).

A presunção de culpa do motorista de automóvel que atinge por trás é desfeita pela conduta faltosa de quem pára veículo no meio de pista de trânsito rápido, como comprova a seguinte jurisprudência:

"Encontrando-se o veículo parado em avenida de trânsito rápido, com o 'pisca-alerta' acionado, mas sem qualquer outra sinalização que alertasse os demais carros que transitavam pelo local, e não provando seu condutor a ocorrência de imprevisto defeito mecânico, inexistente a presunção de culpa do motorista que o atingiu pela traseira, presunção, aliás, que só se aplica quando a batida se dá na corrente de tráfego" - 3ª C. do 1º TAC-SP, apel. nº 316.551, v. un. em 13.10.1993, rel. Juiz José Osório. RT-595/

156. (Apud "Acidentes de Trânsito Interpretados pelos Tribunais", de Wilson Bussada, 3ª ed. p. 186).

Por todos os motivos aqui expostos, o ESTADO DO AMAZONAS confia que esse Egrégio Colegiado haverá de acatar estas razões e, em atenção aos seus jurídicos fundamentos, haverá de dar provimento a esta apelação para reformar a douta sentença recorrida, dando pela improcedência da ação.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Manaus, 07 de abril de 1993

PAULO LOBATO TEIXEIRA
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio do Procurador infrafirmado, nos autos da AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL proposta por PETRÓLEO BRASILEIRO S/A — PETROBRÁS, vem perante V.Exa., apresentar CONTESTAÇÃO, com fundamento no artigo 300 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 188, também da Lei Adjetiva Civil e pelas razões de fato a seguir expostas:

I. PRELIMINARMENTE

1. INÉPCIA DA INICIAL

A Autora, em sua petição, descumpriu, o artigo 282, especificamente o inciso VI do citado dispositivo o artigo 283 ambos da Lei Adjetiva Civil, que determinam:

"Art. 282 — A petição inicial indicará:

.....
.....
.....

VI — as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

.....
.....

"Art. 283 — A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação".

Da consulta dos autos, resta incontestemente não ter a A. cumprido as regras supracitadas. Limitou-se a juntar cópias de notas fiscais emitidas por PETROBRAS — Petróleo Brasileiro S/A, sediada em Fortaleza para a Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS REMAN, sediada em Manaus/AM, (fls. 23), e por Petróleo Brasileiro S/A, estabelecida em Duque de Caxias no Rio de Janeiro para Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS de Manaus/Am, (fls. 24). Ressalte-se que esses documentos fiscais não constituem lançamento de ICMS, sendo imprestáveis como prova para exigência do ICMS sobre tais operações, por diferença de alíquota. Assim, inexistente nos autos qualquer início de exação fiscal como pretende fazer crer a Autora que estaria a Contestante a exigir-lhe.

Em verdade, o RICMS, aprovado pelo Decreto nº 11773/89, no artigo 224 e seguintes, torna obrigatória a emissão de notas fiscais para efeito de controle contábil-fiscal das operações comerciais realizadas, não constituindo quaisquer das espécies das notas fiscais, lançamento tributário para tornar exigível o tributo lançado.

A legislação relativa ao início do procedimento tributário para constituir o crédito tributário se encontra no Decreto nº 4564/79 que aprova o regulamento do Processo Tributário Administrativo que em seu artigo 43 assim enuncia:

"Art. 43 — Considera-se iniciado o procedimento tributário administrativo de apuração das infrações à Legislação Tributária, para o fim de excluir a espontaneidade de iniciativa do sujeito passivo;

I — com a lavratura do Termo de início de Fiscalização, ou intimação escrita para apresentar livros fiscais ou comerciais, ou outros elementos de interesse para a Fazenda Estadual;

II — com a lavratura do Auto de Infração e Notificação Fiscal ou do Auto de Apreensão;

III — com qualquer ato escrito de autoridade competente, que caracterize o início do procedimento para apuração de débito fiscal".

Pode constatar-se nos autos que a Autora deixou de juntar quaisquer dos documentos constantes do RPTA, através dos quais a Contestante poderia estar exigindo, compulsoriamente, o paga-

mento de ICMS, por diferença de alíquota, porventura incidente sobre as operações realizadas através das notas fiscais anexadas as fls., 2425. De conseqüência, é flagrante o descumprimento aos artigos 282 e 283, ambos do CPC, a exigir a decretação da inépcia da inicial, indeferindo-a, de plano, culminando com o julgamento do processo, por sua extinção, na forma do artigo 267, inciso I do CPC, o que desde já se espera e requer.

2. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, em consonância com o artigo 267, inciso IV, do CPC.

A presente ação constitui processo principal relativamente à MEDIDA CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO DE LIMINAR proposta em 13/5/92 por PETRÓLEO BRASILEIRA S/A — PETROBRÁS contra a Contestante, conforme cópias dos autos, anexos.

Dessa Ação foi a Contestante citada em 25/5/92, não tendo este MM. Juízo concedido Liminar, com despacho a seguir transcrito, parcialmente:

"

.....

.....

Reservo-me para apreciar o pedido de liminar tão-somente após a manifestação da Fazenda Pública Estadual.

Cite-se na forma legal.

Em 18/05/92".

A Contestante responde aos termos da CAUTELAR INOMINADA proposta, cumprindo-se o despacho de fls. Porém, consoante Certidão anexa, não foi concedida liminar como requerido.

Dessa feita, descabida a propositura da presente Ação Declaratória Negativa de Débito Fiscal, nos termos do artigo 267, inciso IV do CPC, por descumprimento também ao Artigo 806 do CPC, o que determina:

"Art. 806 — Cabe à parte propor a ação no prazo de trinta (30) dias, contados da data da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório".

In Casu, a Autora ajuizou em 13/5/92 Ação Cautelar Inominada de que o Contestante foi citado e teve ciência em 25/5/92. A partir dessa data cabia à Autora propor, no prazo peremptório de trinta dias, a Ação principal. Porém, quedou-se inerte, e somente

em 10/7/93, mais de um ano depois, pretende fazer cumprir o artigo 806 do CPC.

E sendo flagrante a hipótese de decadência, impõe-se a extinção do feito, de ofício, inclusive, por força do artigo 267, §3º do CPC, ausentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo que, como se encontra caracterizado, faz-se em desatendimento ao prazo legal, de trinta dias.

E é esse o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do assunto:

Pinto Ferreira In Medidas Cautelar, 2ª ed. RJ: Forense: 1990, págs. 32 e 63 afirma:

"... as medidas cautelares podem ser preparatórias, quando a sua decadência é no prazo de 30 dias, caso não seja proposta a ação principal":

"Cabe à parte propor ação principal no prazo de trinta dias, contados da data de efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório, ou em casos expressos".

O douto Juiz Antônio José de Souza Levenhagem assim interpreta o assunto em seu livro "Medidas Cautelares e Ações Especiais (S.P., págs. 25/26):

"Segundo dispõe o Código, cabe ao requerente de medida cautelar — quando pedida como preparatória — ajuizar a respectiva ação principal dentro em trinta dias contados da data da efetivação da medida. (CPC, art. 806).

Combinado com a imposição de cumprimento da regra do artigo 806 do CPC, vem o artigo 796 do mesmo diploma processual e estabelece:

"Art. 796 — O procedimento cautelar por ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente".

Pinto Ferreira, em seu volume Medidas Cautelares, retrocitado, pág. 184, assim interpreta esse dispositivo:

"O processo cautelar é sempre dependente de uma ação que tenha por fundamento o direito acautelado. Pouco importa que a

medida cautelar se peça e se obtenha no início do processo (medida antecedente) ou no seu curso (medida incidente). Ela está sempre na dependência de uma Ação, já proposta, ou à propor-se, e se destina a assegurar-lhe a efetivação do resultado. O código, no art. 796, proclama que o processo cautelar esta sempre ligado a outro processo e é dependente dele".

A inferir-se dessa forma, inquestionável que se o Autor optou por ajuizar cautelar inominada preparatória, tornou esta medida judicial dependente da ação principal que deveria ser proposta no lapso temporal de trinta dias. Se não o fez, operou-se a decadência do seu direito, a ser reconhecido e decretado como óbice à constituição e desenvolvimento da ação principal proposta. Sim, porque não se pode transpor a preliminar argüida que fulmina o direito do Autor, fazendo fenecer, de conseqüência, o seu direito de ação.

Clóvis Beviláqua define em sua Teoria Geral do Direito Civil, RJ, 1920, 2ª ed., pág. 367, "A decadência ou caducidade, resulta, simplesmente, de decurso do tempo, por que o direito já nasce com esse delimitado de tempo, se dentro dele não foi posto em atividade".

Carvalho Santos, no Código Civil Brasileiro Interpretado, RJ, 1953, 5ª ed. vol. III, p. 273, ensina: "A decadência, pois, é a extinção do direito, por não o ter o credor exercido, no tempo fixado em lei".

E prossegue na mesma obra:

"A prescrição se refere à ação, mas só como conseqüência e por via oblíqua atinge o direito. É verdade que a prescrição refere-se tão-somente à ação, mas a extinção da ação produz normalmente a extinção do direito. "Um direito que não pode valer é ineficaz".

Pelo exposto, incontestemente, o acatamento das preliminares argüidas, impondo-se a decretação da extinção do processo, sem julgamento do mérito, fundada na hipótese do artigo 267, inciso IV do CPC, condenando-se a A. ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Em sendo transpostas as preliminares levantadas, a

CONTESTANTE requer o reconhecimento da

3. CONTINÊNCIA, NOS TERMOS DO ARTIGO 104 do CPC.

A Cautelar Inominada visa a obter prestação jurisdicional no sentido de inibir a CONTESTANTE a exigir o ICMS devido, na circulação, sob a forma de transferência, de bens de propriedade da Autora.

Na ação principal ora contestada, pretende a Autora a decretação da inconstitucionalidade dessa exigência fiscal, por via de controle difuso. Daí configurar-se o instituto da CONTINÊNCIA a exigir a reunião dos processos para evitar decisões conflitantes, em atenção à regra do artigo 105 do CPC, o que desde já requer.

III. NO MÉRITO

Faz-se mister oferecer retrospectiva de fatos que culminaram com o ajuizamento da Ação Cautelar Inominada Negativa de Débito Fiscal.

A Autora, como dito, em 13/6/92, ingressou em Juízo com Cautelar Inominada que, em liminar, pretendia a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS e que a Fazenda Pública Estadual se abstivesse de praticar qualquer atos visando a compeli-la a recolher ICMS nas transferências de bem ativo e material de uso e consumo até a sentença que julgará procedente a ação principal.

Esse MM. Juízo não concedeu liminar, optando por ouvir a Fazenda Pública Estadual, que foi citada em 25/5/92, tendo oferecido a devida Contestação. Até a presente data não houve concessão de liminar, consoante Certidão anexa.

Em 1/7/93, a Autora ajuíza a referida Ação principal, denominada Ação Declaratória Negativa de Débito Fiscal, de que foi a Fazenda Pública Estadual citada em 9.8.93, ora sob contestação.

Destaque-se o fato de que a Autora fez a distribuição do feito, por dependência, para este MM. Juízo, trazendo para discussão os mesmos fatos e fundamentos jurídicos constantes da Cautelar Preparatória conforme se pode inferir dos autos anexos, em cópia.

A Autora insurge-se contra a cobrança de ICMS, por diferença de alíquota, incidente sobre transferências de bens do ativo fixo ou para consumo e uso, realizados, entre estabelecimentos localizados em diferentes Unidades da Federação, trazendo à discussão o regramento instituído pelos Convênios 1/75 e 35/90; pela Lei nº 1320/78, alterada pela Lei nº 1830/88; pelo RICMS, aprovado pelo Decreto nº 11.773/89 e a pretensa violação aos artigos 155, I,

"b", 5º, inciso I, 150, inciso I, 150, § 2º, inciso I, e 145, § 1º, todos da Constituição da Constituição Federal.

De início, justifica a A. que efetivava as ditas transferências de bens e materiais, amparada no Convênio 1/75 sem incidência do imposto, referindo-se a ICMS, quando é sabido que esse imposto somente foi instituído a partir da promulgação da CR, em 5 de outubro de 1988. De conseqüência, fica invalidada tal alegação, porque em 1975 o ICM e não o ICMS era o tributo exigido.

A nova CR/88 invalidou, juridicamente, os regramentos incompatíveis com o sistema tributário instituído, que trouxe em seu corpo o ICMS, na abrangência do artigo 155, inciso I, "b".

Dito ICMS, por força do artigo 34, § 8º do ADCT/88 foi instituído pelos Estados e DF através do Convênio ICMS/66/88. Portanto, teve sua origem prevista na Carta Federal que não recepcionou a legislação existente incompatível com o sistema tributário trazido pela LEX MAGNA.

A fastado, portanto, o "amparo" legal buscando pela A. em seu favor, no Convênio 1/75.

Fulcrado nos ditames constitucionais, o Estado do Amazonas promoveu adequações, através da Lei nº 1830/88, na Lei nº 1320/78, o Código Tributário do Amazonas, editando também o RICMS, aprovado pelo Decreto nº 11773/89. E, ainda, pelo Convênio ICMS 19/91 disciplinou o procedimento fiscal a ser adotado quando da transferência entre estabelecimento da mesma empresa, de bens do ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo que a A. pretende ver fulminando pela decretação de inconstitucionalidade.

CONTRA PONTOS ÀS TESES LEVANTADAS

Inadmissível pretender-se macular de inconstitucionalidade a legislação relativa à exigência de ICMS, por diferença de alíquota, pela transferência de bens de estabelecimento da A. situados em outros Estados para filiais ou similares no Estado do Amazonas, seja para uso e consumo seja para integrar ativo fixo, exação fiscal prevista no artigo 155, § 2º, VII, "e" e "b" e VIII da CF que estabelece:

"Art. 155 —

.....
 § 2º — O imposto previsto no inciso I, "b",
 atenderá ao seguinte:

.....

 VII — em relação às operações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:
 a) a alíquota interestadual, quando destinatário for contribuinte do imposto;
 b) a alíquota interna, quando o destinatário não foi contribuinte";
 VIII — na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual".

De outra sorte, descabe a discussão de que a legislação estadual do ICMS atropela os elementos constitutivos do ICMS.

Em verdade, as operações realizadas pela A. se encontram claramente definidas no inciso VII do art. 155 da CF e foram fidedignamente transpostas nas normas gerais provisórias trazidas pelo Convênio ICMS 66/88, que em seu artigo 2º estabelece:

"Art. — Ocorre o fato gerador do imposto:
 I —
 II — na entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda do outro Estado, destinado a consumo ou a ativo fixo".

Não se há de falar em manipulação de institutos jurídicos com o fito de estabelecer a ocorrência do fato gerador do ICMS sobre as operações realizadas pela A, que, como se, vê emerge do texto constitucional e dele não se afasta.

Se foi admitido falar-se em manipulação de conceitos e institutos jurídicos, condenável a atitude da A. que traz à baila lições de eméritos mestres inadequados ao caso e jurisprudências acerca de ICM, quando se está discutindo sobre ICMS, inaplicáveis, portanto, à espécie. (fls. 08/11).

Por outro lado insubsistente a tese de inconstitucionalidade da Lei nº 1320/78 com as alterações promovidas pela Lei nº 1830/88 e do Convênio ICMS 66/88 alegado pela A. Dita legislação concretizou a lei Maior e as normas gerais instituidoras do ICMS editadas através do referido Convênio ICMS 66/88, tendo esta base constitucional no artigo 34, § 8º do ADCT.

É sabido que a Carta Política de 1988 outorgou aos Estados e ao Distrito Federal, competência concorrente para legislarem sobre algumas matérias, inclusive, tributária, na forma do artigo 24, inciso I.

Regulou também, no parágrafo terceiro do citado artigo 24, que "Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades".

Infere-se, então, de forma incontestável, exercício regular e constitucional atribuído à Contestante para legislar, com competência concorrente, sobre matéria tributária e, ausentes normas gerais editadas pela União, com competência plena.

De outra sorte, quando da promulgação da Carta Federal, o constituinte previu a hipótese da edição de convênio, à ausência da Lei complementar no prazo de sessenta dias contados da promulgação, para a instituição do ICMS, conforme transcrição a seguir do artigo 34, § 8º da CF:

"Art. 34 —

.....

 § 8º — Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I —, "b" os Estados e Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da lei complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

O imposto previsto no art. 155, I, "b" da LEX MAGNA nada mais é que ICMS, imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, que ao trazer inovações e por exigência do próprio modelo constitucional vigente, impunha a tarefa de promover a integração e regulamentação para dotar o sistema tributário de leis complementares para conferir-lhe condições de pleno funcionamento a partir de 1º de março de 1989, em obediência à ordem constitucional irrecusável do art. 34, caput, da CF.

Vê-se, então, que se conferiu a favor da Contestante e também às demais Unidades da Federação, autêntica delegação legislativa de hierarquia complementar. É certo que de natureza emergencial e com eficácia provisória, mas que não desnatura

tratar-se de delegação legislativa, atípica, excepcional mesmo, conferida ao Executivo para, esgotado o prazo de que cuida o § 8º do art. 34 do ADCT/88, editar normas, gerais, através de Convênio, necessários à instituição do ICMS. Em obediência aos ditames constitucionais, aos Estados e ao Distrito Federal, concertados colegiadamente através de Convênio, autêntica delegação legislativa de hierarquia complementar para, provisoriamente, editar normas gerais indispensáveis à implementação do ICMS, até a edição da lei complementar de que trata o artigo 155, § 2º, XII da CR.

Torna-se, indubitável, pois, que o Convênio ICMS 66/88, não só tem força e natureza complementar, porque cuida de matéria insita à lei complementar, mas também porque a delegação de competência legislativa atípica conferida aos Estados e ao DF apresenta-se em caráter pleno, em atendimento as bases constitucionais (arts. 24 e 34, § 8º) e às peculiaridades de cada Estado da Federação, até a entrada em vigor da lei complementar reclamada pelo artigo 155, § 2º, XII da CR. Dessa sorte, cumpre-se o artigo 5º, II e 150, I, ambos da CR, inclusive.

Se assim não fora a intenção do Constituinte, estar-se-ia a admitir e presumir que a legislação editada não tenha compromisso com a sociedade, impondo aos Estados e ao DF, com a omissão do legislador federal até hoje verificada quando à edição de lei complementar, a prática de mendicância institucional perante à União, para que este ente político liberasse recursos necessários ao cumprimento de suas finalidades para satisfação do bem-estar coletivo de cada Unidade Federativa.

A tentativa de discutir, academicamente, o fato do Poder Constituinte ter conferido autêntica delegação legislativa plena ao Executivo para, mediante Convênio, fixar normas para regular, em caráter provisório, a matéria tributária é, de certo modo aceitável. Porém pretender-se negar vigência e a natureza de lei complementar ao Convênio ICMS 66/88 é posição intolerável, porque estar-se-ia negando a eficácia da própria Constituição Federal que elegeu o Convênio como diploma legal para instituição do ICMS pelos Estados e pelo DF, em toda a sua plenitude, exceto em relação à cláusula temporal ou o limite da provisoriedade dependente da lei complementar prevista no artigo 155, § 2º, XII da CF. Quanto aos Convênios editados, especificamente o de nº 19/19, este ato normativo nada mais fez do que regulamentar, o artigo 155, § 2º, VII, "a" e "b" e VIII, da CF, concluindo-se que não lhe pode apontar nenhum vício formal ou material, como lançou a A.

§ 1º — Uma vez provado que as mercado-

rias mencionadas neste artigo ficaram sujeitas ao imposto por ocasião da saída do estabelecimento ou que foram empregadas em processo de industrialização de que resultaram mercadorias cujas saídas se sujeitam ao imposto, o estabelecimento poderá creditar-se do imposto relativo às respectivas entradas, na mesma proporção das saídas tributadas".

Por fim, e somente para argumentar, admitir-se a discussão de que o ICMS ora em debate fere o instinto da não-cumulatividade e acarreta, de conseqüência, acúmulo de crédito fiscal. Embora já demonstrado a ineficiência dessa alegação através do art. 31 do Convênio ICMS 66/88, a Contestante deixa aclarada que o Convênio nº 19/91, cujo embasamento se deu na Lei Complementar nº 24, de 07/01/75, expressamente recebida pelo § 8º do art. 34 do ADCT, disciplina o tratamento tributário referente as operações interestaduais de bens do ativo fixo ou de material de uso ou consumo, determinando que nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa (caso dos autos), observar-se-á:

O estabelecimento remetente emitirá Nota Fiscal, indicando como valor da operação, o da última entrada do bem imobilizado ou do material de consumo, aplicando-se a alíquota interestadual e apropriando-se dos créditos fiscais originários cobrados, a qualquer título sobre o respectivo bem ou material.

O estabelecimento destinatário pagará o diferencial de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Ademais, a própria Constituição elege a ENTRADA como fato gerador do ICMS (art. 155, § 2º, IX, a).

Esclarecendo que o Convênio nº 19/91 nada mais fez do que regulamentar o art. 155, § 2º, VI, a e b e VIII, da Constituição da República, conclui-se com a força irresistível da lógica que não se pode apontar, seriamente, nenhum vício formal ou material ao art. 7º, inciso II, da Lei nº 1893/88, que simplesmente dá concreção, no âmbito estadual, à regra do art. 155, § 2º, VI e VII da CR e ao art. 2º, II, do Convênio nº 56/88. Igual raciocínio se aplica a outras disposições legais estaduais, as quais, tal como regra do art. 7º prefalado, limitaram-se a dar concreção às NORMAS GERAIS DE ICMS a fim de que o novo sistema tributário nacional pudesse produzir os efeitos desejados pela LEI MAIOR.

A tentativa da A em destacar ponto diversos para discussão da inconstitucionalidade dos diplomas legais editados para instituição do ICMS bem reflete seu interesse em desonerar-se de eventuais encargos fiscais de que, por ora, não se tem prova de exigência formal.

A possível transferência de bem ou material de consumo, realizada pela A, há como fartamente demonstrado, de gerar a obrigação em recolher ICMS nos moldes legais explicitados. Deduz-se que o legislador já aferiu o atendimento ao artigo 145, § 1º da CF quando da imposição fiscal aqui tratada. O princípio da capacidade contributiva.

Invoca a A. que a legislação impugnada de inconstitucional fere o princípio da capacidade contributiva. Seria louvável acatar-se esse argumento se não fora para obscurecer o princípio da insonomia de maior relevância social.

"Pelo princípio da capacidade contributiva, diz WALTER GASPAR, IN Curso Programado de Direito Tributário, Ed. Liber Juris. Ltda, 1986, pág. 90;

"Pelo princípio da CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, informa-se ao legislador que, ao elaborar leis tributárias, deve levar em consideração que o ônus tributário só pode recair sobre os contribuintes que tenham capacidade para suportá-lo. Em outras palavras nenhum tributo pode ser tão gravoso que impeça o contribuinte de continuar nessa condição.

Importante princípio sócio-político é o da REDISTRIBUIÇÃO. No interesse da sociedade e do equilíbriosócio-econômico entre as pessoas e regiões, o sistema tributário deve ser estruturado de maneira que, através de seus mecanismos próprios, sejam diminuídas as diferenças de renda interpessoais ou inter-regionais.

Os argumentos da A. invalidam o sistema principiológico do princípio da capacidade contributiva e não devem ser acatadas com o intuito de reforçar pretensas inconstitucionalidade à Lei nº 1320/78, alterado pela Lei nº 1893/88, a cláusula primeira do Convênio 19/91 e os artigos 1º, parágrafo único e art. 2º, incisos I,

II e V do Convênio 66/88, bem como à relação jurídica tributária entre a A. e o Contestante.

Pelo fartamente exposto, é a presente para requerer a V.Exa., seja julgada improcedente esta Ação Declaratória Negativa de Débito Fiscal, condenando-se a Autora ao pagamento de custas e despesas processuais bem como de honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Protesta e requer provar seus argumentos por todos os meios de prova em direito admitidos, tais como audiência das partes, juntada de novos documentos perícia contábil-fiscal.

Pede Deferimento

Manaus, 08 de outubro de 1993

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
Procuradora do Estado

Anexo:
Processo nº 0129204-750-7;
certidão.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

A COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO AGROPECUÁRIO DO AMAZONAS — CODEAGRO, já qualificada, por seu Procurador subfirmado, nos autos da AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE nº 054/92, que promove contra MIGUEL VILLENIO DE ARAÚJO sua esposa e outras, também identificadas, vem, mui respeitosamente, à presença de V. Exa. na guarda do prazo legal, em vista do R. despacho de fls., expor e requerer o que segue:

A IMPRESTABILIDADE DO LAUDO PERICIAL

Com todas as vênias devidas, é totalmente imprestável como meio de prova o LAUDO PERICIAL apresentado pela Sra. Perita e Assistentes as fls. Se só não bastasse a inexistência de "Conclusão no sobredito LAUDO", mais ainda, salta a olho nú, a falta de objetividade e a incompetência na sua elaboração.

Na verdade, Excelência, o que se vê no "LAUDO" é um começo narrativo do modo e procedimento que devem ser adotado na perícia, umas pseudas respostas, sem objetividades aos quesitos formulados e em total silêncio sobre as conclusões "Periciais".

Diz ANTENOR ANDRÉ, em sua obra "Prova Pericial", pág. 32, Ed. Rio in verbis:

"Respondidos todos os quesitos, deve o Perito emitir sua opinião final, através da conclusão a que teria chegado através do exame "procedido, seguindo-se o seu encerramento "que deve ser tanto ou quanto solene e respeitoso".

E adiante arremata:

"Em relação a Conclusão — Respondidos todos" "os quesitos, o técnico subscritor do laudo" deve fazer a sua Conclusão, tanto quando "possível, os esclarecimentos que, embora não" "solicitados nos quesitos, se impõem à elucidação das controvérsias suscitadas entre as partes, possibilitando, assim, ao juiz, os elementos indispensáveis à completa compreensão da matéria debatida nos autos e, conseqüentemente, capacitá-lo a um pronunciamento judiciação da causa. (os grifos são nossos)".

Ora, Excelência, LAUDO sem conclusões, sem objetividade e esclarecimento sobre os quesitos formulados e os fatos ocorridos é manifestamente nulo e inútil como prova em juízo.

Sem muito pestanejar, observa-se, que os Srs. Louvados responderam aleatoriamente a alguns quesitos formulados pelo Suplicante, quando, efetivamente, nos próprios autos está bêm evidenciada a data da invasão e das construções recentes edificadas na área invadida.

Alega a Sra. Perita, em resposta ao quesito de nº 3º, formulado pelo Suplicante que: "não existem meios de precisar as data das construções, inclusive porque foram feitas por partes..." fazendo, entretanto, algumas observações, que fogem completamente da realidade dos fatos.

Ora, Excelência, está perfeitamente caracterizada nos autos a data da invasão e das construções, realizadas na área invadida pelos Suplicados. No próprio Laudo Pericial, quando se refere à autorização indevida fornecida pelo Juiz Affimar Cabo Verde, assevera a Sra. Perita que a partir daquela data começou a ocupação. É de se destacar, que esta indevida autorização, como ficou demonstrado às fls. 114/16, é para funcionar um BARRACHEIRO. Por outro lado, é indiscutível a má-fé de Odilia Gomes dos Santos e do atual invasor MIGUEL VILENIO DE ARAÚJO, sabedores desde priscas eras, que o terreno pertencente a Suplicante, nele construíram sorrateiramente, primeiro um pequeno barraco de madeira, para depois, recentemente, levantaram um luxuoso gabinete dentário. A prova cabal dessas afirmativas está bêm evidente nos documentos de fls. 30 a 33 e 99 a 107, que

traduzem o momento em que Odilia Gomes dos Santos, solicitou a regularização "de um lote de terras que ocupa, de domínio do Estado localizado à Rua André Araújo nº 03, Bairro do Aleixo", constante no doc. de fls. 99, e o levantamento feito pelo IMA, constantes nos documentos de fls. 30 a 33, onde se destaca o acordo realizado pelo atual invasor MIGUEL VILENIO DE ARAÚJO.

Assim sendo Excelência, são completamente impróprias e desprovidas de qualquer cunho de seriedade as afirmativas dos Srs. Peritos de não terem meios de precisar a data da invasão e das construções referidas no terreno, quando todas as provas documentais carreadas aos autos não deixam dúvidas sobre a época em que se concretizaram tais fatos. Do mesmo modo, com todas as permissas devidas, é notória a confusão exposta no "LAUDO" sobre as benfeitorias existentes na gleba. Primeiro porque elas foram feitas todas de má-fé, pois os atuais invasores tinham conhecimento pleno que a área pertence à Suplicante, segundo porque, elas não podem em hipótese nenhuma serem consideradas como úteis e necessárias.

A jurisprudência, repele com veemência ao possuidor de má-fé, o direito a benfeitorias realizadas em terra alheia, quando ele tem conhecimento dessa situação. Senão vejamos:

"É de boa-fé a posse se o possuidor ignora vícios ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído". "Se, no entanto, sabendo da existência de obstáculo ou vício, mantém a coisa em seu poder, é possuidor de má-fé. E sem boa-fé a qualificar a posse inviável se mostra qualquer retenção por benfeitoria. (in RT — "568/96).

Doutra parte, a jurisprudência proclama em uma só voz, que o Laudo Pericial, deve ser claro, minucioso, fundamentado e conclusivo, sob pena de ser considerado inadmissível com meio de prova auxiliar do juízo.

A propósito, trazem-se à colação as veneradas decisões abaixo transcritas:

"A perícia constitui mera peça de assessoria do juiz e precisa ser fundamentada. (1ª Cam. TAMG — Rev. Trib. nº 450/255).
Laudo Pericial Decisão adstrita a laudo oficial desprovido de fundamentação,

Inadmissibilidade. (6ª Cam. 2º TACSP, unanime JUTACI, 27/168.

Demonstradas, à saciedade, as flagrantes incoerências e as impropriedades lançadas no LAUDO PERICIAL de fls. 143 usque 171, que os tornam nulo de pleno direito e o faz, conseqüentemente, imprestável como meio de prova auxiliar desse douto Juízo, o Estado Amazonas, com a máxima vênia, REQUER a V.Exa. com fulcro no art. 437, do CPC, a realização de NOVA PERÍCIA, em vista da total falta de fundamentação e conclusão no "LAUDO" apresentado, onde se observa a falta dos necessários esclarecimentos e precisão no seu conteúdo para a formação de um juízo sobre a questão em exame.

Por fim, entendendo V.Exa., de considerar como suficiente a Perícia realizada para esclarecimento da situação em discussão, o Estado do Amazonas, desde já, REQUER, com as devidas vênias, a INTIMAÇÃO do Perito e Assistentes Técnicos para comparecerem à audiência, com apoio no art. 435, do CPC, reservando-se o direito de formular os quesitos em época oportuna, na forma prevista no parágrafo único do art. acima mencionado.

Decidindo assim, V.Exa., estará ao lado do bom Direito e fazendo cumprir a mais escorreita Justiça.

Manaus (AM), 22 de julho de 1993.

FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MANAUS.

A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS, por intermédio do Procurador do Estado subfirmado, comparece à audiência de V.Exa. na guarda do prazo legal, nos autos do processo nº 226/93, para oferecer CONTESTAÇÃO à MEDIDA CAUTELAR, ajuizada por CERVEJARIA MIRANDA CORREIA S/A, na conformidade das razões de fato e fundamentos de direito a seguir articulados.

1. DO PEDIDO

A Requerente propôs a presente medida cautelar por entender indevida a exigência do Fisco Estadual, relativamente ao Imposto previsto no art. 155, II da Constituição Federal, face, não só a ausência de lei complementar nacional, mas também a cobrança retroativa do questionado imposto, estabelecida na Resolução nº 006/98-GSEFAZ.

Aduz, ainda, que "in casu" foram atendidos os requisitos da tutela cautelar, consubstanciados no *fumus boni iuris*, e no *periculum in mora* e, via de consequência requereu e foi deferida concessão de medida *in limine*, para sustar eventual, cobrança do crédito tributário que será discutido oportunamente, através de ação declaratória cumulada com repetição do indevido, consoante enuncia as fls. 4 da ação ora contratada.

2. DO DIREITO

Abro a discussão, dizendo, consoante pacífica doutrina e jurisprudência que não é cabível medida cautelar, para impedir que a parte contrária ingresse em juízo com a ação ou a execução que tiver contra o requerente, sujeitando-se o Juiz que conceder tal providencia cautelar, ver sua decisão cassada através de mandado

de segurança.

Isso, porque o poder geral de cautela do juiz não é ilimitado ao ponto de impedir o exercício de um direito genericamente assegurado pela Constituição e especialmente previsto no ordenamento jurídico impossibilitando ao credor de título líquido, certo e exigível o ajuizamento da respectiva ação de execução, que, na hipótese é tratada na Lei nº 6830/80 dispondo sobre a execução judicial da Dívida Ativa.

Ademais, se não bastasse evidentes proibições de ordem processual, veio o Legislativo Federal, editar a Lei nº8.437, de 30 de junho de 1992 que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, rezando em seu artigo 1º, o seguinte.

"Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providencia semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal".

Assim, urge, pois, que V.Exa. chame o processo a ordem para o fim de atendendo norma legal, conforme transcrição acima apontada, torne sem efeito o despacho de fls. 67 no que circunvolver a concessão deferitoria da medida liminar, por expressa determinação de lei.

No mérito, acode-nos na tarefa ensinamentos da Ilustre Subprocuradora-Geral ANADYR DE MENDONÇA RODRIGUES que em circunstanciado parecer, lançado no Recurso Extraordinário nº 1362154/210, tratando de questão semelhante, faz a seguinte observação.

Veio à luz, assim, o art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, produto híbrido, de medida em que procurou harmonizar a entrada em vigor da Carta de 1988 com o interesse nacional de se evitar que o País mergulhasse no vácuo constitucional tributário.

Art. 34. O sistema nacional tributário entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores".
§ 1º. Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154, I, 156, III, e 159, I, c, revogadas as disposi-

ções em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificam, especialmente de seu art. 25, III.

.....

Especialmente no que interessa a estes autos, estabeleceu ainda o art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o que se segue:

§ 3º Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

§ 4º As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição.

Editada que foi a Lei Estadual nº 1.892/88 ou seja, no interregno entre a promulgação da Constituição Federal e a entrada em vigor do novel sistema tributário nacional (art. 34, caput, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), instituindo, ademais, imposto que não estava autorizado em qualquer dos artigos de vigência imediata prevista no § 1º do art. 34 do texto transitório, faz-se manifesto que se tratava de lei incluída dentre aquelas regidas pelos §§ 3º e 4º retrotranscritos.

Em sendo assim, afastada de todo ficou pelo próprio texto CONSTITUCIONAL — a incidência, no caso, das regras absolutamente incompatíveis com a transitoriedade regida pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, especialmente, porque sua aplicação tomaria sem qualquer eficácia o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 34 do mesmo texto transitório.

A vista disso, demonstrado está a ilegalidade da concessão da medida liminar deferida, bem como a clara, Constitucionalidade da Lei Estadual, requer, pois, seja julgado improcedente o pedido formulado na inicial, condenando a Requerente nas custas processuais e honorários Advocatícios.

JUSTICA!

Manaus, 08 de setembro de 1993

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador-Chefe

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO, brasileiro, casado, Governador do Estado do Amazonas, assistido pelo Procurador-Geral do Estado, com fundamento nas disposições do art. 102, inciso I, alínea "a", combinadas com as do art. 103, inciso V, da Constituição Federal, vem, com todo o respeito e acatamento, submeter ao exame e julgamento desse Supremo Tribunal, a presente AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE CAUTELAR, com o fito de ser declarada a inconstitucionalidade total da Lei Estadual nº 37, de 02 de dezembro de 1.992, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

1. A DICÇÃO DA LEI IMPUGNADA

"LEI PROMULGADA Nº 37, DE 02 DE DEZEMBRO DE 1992.

ASSEGURA a percepção do salário mínimo profissional aos diplomados em curso superior de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, nos termos estabelecidos nesta Lei.

A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, na forma do que estabelece o artigo 22 da Resolução Legislativa nº 181, de 15 de dezembro de 1991—Regimento—, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte.

LEI PROMULGADA

Art.1º — Fica assegurada a percepção do salário

mínimo profissional do servidor, ocupante de cargo ou emprego público, diplomado em curso regular de nível superior de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, **fixados por lei federal, sempre que for este salário superior ao vencimento que resultar de aplicação das tabelas, próprias da administração direta e indireta, previstas em lei estadual.** (grifou-se)

Parágrafo Único — A percepção de salário mínimo profissional, nos termos deste artigo, não implica alteração do regime jurídico a que é sujeito o servidor.

Art. 2º — **O pagamento do salário mínimo profissional, far-se-á com observância dos termos da lei federal específica,** ficando o servidor, enquanto nesta situação, obrigado ao cumprimento da carga horária nela estabelecida em correspondência com aquela remuneração mínima. (grifou-se)

Art. 3º — A remuneração das horas suplementares de trabalho do servidor que perceba o salário mínimo profissional nos termos desta Lei, obedecerá os preceitos especiais da legislação trabalhista **ainda quando se trata de servidor subordinado ao regime jurídico do Estatuto do Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas.** (grifou-se)

Parágrafo Único — Ficam ressalvados do disposto neste artigo, se situações constituídas anteriormente a vigência desta Lei, os servidores que, percebendo salário profissional, são remunerados em razão de trabalho prestado em carga horária superior a normal, mediante gratificação prevista em lei estadual.

Art. 4º — Os profissionais que exercem suas funções no interior do Estado, perceberão vantagens de até 100% sobre o valor real de seu salário, nos termos a seguir:

a) Os profissionais alocados em municípios com acesso rodoviário à Capital, com distância máxima de 300 km, terão direito a perceber mais 50% sobre o salário mínimo profissional, como vantagem pessoal;

b) Terão direito a 100% de vantagem pessoal, os profissionais que estiverem lotados em município que não preencha o requisito do item anterior.

Art. 5º — Os profissionais que ultrapassarem os limites de carga horária de trabalho terão direito à remuneração das horas extras trabalhadas, acrescentando 50% ao valor

da hora normal.

Parágrafo Único — Fica ressalvado os casos em que o profissional já esteja percebendo gratificação, que considere, inclusive, o trabalho extraordinário de que trata este artigo.

Art. 6º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 02 de dezembro de 1992.

1.1. A Origem da Lei Impugnada

O diploma legal em exame originou-se do Projeto de Lei nº 41/92, de autoria do Deputado Estadual Eron Bezerra, conforme comprovam as respectivas propositura e justificativa (docs. 02/03).

Aprovado pelo Legislativo Estadual, o referido projeto foi encaminhado à sanção ou veto Governamental e, submetido ao crivo da Consultoria Especial do Governo, esta recomendou fosse integralmente vetado, como efetivamente o foi, por ofensa à autonomia administrativa do Estado no que pertine à fixação de vencimentos de seus servidores, bem como por vincular o vencimento de certas categorias funcionais ao salário mínimo e, ainda, por invadir área de competência exclusiva e privativa do Chefe do Poder Executivo, malferindo, assim, respectivamente, os arts. 18, 7º, IV da Constituição Federal e a alínea "a" do inciso II, do § 1º, do art. 33 da Constituição do Estado do Amazonas (docs. nºs 04/07).

Inobstante os jurídicos fundamentos do veto, todos de ordem constitucional, foi ele rejeitado, por maioria de votos, pelo Plenário da Augusta Assembléia Legislativa, a qual, em seguida, promulgou a Lei atacada, fazendo-a publicar, em seguida, no Diário Oficial do Estado de 04 de dezembro de 1992 (doc. nº 01).

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI IMPUGNADA

2.1. Ferimento do Princípio da Separação e Independência dos Poderes Públicos (CF. Art. 2º).

A Constituição Federal consagrou explicitamente o princípio da separação e independência dos Poderes Públicos, dando-lhe concreção e operacionalização mediante a partição de competência específicas que a cada qual foram atribuídas no Título IV referente à organização dos Poderes.

Com efeito, prescreve o art. 2º da Lei Fundamental:

"ART. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição". (destacou-se).

Ainda, como que avisando o constituinte estadual, a mesma Magna Carta enfatizou adiante a necessidade da obediência aos seus princípios ao dispor no art. 11 do ADCT:

"ART. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta". (destacou-se).

É interessante notar que no princípio da separação dos Poderes baseiam-se o sistema de freios e contra-pesos, neste destacando-se, por sua importância capital para a convivência harmônica dos Órgãos de cúpula do Estado, a limitação imposta ao Poder Legislativo quanto à edição de leis atinentes a determinadas matérias que somente podem ser apreciadas se houver provocação ou iniciativa — privativa ou exclusiva — do Chefe do Governo, como, por exemplo, aquelas previstas, na alínea "a" do inciso II, do § 1º, do art. 61 da Constituição Brasileira, sobretudo no tocante ao aumento de remuneração dos servidores da administração direta e autárquica, ficando implícito que também a fixação de seus vencimentos há de ser feita por lei, condicionada esta à mesma iniciativa do Executivo, consoante reiteradamente tem entendido essa Suprema Corte.

Ora, visto que a lei impugnada dispõe sobre remuneração de servidor público, assegurando a determinadas categorias a percepção de salário mínimo profissional, jamais poderia ela ser concebida como o foi, de modo espúrio, pelo Legislativo que, ao fazê-lo, agiu por iniciativa própria, à revelia do Executivo, invadindo competência reservada ao Chefe do Governo, sem a mínima preocupação com os limites e condições estatuidos pela Constituição Federal relativamente à despesa com o pessoal do serviço público.

Assim fazendo, o legislador estadual olvidou completamente o princípio da separação e independência dos Poderes Públicos, erigido à eminência de princípio constitucional estabelecido, portanto, de observância obrigatória pelas Unidades Federadas. Logo, violou, abertamente, sem dúvida, os artigos 2º e 25 da Lei Maior, bem como, igualmente, o art. 11 do seu ADCT, antes

Com efeito, o princípio da iniciativa reservada inibe o legislador estadual — mesmo o constituinte — de deflagrar o processo legislativo com o fito de disciplinar matéria de iniciativa privativa ou exclusiva do Chefe do Poder Executivo, como sói ser a de que ora se trata.

De conseguinte, qualquer lei ordinária — até mesmo emenda à Constituição Estadual — que disponha sobre aumento ou fixação de remuneração dos servidores públicos, somente adquire eficácia e validade se a respectiva gênese marcar-se pela iniciativa do Executivo, a qual, pelo seu cunho de exclusividade, não pode jamais ser ignorada pelo legislador, cuja atuação deve submeter-se aos princípios e normas constitucionais aplicáveis ao processo legislativo, sob pena de, desbordando dos limites constitucionais que lhe são traçados, exceder sua legítima competência e, assim, concorrer, como acontece in casu, para que a lei editada contenha a deformidade máxima da inconstitucionalidade.

Visto claramente que a matéria de que trata a Lei Promulgada nº37, de 02.12.92, somente pode ser disciplinada por lei de iniciativa do Governador do Estado, fica evidente que o legislador estadual, em provocando o processo de sua elaboração e votando-a à revelia do Executivo, bem como promulgando-a e fazendo-a publicar e viger contra a manifestação expressa do Chefe do Governo, vulnerou o art. 61, § 1º, II, a) da Constituição Federal, a qual restou ignorada no seu espírito e na sua letra, apesar da advertência oportunamente feita mediante a oposição do veto Governamental.

Esse fato, supinamente grave, desafia a sistemática que a Carta Política Federal adotou relativamente a iniciativa das leis que fixam ou geram aumento de vencimentos de servidores públicos, o que não pode ser feito aleatoriamente, senão mediante detido exame da repercussão financeira e de outros importantes fatores que não podem jamais ser ignorados, como o foram, pelo Legislativo amazonense.

Por este motivo, a lei increpada padece de inconstitucionalidade formal, estando a merecer, por via do controle concentrado, a pronta corrigenda dessa Egrégia Corte.

2.3. Vinculação de Vencimento ao Salário Mínimo (CF. Art. 7º, IV). Ofensa à Autonomia do Estado (CF. Art. 18 e 25).

Cabe demonstrar neste tópico que a Lei Estadual ora impugnada vinculou a remuneração dos servidores públicos que

visou beneficiar ao salário mínimo e suas variações, contrariando, desde modo, a vedação inscrita na parte final do inciso IV, do art. 7º da Lex Fundamentalís. Veja-se:

"Art. 7º — São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....
IV — salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, (...), sendo vedada sua vinculação para qualquer fim"; (grifou-se)

Efetivamente ocorre a malsinada vinculação, eis que o art. 2º da lei impugnada dispõe que "O pagamento do salário mínimo profissional far-se-á com observância dos termos da lei federal específica, ...", a dizer, nos termos da Lei nº 4.950-A, de 29.04.66, cujo art. 5º assim determina:

"Art. 5º — Para execução das atividades e tarefas classificadas na alínea "a" do art. 3º, fica fixado o salário-base mínimo de 6 (seis) vezes o maior salário mínimo comum vigente no País, para os profissionais vigente no País, para os profissionais relacionados na alínea "a" do art. 4º e de 5 (cinco) vezes o maior salário mínimo comum vigente no País, para os profissionais da alínea "b" do art. 4º". (destacou-se)

Por seu turno, a lei que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo (Lei nº 5.194, de 24.12.66), prescreve no seu art. 82:

"Art. 82 — As remunerações iniciais dos engenheiros, arquitetos e engenheiros-agronômicos, qualquer que seja a fonte pagadora, não poderão ser inferiores a 6 (seis) vezes o salário-mínimo da respectiva região". (destacou-se).

Fica claro, então, que a lei ora impugnada, pela dicção do seu art. 2º, impõe à Administração estadual, direta e indireta, um sistema de salário móvel para certas categorias de servidores, cuja remuneração, porque vinculada ao salário mínimo, será alterada automaticamente, na mesma época em que este for majorado, introduzindo no serviço público amazonense uma forma indireta de

aumento de vencimentos, sem a necessária consulta do Poder Executivo, além de gerar novos encargos financeiros de natureza orçamentária, capazes de superar os limites de despesa com o pessoal ativo e inativo do Estado, ainda que não haja prévia dotação orçamentária suficiente para atendimento das projeções dessa despesa ou autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, em manifesta ofensa aos ditames moralizadores do art. 169 da Constituição Federal, verbis:

"Art. 169 — A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Parágrafo Único — A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituída e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I — se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II — se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista".

Por outro lado, a lei controvertida atenta contra a ordem econômica do Estado, tumultua a política remuneratória dos seus servidores e subverte o programa financeiro do Governo, atritando, ainda, em face do inevitável aumento da despesa pública, com o princípio de que somente a lei pode fixar e aumentar os vencimentos de servidores públicos, sem esquecer que a revisão geral desses vencimentos há de ser feita sem distinção de índices e sempre na mesma data, como determinado no inciso X do art. 37 do Texto Constitucional Federal.

Demais disso, a lei atacada assegura aos seus beneficiários vencimentos igual a no mínimo 6 (seis) vezes o salário-mínimo,

devendo este piso ser observado mesmo quando for outro, isto é, menor, o vencimento fixado para os engenheiros, arquitetos e engenheiros-agrônomo da administração estadual direta e indireta. Assim, esses profissionais, ao contrário dos demais servidores estaduais, têm sua remuneração atrelada à política salarial do Governo Federal, a quem compete fixar o salário-mínimo, hoje nacionalmente unificado, fato esse que constitui uma evidente intrusão na gestão administrativo-financeira do funcionalismo do Estado do Amazonas.

Realmente, segundo a lei impugnada, sempre que ocorrer de os vencimentos dos servidores beneficiários ficar abaixo do valor equivalente a 6 (seis) salários-mínimos, tais vencimentos deverão ser alterados ou majorados, adequando-se automática e imediatamente àquele piso, e o que é mais grave, sem qualquer interferência do Estado do Amazonas, o qual, nessas circunstâncias, fica totalmente sujeito à política salarial ditada pela União. De fato, veja-se, no particular, o que diz a lei atacada:

"Art. 1º — Fica assegurada a percepção do salário mínimo profissional do servidor, ocupante de cargo ou emprego público, diplomado em curso regular de nível superior de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, fixado por lei federal, sempre que for este salário superior ao vencimento que resultar da aplicação das tabelas, próprias da administração direta e indireta, previstas em lei estadual".

Art. 2º — O pagamento do salário mínimo profissional, far-se-á com observância dos termos da lei federal específica, ficando o servidor, enquanto nesta situação, obrigado ao cumprimento da carga horária nela estabelecida em correspondência com aquela remuneração mínima".

Como se vê, exigindo como exige que se aumente automaticamente os vencimentos dos servidores que menciona, a cada variação do salário-mínimo, mesmo sem lei autorizativa, o diploma legal impugnado fere também os princípios de legalidade e moralidade a que a administração pública está sujeita, por imperativo do disposto no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Mas não é só, pois a lei impugnada perpetra também

92/1000; Rp nº 1.061, in RTJ 102/479; Rp nº 982, in Dj de 30.08.79; e Rp nº 1.078, in Dj 19.03.82.

Por sua perfeita semelhança com a hipótese em exame, hão de ser mencionados ainda os acórdãos: Rp nº 745-DF, in RTJ 45/01-10 e Rp nº 754-GB, in RTJ 50/218.

Patente como está que a lei atacada contraria e malfere diversos princípios e normas constitucionais, cabe a esse Supremo Tribunal Federal declarar a sua inconstitucionalidade, cumprindo, assim, mais uma vez, o seu relevante e indispensável papel de guardião da Norma Básica da República.

4. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

4.1. O Fumus Boni Juris

Está cabalmente demonstrado nos tópicos anteriores, **data máxima vênia**, que a Lei nº 37/92, promulgada pelo Poder Legislativo, contra o veto total do Poder Executivo, ao assegurar a percepção de salário mínimo profissional a certas categorias de servidores públicos da Administração direta e indireta do Estado do Amazonas, hostiliza o Ordenamento Constitucional do País, na medida em que:

I — fere o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes Públicos, consagrado no art. 2º da Constituição Federal, ignorando que esse princípio se aplica obrigatoriamente aos Estados-membros, segundo o preceito insculpido no art. 25 e seu § 1º do mesmo Diploma Constitucional, o qual, neste ponto, foi também vulnerado;

II — materializa usurpação de competência privativa do Chefe do Governo para deflagrar o processo legislativo nos casos de que trata a lei impugnada, conforme determina o art. 61, § 1º, II, a), do Estatuto Básico da República, competência essa que, por simetria, foi do mesmo modo reservada ao Governador do Estado, nos termos do art. 33, § 1º, II, a), da Carta Constitucional Amazonense;

III — ofende a autonomia do Estado do Amazonas, submetendo-o à política salarial ditada pela União, além de permitir um sistema de salário móvel para alguns servidores públicos, proporcionando, ademais, aumento automático de vencimentos, gerando ônus financeiros e aumento de despesa pública com pessoal, à margem de lei, mesmo que não exista dotação orçamentária suficiente para atendimento desses encargos nem autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, desrespeitando as prescrições dos arts. 18, 25 e 169, parágrafo único, incisos I e II da Lei Maior;

IV — colide com o princípio da legalidade imposto à Administração, nos termos do caput do art. 37 da Norma Fundamental, porquanto somente por lei podem ser fixados ou aumentados os vencimentos do funcionalismo, enquanto que a lei increpada permite reajustes periódicos e automáticos desses vencimentos, sem lei autorizativa, bastando que ocorra alteração no valor do salário-mínimo;

V — agride o princípio de que a revisão da remuneração dos servidores públicos há de ser feita genericamente, para todos, na mesma data e sem distinção de índices, conforme a cláusula inscrita no art. 37, X, da Carta Política Brasileira, além de desprezar o princípio da isonomia ensartado no seu art. 5º;

VI — contraria a vedação constante da parte final do inciso IV, do art. 7º da Lex Fundamental, eis que vincula ao salário-mínimo e suas variações, a remuneração dos servidores públicos dela beneficiários;

VII — traduz manifesto antagonismo com os reiterados pronunciamentos da Suprema Corte, a qual, inúmeras vezes, julgou inconstitucionais leis de índole semelhante, nos termos das diversas decisões referidas no tópico 3 da presente ação.

Neste resumo do que foi detidamente examinado linhas atrás, contém-se a indiscutível certeza de que, em prol do pedido, milita não a simples aparência de direito, mas sim, a existência mesma de direito inequívoco, transparente e bom, circunstância que por certo conduzirá, a final, à declaração de inconstitucionalidade da lei atacada.

Com efeito, está mais do que evidenciado o dissídio entre a lei atacada e a Constituição da República, cuja supremacia precisa ser mantida, sob pena de subversão do sistema jurídico e graves riscos à ordem administrativo-financeira do Estado, o qual, já extenuado em suas finanças pela grave crise decorrente da recessão que atinge o País, não tem condições de suportar encargos pecuniários criados sob inspiração demagógica e despreocupada com o interesse público de que a lei atacada é exemplo frisante.

4.2. O Periculum in Mora

A inevitável delonga até o julgamento definitivo desta ação provocará permanente subversão da ordem jurídica, mas também, e principalmente, grave dano nas finanças do Estado do Amazonas, o qual, por força da lei atacada, se vê compelido a pagar vencimentos de certas categorias de servidores públicos, em absoluta contra-

dição com os princípios e normas da Constituição Federal

Em verdade, sobre ser inconstitucional, a lei impugnada impõe ao Estado um gravíssimo encargo financeiro, sem condições de ser suportado, fato que, além de juridicamente intolerável, consubstancia um prejuízo contínuo, de impossível reparação, pois enquanto respaldados pela lei atacada, seus beneficiários não estarão obrigados a devolver o que receberam, caso a presente ação venha a ser julgada procedente, como se espera.

Bem se percebe, assim, que a questão não se restringe apenas à injuridicidade da lei controvertida, mas também toca à impossibilidade material em que se acha o Estado de suportar os seus efeitos financeiros, mormente quando suas receitas foram duramente atingidas pelo sensível enfraquecimento da economia local, com sérios reflexos nos planos e programas de Governo.

Em conseqüência, é inafastável a necessidade da medida cautelar, com o fito de suspender, ab initio, a aplicação e eficácia da lei impugnada, não só porque estão plenamente demonstrados os pressupostos para a sua concessão, tal é a ocorrência do direito transparente, incontestável e bom que embasa a presente ação, mas, sobretudo, em face dos gravíssimos e irreparáveis prejuízos que o Tesouro Estadual vem sofrendo e continuará a sofrer se esse insólito dispêndio não for imediatamente coarctado.

5. PEDIDO FINAL

Por todo o exposto e pelo mais a ser editado ao debate pelos sólidos conhecimentos jurídicos e elevado espírito público dos eminentes Ministros dessa Suprema Corte, roga-se que a presente ação seja recebida, processada e que, determinada liminarmente a suspensão da execução e eficácia da lei increpada, seja a final julgada procedente, com a declaração definitiva de sua inconstitucionalidade, resguardando-se, deste modo, a economia pública e a ordem administrativa do Estado do Amazonas, bem como, precipuamente a incolumidade dos princípios e normas da Constituição Federal.

Requer-se, finalmente a audiência da Augusta Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, a oitiva da douta Procuradoria Geral da República e do eminente Advogado-Geral da união, cujos pronunciamentos haverão de corroborar a pretensão ora deduzida, fazendo que se restaure a indisputável soberania do Estatuto Fundamental da República, em harmonia com os postulados do Direito e

nº 5.194, de 24.12.66. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por unanimidade de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, deferir medida cautelar de suspensão da eficácia dos efeitos da Lei nº 37, de 02/12/92, do Estado do Amazonas. Votou o Presidente. Ausente, ocasionalmente, o Ministro SYDNEY SANCHES, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, Vice-Presidente.

Brasília, 18 de fevereiro de 1993.

OCTÁVIO GALLOTTI
Presidente

PAULO BROSSARD
Relator

18/02/93

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 840-4 AMAZONAS (Medida Liminar)

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

REQUERIDO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: O Governador do Estado do Amazonas pede medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia da Lei nº 37, de 02/12/92, promulgada pela Mesa da Assembléia Legislativa, que tem o seguinte teor:

"LEI PROMULGADA Nº 37, DE 02 DE DEZEMBRO DE 1992.

ASSEGURA a percepção do salário mínimo profissional aos diplomados em curso superior de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, nos termos estabelecidos nesta Lei.

A MESA DIRETOARA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, na forma do que estabelece o artigo 22 da Resolução Legislativa nº 181, de 15 de dezembro de 1991 — Regimento Interno —, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte ADN 840-4 AM

LEI PROMULGADA

Art. 1º — Fica assegurada a percepção do salário mínimo profissional do servidor, ocupante da cargo ou emprego público, diplomado em curso regular de nível superior de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, fixados por lei federal, sempre que for este salário superior ao vencimento que resultar de aplicação das tabelas, próprias da administração direta e indireta, previstas em lei estadual.

Parágrafo Único — A percepção de salário mínimo profissional, nos termos deste artigo, não implica alteração do regime jurídico a que é sujeito o servidor.

Art. 2º — O pagamento do salário mínimo profissional, far-se-á com observância dos termos da lei federal específica, ficando o servidor, enquanto nesta situação, obrigada ao cumprimento da carga horária nela estabelecida em correspondência com aquela remuneração mínima.

Art. 3º — A remuneração das horas suplementares de trabalho do servidor que perceba o salário mínimo profissional nos termos desta lei, obedecerá os preceitos especiais da legislação trabalhista ainda quando se trata de servidor subordinado ao regime jurídico do Estatuto do Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas.

Parágrafo Único — Ficam ressalvados do disposto neste artigo, as situações constituídas anteriormente a vigência desta Lei, os servidores que, percebendo salário profissional, são remunerados em razão de trabalho prestado em carga horária superior a normal, mediante gratificação prevista em lei estadual.

Art. 4º — Os profissionais que exercem suas funções no interior do Estado, perceberão vantagens de até 100% sobre o valor real de seu salário, nos termos a seguir:

a) Os profissionais alocados em municípios com acesso rodoviário à Capital, com distância máxima de 300 Km, terão direito a perceber mais 50% sobre o salário mínimo profissional, como vantagem pessoal;

b) Terão direito a 100% de vantagem pessoal, os profissi-

onais que estiverem locados em municípios que não preencha o requisito do item anterior.

Art. 5º — Os profissionais que ultrapassarem os limites de carga horária de trabalho terão direito à remuneração das horas extras trabalhadas, acrescentando 50% ao valor da hora normal.

Parágrafo Único — Fica ressalvado os casos em que o profissional já esteja percebendo gratificação, que considere, inclusive, o trabalho extraordinário de que trata este artigo.

Art. 6º — Esta Lei estará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO
AMAZONAS, em Manaus, 02 de dezembro de 1992".

2. Alega que a Lei promulgada pelo Legislativo contraria o art. 2º, princípio da separação e independência dos poderes, o art. 61, § 1º, II, "a", a competência privativa do Governador para deflagrar o processo legislativo, os arts. 18, 25 e 169, parágrafo único, I e II, a autonomia do Estado, que fica submetido à política salarial da União, além de permitir salário móvel e aumento automático de vencimentos sem dotação orçamentária suficiente, art. 37, "caput"; que somente por lei podem ser fixados ou aumentados os vencimentos do funcionalismo, art. 5º e 37, X, que revisão geral dos vencimentos dos servidores só pode ser feita na mesma data e com os mesmos índices, art. 7º, IV, parte final, que há vinculação ao salário mínimo e suas variações à remuneração dos beneficiados, todos da Constituição Federal.

3. Alega, ainda, que a eficácia da lei provoca subversão da ordem jurídica e grave dano às finanças do Estado, de impossível reparação, mormente num momento em que o Erário foi duramente atingido pelo enfraquecimento da economia local, e que haverá reflexos nos planos e programas de Governo.

4. Pede a suspensão da execução da Lei.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD (Relator): A vinculação dos vencimentos dos servidores diplomados em engenharia, arquitetura e agronomia, está ligada, por força da Lei impugnada, ao art. 82 da Lei nº 5.194, de 24/12/66, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-

agronômo, que dispõe:

"Art. 82 — As remunerações iniciais dos engenheiros, arquitetos e engenheiros-agrônomo, qualquer que seja a fonte pagadora, não poderão ser inferiores a 6 (seis) vezes o salário-mínimo da respectiva região".

2. A questão posta consiste em saber se esta norma, por força de lei estadual, pode ser estendida aos servidores públicos, sujeitos a outro regime jurídico, se é possível o reajuste automático dos vencimentos de servidores estaduais, sem lei geral que assim disponha, e se há vício de iniciativa.

3. Dentro do que é possível ser apreciado neste juízo cautelar e vendo presentes as condições legais, em face das normas constitucionais invocadas pelo requerente, concedo a cautelar requerida para suspender a eficácia das normas questionadas na presente ação direta de inconstitucionalidade 840-4/600-AM.

4. Para decidir como decido, e sem demorar-me em fundamentar largamente a decisão, levo em conta a jurisprudência da Corte. Ainda sob a Constituição de 46, este Tribunal enfrentou a questão ao julgar a Representação 745, em 13/III/68, relator o Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTE, cuja ementa reza assim:

"Representação. Salário dos engenheiros, arquitetos e agrônomo, na base do salário-mínimo, sua fixação em lei. Sua constitucionalidade parcial. A lei que fixa vencimentos a servidores públicos depende de iniciativa do Poder Executivo. Salário móvel não se concilia com essa exigência constitucional, porque está sujeito a modificação automática, em função do salário-mínimo, à revelia da iniciativa do Poder Executivo. Aplicação da lei a quantos se acham subordinados ao seu regime, servidores públicos ou autárquicos ou empregados de empresas privadas. Recebida em parte a representação para julgar inconstitucional a lei, somente em relação aos servidores públicos e autárquicos não sujeitos a Consolidação das Leis do Trabalho e constitucional àqueles a ela subordinados".

5. Um ano mais tarde, em 19/III/69, relator ainda o Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, o Supremo Tribunal Federal voltou a enfrentar a questão ao julgar a Representação 754 e decidir na linha do precedente:

"1) A lei não pode fixar vencimentos de servidor público, na base de salário-mínimo profissional. Inconstitucionalidade dessa prática porque suprime a iniciativa do Poder Executivo na fixação dos vencimentos dos funcionários públicos estaduais sujeitando-os a salário móvel. Inconstitucionalidade do art. 73, letra "l", da Constituição do Estado da Guanabara.

2. É constitucional a fixação de salário-mínimo profissional para os servidores que tem o seu contrato de trabalho regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Constitucionalidade do art. 73, letra "q", da Constituição do Estado da Guanabara.

....."

6. Na vigência da Constituição de 1988, esta Corte, na Sessão de 22/11/89, concedeu liminar na ADIn nº 105-1, rel. Min. FRANCISCO REZEK, D.J. de 11/09/92, para suspender a eficácia do § 9º do art. 20 da Constituição do Estado de Rondônia, que assim dispõe

§ 9º — O salário mínimo dos diplomados pelos cursos regulares superiores mantidos pelas Escolas de Engenharia, de Química, de Arquitetura, de Zootecnia, de Agronomia e de Veterinária é fixado em nove vezes o piso nacional de salários ou seu equivalente".

7. Uma semana mais tarde, em 30/11/89, foi concedida liminar na ADIn nº 150, rel. Min. MOREIRA ALVES, D.J. de 09/03/90, para suspender a eficácia do art. 2º da Lei nº 241, de 27/10/89, do Estado de Rondônia, que diz:

"Art. 2º — Aos profissionais de nível superior dos cursos regulares mantidos pelas Escolas de Engenharia, de Química, de Arquitetura, de Zootecnia, de Agronomia e

Veterinária, aplica-se o disposto no § 9º do art. 20, da Constituição Estadual",

o qual, por sua vez, já estava suspenso pela liminar concedida na ADIn nº 105.

8. Na Sessão de 16/05/91, ao ser apreciado o pedido de liminar da ADIn nº 380, rel. Min. CARLOS VELLOSO, esta Corte suspendeu a eficácia do parágrafo único do art. 65, da Lei Complementar nº 39, de 31/07/90, também do Estado de Rondônia, assim redigido:

"Parágrafo Único. Aplicam-se aos Funcionários Públicos privativos de portadores de curso superior o benefício previsto no § 9º do art. 20, da Constituição do Estado de Rondônia".

9. Na ADIn nº 290, rel. Min. CELSO DE MELLO, D.J. de 03.04.92, requerida pelo Governador de Santa Catarina, foi deferida medida liminar em acórdão assim ementado:

"O conteúdo da norma constitucional estadual, ao assegurar aos servidores públicos um limite mínimo de remuneração, além de estabelecer a vinculação de vencimentos a índices ou valores fixados em nível federal, parecer cercear a atuação discricionária dos órgãos ativamente legitimados para a instauração, na esfera de sua respectiva competência, do correspondente processo legislativo".

10. Entendo, destarte, ser robusto o fundamento jurídico da presente ação e não vejo razões que desaconselhem a suspensão cautelar da eficácia da lei, que concedo, em toda a extensão e em relação a todos os seus artigos, tendo em vista que eles tanto se entrelaçam e interligam, tanto se engrazam uns nos outros, que a suspensão de um acarretará a dos demais, que não poderiam manter sua vida própria.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 840-4 medida liminar

ORIGEM: AMAZONAS

RELATOR: MIN. PAULO BROSSARD

REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

ADV.: OLDENEY SÁ VALENTE

REQDA.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal deferiu medida cautelar de suspensão da eficácia dos efeitos da Lei nº 37, de 02.12.92, do Estado do Amazonas. Votou o Presidente. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Sydney Sanches, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Octávio Gallotti, Vice-Presidente. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário. 18.12.93.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presen-tes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

LUIZ TOMIMATSU
Secretário

RAZÕES DO RECURSO ORDINÁRIO

Pela Recorrente — IMPRENSA OFICIAL
DO ESTADO DO AMAZONAS — I.O.

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL,

Impõem-se a reforma da R. sentença da MM. Junta "a quo", em tudo aquilo que concedeu ao reclamante, porque não deu correta interpretação à controvérsia, decidindo ainda, contrariamente, aos melhores princípios de direito.

É o que passa o Recorrente, a demonstrar, procurando fazê-lo através de argumentos jurídicos irretorquíveis.

Não será demais observar, que o processo como método jurídico, é um caminho para conciliar interesses constituintes e não um instrumento para elaboração de imaginosos artifícios, ou fantasiosas situações que não buscam, outro fim, senão confundir ou induzir o julgador ao cometimento de equívocos.

O dever do Juiz exige não apenas coragem, mas, sobremaneira, discernimento, de modo a não tornar o Julgador servil a princípios ultrapassados e muito menos desviar-se dos verdadeiros objetivos de sua missão.

Nessa linha de pensamento, divisando horizontes mais longe, os eminentes julgadores que compõem esse Colendo Tribunal *Ad Quem*, não podem manter a decisão da primeira instância, porque além de frontalmente contrário ao texto legal, abre perigoso caminho, para futuras demandas, sem fundamento coerente, mais que sempre conseguem vários direitos, por suposições, sem maiores provas, como foi o caso sob análise.

A R. sentença recorrida, sobre ser contraditória, carece de melhor inspiração, porque não ajusta a realidade fático-jurídica razão possui reclama, seja em tudo aquilo que condeu ao reclamante, repudiada.

Assim, sendo, o Recorrente passa a demonstrar o Mérito de suas pretensões, por tópicos, para melhor compreensão dos ilustrados julgadores do Tribunal *Ad Quem*.

Inexiste diferença de remuneração sobre produção em parcelas vincendas e vencidas e muito menos houve redução salarial, como que fazer crer a douta decisão de primeira instância.

O salário do reclamante sempre foi constituído de parte fixa e variável, correspondendo a parte fixa o salário-mínimo e a variável à produção regulamentada por ato do Diretor-

Presidente.

Tal situação não foi alterada, nem mesmo com a extinção da Imprensa Oficial, pois não houve mudança de regime, nem de empregador, muito menos da função do reclamante, que continuou e continua no mesmo local de trabalho, prestando serviço como linotipista.

É bom que se diga, que a sua remuneração, quanto a parte variável, não poderia ser alterada, nem modificada, muito menos reajustada de conformidade com os reajustes concedidos dos pelo Estado do Amazonas aos seus funcionários, primeiro pela expressa regulamentação e especificação da remuneração do reclamante, agora recorrido, pois era em legislação própria devido a sua atividade profissional única e distinta de todas as outras. Além do mais, para que pudesse haver a incidência dos reajustes concedidos a totalidade dos Servidores Públicos do Estado do Amazonas sobre a parte variável (Produção) da remuneração do reclamante, seria necessário que houvesse em cada nova lei de reajus, a expressa menção de tal fato, a determinação do novo percentual. Não tendo havido, não há porque se falar em direito do reclamante, em virtude da inexistência da previsão legal, que seria necessária.

Pelo que se vê, em nenhuma das leis de reajustes salariais do Estado do Amazonas, desde de 1984 até 30 de Dezembro de 1988, ou em qualquer outra anterior e posterior, é mencionado qualquer dispositivo que reajuste ou conceda o percentual que foi deferido para o reclamante. Fato este inclusive declarado pelo reclamante em seu petítório.

Pelos documentos que estão juntos ao Processo verifica-se que o reclamante nunca deixou de receber a sua parte variável (Produção) e Produtividade de sua remuneração, mesmo após a extinção da Imprensa Oficial, não lhe sendo devido portanto, qualquer importância a título de diferença de remuneração sobre produção.

Ressalta-se ainda, que o reclamante, não apresentou nenhum documento que pudesse confirmar a sua produção mês a mês, muito menos como chegou ao valor pleitado, considerando que existe um Boletim de Produção, juntado pelo reclamado, onde foi provado que conforme a produção mensal do reclamante, efetuou-se o pagamento correto, correspondentes a cada linha produzida conforme o seu valor. Se for acatado a doutra sentença "a quo", o reclamante receberá como um "bis in idem", que o colocará em situação privilegiado em relação aos

demais servidores do órgão.

DA COMPENSAÇÃO

Se V.Exa., entenderem algum direito ao reclamante, o que será um absurdo, o Estado do Amazonas, requer compensação dos valores supostos devidos com os realmente recebidos a título de prêmio de Produção ou simplesmente Produtividade que lhe foram pagos (conf. documentos).

Por isso
E. Tribunal;

Este Recurso, a fim de que o direito seja repostado em seus devidos termos, pelo que o reclamado, ora recorrente, suplica, invoca os altos suplementos culturais e jurídicos dessa Corte de Justiça Especializada, convicto de que a sentença de primeira Instância, será reformada em tudo aquilo que concedeu ao reclamante, sem amparo legal, com que estarão V.Exa., praticando a costumeira,

JUSTIÇA

Manaus, 25 de fevereiro de 1992.

SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO
Procurador do Estado

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado por sua Procuradoria Geral do Estado, localizada na Rua Ferreira Pena nº 366, na pessoa do seu Procurador subfirmado, consoante delegação de competência, em apenso, vem, mui respeitosamente, à presença de V.Exa., com fulcro no art. 105, item III, alínea ... combinado com o art. 26, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, interpor RECURSO ESPECIAL, por negativa de vigência de Lei Federal e divergência jurisprudência, contra a v. decisão prolatada na Egrégia 1ª Câmara Cível desse Tribunal, que condenou o Estado, ao pagamento de indenização, por Desapropriação Indireta, à BRASIJUTA S.A. FIAÇÃO E TECELAGEM DE JUTA, já identificada, e o faz aduzindo as razões de fato e de direito a seguir delineadas.

Inclitos Ministros.

O ESTADO DO AMAZONAS, irresignado com a decisão prolatada no venerando Acórdão da Egrégia 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Amazonas, que o condenou ao pagamento de indenização, por DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, de uma área de terra de 19.042.06m², de propriedade da Recorrida, dela recorre através do presente RECURSO ESPECIAL, para que dele tome conhecimento essa Colenda Corte, e a reforma, em parte, para limitar os efeitos da condenação a área manifestamente desapossada pelo Poder Público.

Com efeito, ficou cristalinamente demonstrado no curso da instrução processual, notadamente no LAUDO PERICIAL de

fls. que a área efetivamente ocupada pelo Estado do Amazonas, na utilização dos aparelhos comunitários é de apenas 10.863.10m².

Todavia, além dessa área apossada pelo Poder Público, o Tribunal "a quo", condenou o Estado a indenizar mais 8.178.96m², ocupadas por parceiros particulares que invadiram o imóvel da Recorrida antes e depois do Recorrente construir em parte, da gleba invadida, com bem frizou o Laudo Pericial de fls. 90.

Firmou-se entendimento, que a indenização deve ser exata, a fim de não ocorrer enriquecimento nem empobrecimento do expropriante ou do expropriado.

A propósito, vale destacar a posição sobre o assunto do insigne José Carlos Moraes Sales, in "A DESAPROPRIAÇÃO À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA", pág. 430, Ed. RT, 2ª Edição, in verbis:

"Destarte, para que haja justeza e justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, no desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não de deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado". (grifamos).

Ora excelência, a V. decisão que condenou o Estado do Amazonas ao pagamento de área bem superior o que realmente ele ocupara com a construção do Centro Comunitário o que fere frontalmente ao princípio da "Justa Indenização", e proclama o enriquecimento ilícito sem causa tão repellido pelos nossos Tribunais.

Observa-se, portanto, que ao Estado do Amazonas, cabe apenas o valor indenizatório da área de 10.863.10m² deve a Recorrida litigar com os invasores particulares o seu direito já que ocuparam a área sem qualquer interferência ou autorização do Poder Público.

Se só isto não bastasse, a veneranda decisão, ora atacada, divergiu diametralmente das iterativas jurisprudências dos nossos Tribunais, que dispõem em uma só voz, que a "Correção

Monetária" na "Desapropriação Indireta", deve incidir à partir do Laudo de Avaliação e não da data do seu efetivo pagamento, como arbitrou a veneranda sentença de 1º grau, confirmada na decisão de 2ª Instância.

Diz o STS, em arresto da 2ª Turma, publicado na RTJ — 121/366:

"DESAPROPRIAÇÃO. Correção Monetária na vigência da Lei nº 6.899/91, aplica-se a correção monetária a partir do laudo de avaliação e não após a dilatação de um ano. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

Demonstrado à saciedade a flagrante violação a disposição de Lei que determina a justa indenização e a manifesta divergência jurisprudencial que ordena a incidência da correção monetária, à partir do laudo de avaliação e não como o proclamou a veneranda decisão que mandou aplicá-la até o efetivo pagamento, só resta ao Estado do Amazonas com a máxima venia, pugnar pela reforma em parte, da decisão ora recorrida devendo essa Colenda Corte, determinar que o valor do pagamento da indenização devida pelo Poder Público a Recorrida, seja calculado sobre a área efetivamente desapossada pelo Estado que representa 10.863,10m² e não o total de 19.042,06m², como decretou a decisão ora atacada, bem como, decreta a correção monetária à partir do laudo da avaliação, e não do seu efetivo pagamento como está estampado na decisão de 1ª Instância adotada pelo v. Acórdão, em grau de recurso.

Decidindo assim, Vossas Excelências, estarão aplicando o bom direito e fazendo triunfar a mais escoceita JUSTIÇA.

Manaus, 24 de novembro de 1993.

JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DIREITO DA 2ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL
— SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS.

AÇÃO DECLARATÓRIA Nº 86.0020968-4
CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S/A —
ELETRONORTE

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito-público interno, neste ato representado por sua Procuradoria Geral, instalada na Rua Ferreira Pena, 366, nesta cidade, por seu Procurador do Estado, subfirmado, vem, mui respeitosamente, à presença de V.Exa., na guarda do prazo legal, em vista do seu chamamento para integrar à lide como litisconsorte passivo, decorrente da Ação Declaratória nº 86.0020968-4, proposta contra ANTÔNIO FLEURI DE CAMARGO FILHO, já identificado, expor e requerer o que se segue:

**1. OS FUNDAMENTOS DA OPOSIÇÃO DO ESTADO DO
AMAZONAS AO SEU CHAMAMENTO PARA INTEGRAR A LIDE
COMO LITISCONSORTE PASSIVO.**

A Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A — ELETRONORTE, devidamente autorizada pelo Decreto Federal nº 85.896, de 13 de abril de 1981, promove Ação de Desapropriação contra o Réu, objetivando expropriar áreas de terras, necessárias à formação do reservatório da Usina Hidrelétrica de Balbina, neste Estado.

No curso de referida Ação, a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A — ELETRONORTE, levantando sérias e fundadas

dúvidas quanto ao domínio presuntivo do Réu, decorrente do título de propriedade que ostenta, formulou, com fundamento nos artigos 5º e 325, do Código de Processo Civil, pedido de setença declaratória incidental, por entender que da declaração de existência ou inexistência do direito de propriedade do desapropriando, depende o julgamento da Ação principal.

Como o suposto domínio do Réu deriva de alienação de terras devolutas feitas pelo Estado do Amazonas, no período de 1969 a 1971, acoimada de nulidade viscerais e/ou resolvida em face do descumprimento de condições resolutivas impostas ao adquirente, a Autora requereu e obteve o chamamento do Estado para integrar no polo passivo, a relação processual, na incidental.

Excluída da lide a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A — ELETRONORTE, por força da decisão proferida pelo Juiz de 1ª Instância às fls. e, confirmada pelo Acórdão de fls., do STJ, prossegue a Ação por impulso do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, também chamado, à lide como litisconsorte, que por petição de fls., reitera o pedido de chamamento do Estado do Amazonas como litisconsorte passivo.

É evidente o interesse do Estado na demanda, até como forma de assegurar a eficácia da sentença que for proferida, de vez que participou diretamente do negócio jurídico (alienação de terras devolutas), do qual se originou o pretensão direito do Réu, ora em questionamento.

Em que pese a essa evidência, não há, na espécie, comunhão de interesses entre o Estado — alienante — e o Adquirente — desapropriando, nem afinidade de questões por um ponto comum de direito ou de fato, daí porque recusa o seu chamamento para integrar a lide na condição de litisconsorte passivo, mas, ao revés, postula o seu ingresso na causa, no polo ativo da relação processual, conjuntamente com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA.

Justifica-se essa mudança de posição pela circunstância de que, também, o Estado do Amazonas questiona a legitimidade do domínio detido pelo Réu, em razão não apenas da evidência de fraudes no respectivo processo de alienação de terras devolutas estaduais, mas também pelo manifesto descumprimento de condições resolutivas impostas ao adquirente de

terras públicas, pela Lei nº 89, de 31 de dezembro de 1.959.

Assim, admitida a intervenção do Estado, aderindo ao polo ativo da relação processual, faz-se necessário, "prima facie", demonstrar o caminho fraudulento que viciou, desde a origem, o suposto direito de propriedade do Réu.

2. OS FATOS

Na verdade, há mais de vinte anos fala-se no aproveitamento do potencial hidroelétrico do Rio Uatumã. Embora a concessão à Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A — ELETRONORTE, somente haja sido dada, em 1º de março de 1.977, através do Decreto Federal nº 70321, a área de implantação do projeto já se achava de há muito definida no local denominado "Cachoeira Balbina" e, à época desses estudos, dita região era constituída de terras devolutas estaduais.

Definida a área de implantação do projeto, eis que um grupo de pessoas, estranhas à região e travestidas de agricultores, motivadas, sem dúvida, pela perspectiva de lucro fácil e vultoso, encetaram verdadeira "corrida ao ouro", demonstrando súbito interesse na aquisição de áreas centrais, longínquas e inóspitas, precisamente na região de Cachoeira Balbina, onde se formaria, no futuro, o reservatório da hidrelétrica do mesmo nome.

Desse modo, no período de 1.969 a 1.971, mas antes da edição do Decreto nº 1164, de 1º de abril de 1971, foi promovido um grande loteamento na região já aludida, abrangendo parte dos territórios dos municípios de Uruará e Itapiranga, segundo a divisão geopolítica do Estado, à época, tendo o Estado do Amazonas titulado cerca de 550 lotes de terras, absolutamente simétricos, cada qual com a área de 3.000 ha.

Ocorre que, na pressa de consolidar a sua condição de proprietários, antecipando-se mesmo ao advento do citado Decreto-Lei nº 1164/71, o interessado, contando certamente com a conivência de funcionários inescrupulosos, logrou obter a titulação de lotes de terras devolutas estaduais, sem o atendimento às prescrições contidas na referida Lei nº 89, de 31.12.1.959 (Lei de Terras do Estado), especialmente no que tange à obrigatoriedade de demarcar "in loco" o lote pretendido, como imposto pelos seus arts. 61 e seguintes.

Conforme se acha amplamente denunciado e provado nos

autos, não houve em tais alienações a indispensável demarcação concreta dos lotes. Mas, muito ao contrário, para esquivar-se à exigência legal, engendrou-se o artificioso expediente de demarcá-los, em gabinete, a partir de levantamentos aerofotogramétricos procedidos pelo projeto RADAM, em execução na ocasião e de outros métodos estranhos à legislação agrária estadual.

A demonstração mais eloqüente da falta de demarcação reside no fato, já tantas vezes detectado nestes autos, inclusive pelos próprios peritos desse Juízo, de que a maioria das glebas teria sido demarcada, no curto prazo de um (1) ano, por um único profissional, no caso, Sr. Isaac Amorim, cuja tarefa, na hipótese de efetiva e concreta realização lhe demandaria, pelos meios normais, pelo menos 16 (dezesseis) anos.

Afora esse aspecto, por si só suficiente para macular de nulidade visceral os títulos em questão, impende salientar, ainda, que ditas alienações, além de espelharem graves defraudações do patrimônio fundiário do Estado, contrariaram os objetivos estabelecidos pela citada Lei nº 89/59.

Com efeito, dispõe a lei agrária estadual, *in verbis*:

"Art. 36 — Os adquirentes de terras devolutas ficarão sempre sujeitos ao seguinte:

.....
.....
d) ocupá-las efetivamente, tomando-as produtivas mediante cultura efetiva ou exploração racional sistemática, de acordo com o fim declarado no requerimento de compras".

A definição do que seja cultura efetiva é dada pelo art. 6º, da mencionada lei, cujo parágrafo único esclarece que esta deve ser sempre acompanhada de moradia habitual.

E o art. 164, do referido diploma, estabelece, ainda, que "em todos os títulos de cessão de terras serão impressas as obrigações e condições essenciais da concessão estabelecidas nesta Lei".

É de notar, também, que tais alienações terminaram por violar a regra constitucional inscrita no art. 171; parágrafo único

da Constituição Federal, segundo o qual "salvo para a execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares".

Com efeito, embora cada pretendente tenha sido contemplado com um único lote de 3.000 ha, para contornar a proibição constitucional, porém, após a titulação, os lotes foram negociados entre eles, resultando na ostensiva transgressão ao citado dispositivo da Carta Federal, com a concentração em mãos de poucos de vasta área da região de Balbina.

Igualmente, releva frisar que, uma vez obtida a titulação, e, operada a gizada "ação entre amigos", o Réu se quedou inerte, à espreita da ocasião oportuna para deflagrar a última fase da extensa cadeia de fraudes, objetivando abiscoitar, na ação expropriatória, polpuda indenização, em evidente detrimento dos interesses públicos.

3. O DIREITO

Do relato dos fatos antes alinhados, todos verossímeis, coerentes e cabalmente demonstrados pela prova carreada para os autos, exsurge extrema de dúvidas a simulação dolosa e fraudulenta perpetrada pelo adquirente das terras públicas em apreço.

Efetivamente, o adquirente, com o desenganado objetivo de atender à exigência de demarcação *in loco* dos lotes pretendidos, como determinado pelos arts. 61 e seguintes, da lei agrária estadual (Lei nº 89/59), valeu-se de um artificioso simulacro de demarcação, a partir de fotografias aéreas do projeto RADAM e outros métodos de gabinete que, absolutamente, não espelham a realidade do relevo e da topografia da área, conforme exige a lei, para determinar a efetiva situação, confrontação e individuação dos lotes, no solo.

Esse vício macula de nulidade os títulos expedidos e, conseqüentemente, o suposto domínio do adquirente, a teor do que prescreve o art. 147, do Código Civil, *in verbis*:

"Art. 147 — É anulável o ato jurídico:

.....
II — Por vício resultante de erro, dolo, simulação ou fraude".

Por outro lado, como antes sublinhado, as aquisições não foram realizadas com a finalidade de dar aos lotes a destinação prevista na lei de terras do Estado e no respectivo requerimento de compra, à qual estava obrigado, por expressa disposição legal.

De fato, os títulos expedidos pelo Estado consignam expressamente a obrigação dos adquirentes de terras públicas de cumprirem as disposições previstas nas leis e regulamentos, especialmente no que respeita à exigência de ocupá-las, de modo efetivo, tornando-as produtivas, mediante cultura permanente ou exploração racional sistemática, conforme declarado no requerimento de compra (art. 36, alínea d, da Lei nº 89/59).

Ademais, o art. 6º do mencionado diploma diz que a cultura efetiva deve ser sempre acompanhada de moradia habitual.

Todavia, ao que se colhe dos informes prestados pelos senhores louvados, os lotes permanecem na condição de floresta virgem, intocada e inacessível, sem qualquer sinais ou vestígios de ocupação presente ou passada.

Essas constatação caracteriza, de forma irretorquível, o descumprimento por parte do adquirente de condição a que se obrigara, sujeitando-o, destarte, à resolução "pleno jure" do domínio da terra que lhe foi transmitida, que, por isso, se revertem automaticamente ao patrimônio devoluto do Estado.

Definitivamente, estabelece a Lei nº 89, de 31 de dezembro de 1.959:

"Art. 1º — São consideradas terras devolutas compreendidas nos limites do Estado do Amazonas:

.....
h) — as que, vendidas, concedidas, legitimadas ou revalidadas, não tenham seus proprietários cumprido qualquer das cláusulas pelas quais se obrigaram no ato da compra, concessão, legitimação ou revalidação";

Como se observa, a alienação de terras devolutas estaduais, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 89/59, não confere, de pronto, ao adquirente o domínio pleno e incondicional do lote, mas, sujeitando-o ao implemento das condições exigidas na lei e no requerimento de compra, caracteriza autêntica propriedade resolúvel.

A propósito, estatui o Código Civil Brasileiro, no art. 647, que "resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detém".

Também, sem embargo da resolução operada, vale destacar, mais uma vez, a presença, nessa oportunidade, da simulação praticada pelo adquirente, de vez que a intenção, desde o início, não era a de adquirir terras públicas para dar-lhes destinação econômica e social, mas a aquisição foi feita, de caso pensado, visando tão só a indenização futura, na expectativa da execução do projeto da hidrelétrica de Balbina, de há muito cogitada. Precisamente, por essa razão e porque isso sempre foi e continua sendo o único e exclusivo objetivo do adquirente, tais terras ficaram durante esse longo tempo relegadas ao mais completo abandono e totalmente improdutivas.

Se assim não fora, que outro motivo teria levado um punhado de pessoas não identificadas e sem qualquer vínculo com a região, ligadas a grupos familiares e econômicos do Centro-Sul do País, a se interessarem pela aquisição de terras centrais, no coração da Amazônia, recobertas de floresta virgem e densa, coincidentemente na região para a qual se achava prevista a implantação da prefalada hidrelétrica?

Assim é que, no exato momento em que o Governo Federal, atendendo a um antigo reclamo popular e necessidade da economia regional, resolve, a despeito das graves dificuldades por que atravessa a Nação, implantar um projeto essencial ao desenvolvimento do Estado do Amazonas, com recursos captados no exterior, eis que surge um grupo de pessoas gananciosas, ávidas como lobos rapaces, a engendrar um plano ilícito e imoral, sob a falsa aparência de legalidade, com o objetivo indisfarçável de enriquecimento sem causa, capaz de inviabilizar a execução do projeto, em face dos pesados encargos indenizatórios a que se julgam com direito.

Sobre ser esse comportamento ilícito e imoral, por caracterizar intuito de verdadeiro saque aos dinheiros públicos, afigura-se ainda como inominável falta de patriotismo, a merecer o mais pronto e enérgico repúdio.

Afinal, está evidenciado, **ex abundantia**, que o pretendo

direito dos adquirentes das glebas foi construído sob o manto aparente da legalidade, mediante simulação dolosa e fraudulenta, com o objetivo de auferir vantagem ilícita e imoral.

Mas, o direito não pode tolerar que a lei sej utilizada como instrumento de custódia da fraude e da simulação, para obtenção de vantagem pessoal em detrimento de outrem, mormente quando a lesão atinge toda a coletividade, como na hipótese vertente, em que se cuida de recursos públicos.

Por isso que o legislador pátrio, sensível ao aspecto teleológico da lei, fez inculpir no artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a salutar regra:

"Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

De tudo que foi exposto, vê-se claramente que o negócio jurídico transado entre funcionário inescrupulosos do Estado e o Réu, afigura-se como completamente nulo de pleno direito, não podendo subsistir na esfera jurídica dado o seu descumprimento com os ditâmes do bom direito.

Diz WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, em sua notável obra "Defeitos dos Negócios Jurídicos", págs. 24, 25 e 26, Ed. Forense, 1985;

"O negócio jurídico nulo é aquele que contém todos os elementos, mas um ou alguns deles se acha de tal maneira viciado que não pode subsistir nem ser convalidado ou ratificado. Nasceu e existe, está aí, mas claudicante e condenado à morte".

E adiante arremata:

"O negócio jurídico nulo não comporta convalidação ou ratificação. Como na hipótese de inexistência, o negócio jurídico nulo não pode ser corrigido ou complementado. O novo negócio jurídico que se celebrar não terá qualquer vinculação com o negócio inexistente ou com o negócio nulo, será uma novidade jurídica que produzirá efeito ex nunc.

"Porque é reconhecível ex officio em qualquer processo ou fase processual, porque independe de alegação das partes, a nulidade não se subordina a prazos de decadência ou de prescrição.

"A nulidade priva o negócio jurídico de qualquer efeito que tenha estado na intenção das partes. Os efeitos que vier a ter escapam aos objetivos das partes e constituem imposição (desfavorável) de ordenamento jurídico. Quod ab initio vitiosum est nullum producit effectum. Quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere: Digesto, Livro L, T, f. XVII, trag. 29, de PAULUS".

Ora, Excelência, pelos documentos carreados aos autos, ficou efetivamente comprovado que o Título Definitivo expedido ao Réu nasceu com vício originário e concretizado sob a proteção de uma patente ilegalidade.

4. A CONCLUSÃO

Demonstrado à saciedade que o Réu desapropriando não é detetor legítimo do domínio do lote inserido na área da região de "Cachoeira Balbina", seja porque os títulos respectivos expedidos pelo Estado do Amazonas são nulos de pleno direito, por resultarem de simulação dolosa e fraudulenta, seja porque o adquirente teve resolvida sua propriedade pelo descumprimento de condição resolutiva a que se sujeitou, no momento da aquisição.

Desse modo, a ocorrência concomitante das situações acima focadas determina a reversão automática dos lotes em referência ao domínio do Estado do Amazonas, que, na condição de legítimo titular do direito de propriedade, vindica para si a correspondente indenização, pela desapropriação das terras pelo Governo Federal.

5. AS PROVAS

Além das provas já colecionadas aos autos, o Estado do

Amazonas protesta e requer, desde já, pelo depoimento pessoal do Réu, pena de confissão, oitiva de testemunhas, perícias, requisição e juntada de novos documentos.

6. O REQUERIMENTO

À vista de todo o exposto, admitido o pedido de recusa de litisconsorte passivo e o seu ingresso no polo ativo da presente relação processual, ao lado, *pari passu*, do INCRA, o Estado do Amazonas vem REQUERER a V. Exa., com fulcro nos dispositivos legais já apontados, se digne de, afinal, julgar procedente a Ação, para o fim de declarar a NULIDADE e/ou a RESOLUÇÃO do domínio do Réu, com a reversão dos respectivos lotes ao patrimônio fundiário do Estado, com as cominações de lei, por ser de DIREITO e de inteira e inofuscável.

JUSTIÇA.

Pede Deferimento.

Manaus (AM), 1º de junho de 1993.

FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DA 5ª JCJ DE MANAUS

A SUPERINTENDÊNCIA DE TELEVISÃO E RÁDIO EDUCATIVA DO AMAZONAS, Autarquia Estadual, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio do Procurador infra-firmado, habilitado consoante delegação de poderes arquivada na Secretaria da MM. Junta, vem respeitosamente, à presença de V.Exa., dentro do prazo legal, apresentar ENCARGOS À EXECUÇÃO nos autos do Processo 5ª JCJ — 09068-88.05.1, no qual consta como Embargo — JOÃO JOSÉ FERREIRA DE OLIVEIRA, o Reclamado-Embargante — ESTADO DO AMAZONAS — TVE, pelas razões e fundamentos que a seguir passa a expor:

1. O EMBARGANTE, foi citado para pagar ou querendo opor ENBARGOS à Execução da importância de Cr\$ 623.277.718,51 (Seiscentos e Vinte e Três Milhões, Duzentos e Setenta e Sete Mil, Setecentos e Dezoito Cruzeiros e Cinquenta e um Centavos), referentes a principal, juros e custas da suposta dívida.

2. Ocorre Exa., que os cálculos constantes do requeritório, agora recebido pelo Embargante, não estão corretos, pois observa-se que não obedeceram os índices legais e sobretudo, não foram feitas as devidas compensações requeridas na defesa e até houve um certo exagero dos direitos concedidos pela dita sentença.

3. Por oportuno, o Embargante quer impugnar os cálculos de fls., dado que houve sem sombra de dúvidas, evidente equívoco na soma das parcelas ali discriminadas. Por exemplo, os índices aplicados para a correção monetária, somente devem ser feitos por ocasião dos cálculos de créditos salarial, o que

seria somente no quinto dia do mês subsequente àquele em que ocorreu o crédito. Logo o índice de correção a ser usado não deve ser o correspondente ao mês trabalhado, mas ao mês seguinte. Constata-se que houve erro de cálculo.

4. Realmente, não temos dúvida, que houve erros nos cálculos das verbas principais e como a aplicação da correção monetária não foi de modo correto, que refletiu sobre todas as diferenças concedidas pela dita sentença. Por isso Exa., este RECURSO, porque na realidade, está ocorrendo Execução por quantia superior à da condenação, o que evidentemente, não pode prevalecer por contrariar o disposto no Art. 473, item III, do CPC, aplicável subsidiariamente, ao processo trabalhista (CLT — Art. 769), o qual diz:

"Há excesso de Execução — quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença".

5. Assim sendo, são os presentes EMBARGOS, para solicitar de V.Exa., a modificação da sentença de liquidação que homologou os cálculos de fls., no valor irreal de Cr\$ 623.277.718,51 (Seiscentos e Vinte e Três Milhões, Duzentos e Setenta e Sete Mil, Setecentos e Dezoito Cruzeiros e Cinquenta e um Centavos), referentes ao principal, juros e custas, determinado a elaboração pelo setor competente de novos cálculos, com aplicação dos índices de correção monetária corretamente, levando-se em conta que os salários do empregado somente são devidos, após o quinto dia do mês subsequente àquilo que ocorreu o trabalho, logo o índice de correção monetária a ser usado não deve ser o correspondente ao mês de trabalho, mas ao mês seguinte. Com as devidas deduções de valores já comprovadamente pagos, (doc. nos autos), para que seja feita,

JUSTIÇA.

Manaus, 15 de Janeiro de 1993.

SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DA SEXTA JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE MANAUS.

INSTITUTO DE MEDICINA TROPICAL de Manaus, representado pela Procuradora do Estado abaixo-assinado, com poderes arquivados na Secretaria da Junta, inscrito na OAB-AM sob o nº nos autos da Reclamação Trabalhista nº 6ª JCJ-13218-89-06-0, que lhe move CARLOS VERÍSSIMO BARROS DE OLIVEIRA, em fase da Execução, vem mui respeitosamente perante Vossa Excelência interpor AGRAVO DE PETIÇÃO, dentro do prazo legal, pelas razões de fato e de direito:

O CONTEÚDO DA CONDENAÇÃO

A sentença condenou o Reclamado ao pagamento seguinte:

Gratilhos salariais de março a junho/87, resíduo salariais de julho a agosto/87, URP's de setembro/89, reajuste salarial da nova política salarial do Governo, reajuste salarial do Plabno Bresser, incorporação das horas extras em seus vencimentos a partir de junho/89, incidência dos reajustes salariais sobre as parcelas de 13º salário e férias recebidas, tudo conforme fundamen-

tação".

O Acórdão nº 694/90 confirmou a sentença esclarecendo que "... o Estado, ao admitir servidor celetista se adequa à condição de simples empregador", mandando aplicar-lhe a política salarial geral.

EXCESSO DE EXECUÇÃO

A conta de liquidação de desobedeceu à condenção, porque simplesmente calculou percentuais sobre os salários pagos, quando o que está expresso na decisão é que ao Reclamante, como servidor do regime Celetista, não se aplica a política de vencimentos do funcionário público e sim a política salarial geral para os trabalhadores celetistas, daí serem devidos os gatilhos, URP's etc.

O EQUIVOCO ESTÁ EM QUE, AO DEFERIR A POLÍTICA SALARIAL COMUM, A JUNTA TEM DE FAZER O CÁLCULO DOS SALÁRIOS DE ACORDO COM ESSA POLÍTICA E VERIFICAR O QUANTO FOI PAGO, DE ACORDO COM OS CONTRACHEQUES, ACHANDO AS DIFERENÇAS PARA SEREM PAGAR.

AO CONTRÁRIO, A JUNTA CALCULOU OS REAJUSTES DE UMA POLÍTICA SALARIAL GERAL SOBRE OS SALÁRIOS JÁ REAJUSTADOS DE ACORDO COM A POLÍTICA DE VENCIMENTOS ESTADUAL, OU SEJA, CHEGA-SE ABSURDO INACEITÁVEL DE CONCEDER O BENEFÍCIO CUMULATIVO DE DUAS POLÍTICAS SALARIAIS, QUANDO O ACÓRDÃO SIMPLEMENTE MANDOU APLICAR UMA POLÍTICA SALARIAL (A GERAL) EM LUGAR DA OUTRA (A ESTADUAL), POR SER O RECLAMANTE CELETISTA E NÃO SERVIDOR ESTATUTÁRIO.

Por exemplo, no mês de abril/87 o Gatilho devido era de 20% e o Governo Estadual concedeu reajuste superior, que devem ser compensados com reajustes seguintes. Em maio/87 o Gatilho devido era de 20% e, portanto, o Reclamante nada devia, pois o saldo de reajuste anterior superava tal índice, mas a conta desprezou esse fato e calculou diferenças a pagar. Esse erro se repetiu inúmeras vezes e diverge de outras já levantadas pela Justiça do Trabalho.

CÁLCULOS CORRETOS

Cumprindo-se fielmente a decisão os cálculos corretos no

mês do levantamento da conta são os seguintes:

MÊS	SAL. DEVIDO	SAL. PAGO	À PAGAR	VR. EM 03/93
GATILHOS				
MAR/87	3.391,80	3.391,80	-	
ABR/87	4.070,16	4.964,00 (+46,35%)	-	
Adiant. Férias		1.692,00 (+46,35%)	-	
MAI/87		4.884,19 (+20%)	4.964,00	
JUN/87	5.857,42 (+20%)	4.964,00		
JUN/87	5.857,42 (+20%)	4.964,00	893,42	
356.232,04				
Adiant. 13º Salário				

REPOSIÇÕES PLANO BRESSER

JUL/87	6.406,84 (+9,38%)	4.964,00	1.442,84	558.272,02
AGO/87	7.007,80 (+9,38%)	8.509,00 (+71,41%)		
URP's				
SET/87	7.336,46 (+4,69%)	8.509,00		
OUT/87	7.680,53 (+4,69%)	8.509,00		
NOVE/87	8.040,74 (+4,69%)	8.509,00		
DEZ/87	8.779,70 (+9,19%)	8.509,00 (+3,80%)	270,70	66.266,98

Restante 13º Salário

O cálculo demonstrado acima, atesta, exemplificativamente, os erros em relação ao ANO DE 1987 e, portanto, devem ser refeitos os cálculos dos anos de 1988 e 1989, obedecendo os critérios acima.

Aliás, em processo semelhante, as contas já foram apuradas como demonstrado acima e se verifica a diferença em alguns meses apenas, porque quando o Estado concedia os reajustes dos servidores estatutários eram repassados para os celetistas e, por serem percentuais acumulados de vários meses, deixaram também de existir diferenças por alguns meses em comparação com a política salarial geral.

Conseqüentemente, devem ser recalculadas os reflexos sobre 13º Salário e Férias, bem como os juros monetários.

REQUERIMENTO

Requer, pois o Agravante a Vossa Excelência que receba os presentes Agravo de Petição e, após vistas ao Agravado-Reclamante, julgue procedentes os mesmos, para mandar efetuar novo cálculo obedecendo o acórdão transitado em julgado,

exposto acima.

P. Deferimento

Manaus, 20 de maio de 1993.

INDRA MARA BESSA DOS SANTOS
Procurador do Estado

EDITAL Nº 1336/93 — INTIMAÇÃO DE ACÓRDÃOS

De ordem do Sr. Presidente do Tribunal, faço saber que em sessão realizada no dia 31.08.93. foram publicados os seguintes acórdãos:

1.
2. 113/93-AP - 6ª JCJ de Manaus - Ac. 3781/93 - rel. Othilio Francisco Tino - Instituto de Medicina Tropical de Manaus x Carlos Verissimo Barros de Oliveira. ACORDAM os Juizes do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, por unanimidade de votos, conhecer do Agravo de Petição, dar-lhe provimento para o efeito de determinar que os cálculos sejam refeitos conforme pleiteado no recurso, de acordo com a fundamentação. Custas na forma da Lei. Advs.: Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes, Luiz Carlos Pantoja, Francisco Luciano de Oliveira Nunes e Outros.

EMENTA: Se o Estado do Amazonas procede ao pagamento das reposições de modo uniforme, é evidente que aos celetistas, quando dos cálculos de reajustes, deve ser observada a compensação dos valores recebidos àquele título.

Agravo conhecido e provido integralmente.

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUIZ DE DIREITO DA 1ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MANAUS

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público, com endereço em sua capital, à Rua Ferreira Pena nº 366 — Centro, sede de sua Procuradoria Geral, vem perante Vossa Excelência, no prazo legal, através do Procurador do Estado abaixo firmado na forma do art. 132 da Constituição Federal, CONTESTAR a AÇÃO ORDINÁRIA que lhe movem DIMAS TELES RODRIGUES e outros, nos termos dos arts. 300 e seguintes do Código de Processo Civil, tendo em vista a Petição, o Fato, a Fundamentação Jurídica, a Prova e o Pedido, como seguem:

A PETIÇÃO

Os autores — tabelião, escrivães e oficiais de justiça — todos aposentados do Poder Judiciário do Estado do Amazonas pretendem, via Ação Ordinária, que a prestação jurisdicional reconheça:

a) Proventos básicos de aposentadoria, vencimento mais representação, correspondentes, respectivamente, a cinquenta, quarenta e trinta por cento da remuneração padrão do Juiz de Direito, nesta compreendidos o vencimento, a representação e a gratificação de representatividade, criada pela Resolução Interna nº 20/92 do Egrégio Tribunal de Justiça;

b) Cálculo, sobre os proventos estabelecidos na forma da letra a, de todas as verbas decarâter pessoal, como gratificação por tempo de serviço, etc.;

c) Diferença de proventos, a partir de outubro de 1992, com atualização monetária;

d) ônus da sucumbência, inclusive honorários advocatícios, calculados em vinte por cento do valor da condenação.

A Petição apenas apresenta os autores como inativos, pertencentes ao regime da Lei Estadual nº 1834B, de 30.12.87 que, alterando o § 4º do art. 246 da Lei de Organização Judiciário do Estado do Amazonas, estabeleceu os níveis de quarenta, trinta e cinquenta por cento, relativamente ao Juiz de Direito. E, citando que a Lei Estadual nº 1920, de 08.09.89, revogou as disposições acima, mas expressamente reconheceu o direito adquirido dos aposentados, o requerimento entende íntegro o direito dos suplicantes.

Os autores, data vênia, todavia, não conseguem estabelecer vínculo entre o direito adquirido e a gratificação de representantes atribuída ao juiz de direito. Parece-me, diante das leis estaduais invocadas, não haver dúvida quanto ao direito dos três grupos de servidores aposentados aos níveis, respectivamente, de cinquenta quarenta e trinta por cento sobre o vencimento e sobre a representação do Juiz de Direito. Em todos os três ítems que agrupam servidores em discussão a expressão escrita é vencimento mais representação. E, além disto, a gratificação de representatividade, criada pela Resolução Interna nº 20/92, de 24 de setembro de 1992, para vigência a partir de 01 de outubro de 1992, teve a natureza de gratificação temporária, específica para os ativos.

O FATO

Realmente, MM. Juíza, o fato em que se fundamenta o pedido dos autores, é a Resolução Interna nº 20/92, baixada em 24 de setembro de 1992. O documento possui dois considerando, onde transparece o objetivo de melhorar a remuneração dos Desembargadores e Juizes de Direito, em face do exercício das funções judicantes. São eles: 1º — Considerando a necessidade de reajustar os percentuais das Gratificações atribuídas aos Desembargadores exercentes de cargos de direito deste Poder, de modo a lhes permitir melhor representatividade perante os demais Poderes Públicos; 2º — Considerando que essa melhor

representatividade perante o mundo oficial constitui necessidade de todos os membros deste Poder, independentemente de eventual exercício de cargo de direção.

Fixado claramente o objetivo, isto é, uma gratificação temporária, destinada aos Desembargadores e Juizes de Direito, no exercício das atividades forenses e, portanto, necessidades, de "melhor representatividade perante o mundo oficial", a Resolução Interna especificou os seus próprios limites, a Magistratura, como consta em seus quatro únicos e a seguir transcritos artigos: 1º — Fica reajustado e unificado o percentual da gratificação paga aos titulares de órgãos fracionários do Tribunal de Justiça, em 100% (cem por cento) do somatório das verbas de Vencimento, Representação e Adicional, atribuídas aos Desembargadores. 2º — O valor da gratificação referida no valor anterior é estendido aos demais Desembargadores deste Tribunal de Justiça. 3º — Aos Juizes de Direito é atribuída uma Gratificação de representatividade, equivalente a 60% (sessenta por cento) da gratificação referida no art. 1º. 4º — Esta Resolução entrará em vigor a contar de 1º de outubro do corrente ano.

A invocada Resolução Interna 20/92, do Egrégio Tribunal de Justiça, já consta nos Autos às fls. 12, mas por estar ilegível, junta-se a esta contestação exemplar dela xerografada do original.

A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Objeta-se a aplicação da citada Resolução aos tabeliões, escrivães, oficiais de justiça e demais profissionais da justiça autores da presente Ação Ordinária, bem como ao litisconsorte, José Martins Ferreira, pela incomunicabilidade da vantagem criada aos aposentados.

Realmente, como eles próprios reconhecem e os Autos provam, através dos contra-cheques anexados, o Estado do Amazonas vem pagando os proventos desses serventuários de justiça, na forma da Lei Estadual nº 1834 B, de 30 de dezembro de 1987 que, mudando a redação do § 4º do art. 246 da Lei de Organização Judiciária do Estado do Amazonas criou, com base específica no vencimento mais a representação, do Juiz de Direito, níveis mínimos de proventos, para os servidores que menciona, embora essa lei tenha sido revogada, houve expressa ressalva dos direitos adquiridos dos aposentados.

Assim, pois, a situação jurídica dos suplicantes está

consolidada. São todos inativos e, naturalmente, sobre eles se aplicam as leis vencimentais de caráter geral, no espírito do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, que diz: "Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei".

Esse entendimento, de que o pleito precisaria de lei que o amparasse, está consagrado pelo Supremo Tribunal Federal que, interpretando o dispositivo constitucional acima transcrito, assim decidiu: "ISONOMIA — ATIVOS E INATIVOS — PAR. 4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — APLICABILIDADE. A garantia insculpida no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal é de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõe, tão-somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se o preceito constitucional a plano secundário, potencializando-se a atuação do legislador ordinário como se a este fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, dá-se, pela existência de norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados. A locução contida na parte final do par. 4º em comento — "na forma da lei" — apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa" — Diário da Justiça da União, 14.08.92, pág. 12228, AG 141-189-9 DF.

A melhor doutrina chega à conclusão semelhante, pelo caminho da natureza temporária da gratificação, que somente se incorpora aos proventos quando a lei expressamente assim o estabelece.

Invoca-se, apenas, pela clareza da matéria, apenas o magistério de Rely Lopes Meireles, em Direito Administrativo Brasileiro, 14ª edição, págs. 408 e 409, assim: "A gratificação é retribuição de um serviço comum prestado em condições especiais: o adicional é retribuição de uma função especial

exercida em condições comuns. Daí porque a gratificação é, por índole, vantagem transitória e contingente e o adicional é, por natureza, permanente e perene", concluindo, de forma inequívoca e magistral, que "essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o funcionário está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias pro labore faciendo e propter laborem. Cessado o trabalho que lhes dá causa, ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador".

Assim, MM. Juiza, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, ao não pagar, administrativamente, a repercussão da gratificação de representatividade dos Juízes de Direito aos tabeliões, escrivães, oficiais de justiça e outros serventuários aposentados, está agindo adequadamente, incluindo-se coerência com seu próprio ato criador da vantagem solicitada, uma gratificação específica, temporária, restrita à Magistratura.

É o próprio Supremo Tribunal Federal que coloca a repercussão na dependência de lei e é o notável administrativista Hely Lopes Meireles que explica que esse tipo de gratificação é próprio da atividade e somente pode ser auferido na inatividade se lei expressamente autorizar.

A PROVA

A prova, MM. Juiza, é, naturalmente, a anexa Resolução Interna nº 20/92, de 24 de setembro de 1992, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Matéria de direito, a questão se fundamenta na comunicação ou não de um Ato Administrativo — a citada e anexada Resolução — nos proventos dos aposentados requerentes.

O documento — a prova — mostra que a gratificação se destinou aos ativos e exclusivamente membros da Magistratura, não havendo nela qualquer referência, nem mesmo indireta, aos requerentes.

O PEDIDO

O Estado do Amazonas, em conseqüência do demonstrado, sobretudo da posição do Supremo Tribunal Federal, Requer a

Vossa Excelência a total improcedência da presente Ação Ordinária, com as consequências legais.

N. Termos

P. Deferimento

Manaus, 19 de maio de 1993

JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
Procurador do Estado

DOCTRINA

DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

JOÃO AURINO MENDES BRITO. Ex-Advogado do Banco do Nordeste do Brasil S/A; Promotor Público resignatário no Estado do Ceará; Mestrano em Direito pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ; Juiz do Trabalho Substituto.

I - INTRODUÇÃO

No momento em que a recém promulgada Carta Magna estrutura um sistema de guarda e garantia da Constituição em que resta substancialmente ampliado o alcance da jurisdição constitucional, afigura-se-nos de extrema relevância a atualidade cuidar do tema "controle de constitucionalidade".

Com efeito, a outorga ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de funções próprias de corte constitucional, segundo o modelo concebido por KELSEN, viabiliza a criação, no âmbito da CF/88, de um vasto sistema de controle abstrato de normas, secundado por mecanismo absolutamente original de aferição da constitucionalidade normativa traduzido na arguição de descumprimento, na forma de lei a ser editado, de preceito fundamental dela decorrente (CF, Art. 102, parágrafo único).

Aludido mecanismo se apresentação, na verdade, como uma importante via processual de acesso ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para a garantia concreta de direitos fundamentais. Deste modo, de todo conveniente será venha o legislador pátrio, "de lege ferenda", a alargar o seu espectro, para transformá-lo numa autêntica ação constitucional de defesa, correspondente à "verfassungsbeschwerde" Alemã ou ao recurso de amparo Mexicano ou Espanhol, sem, no entanto, banalizá-lo.

De fato, a ausência, na norma cuja edição se espera,

como "conditio sine qua non" à concreta aplicação do previsto no Art. 102 parágrafo único da CF/88, *de exigências rigorosas de manejo*, poderá transmudar a importantíssima via de acesso ao SUPREMO alí prevista (CF, art. 102, parágrafo único), em instrumento desacreditado, pela inflação de processos populares de controle que deflagraria, com repercussões danosas por sobre o regular funcionamento da suprema corte, decorrentes de incontrolável assoberbamento.

Como já se antevê, interessantíssimas são as questões que gravitam em torno do tema.

Nesta oportunidade, buscaremos desenvolver, na seqüência, nosso esforço compreensivo em torno de uma das vertentes dessa importantíssima problemática, **analisando, em forma de resenha, as várias espécies de inconstitucionalidade**, o que, de antemão, nos remeterá para conclusões que se inserirão no âmbito de cada segmento do presente estudo, e não a uma síntese global, apurada somente no final das nossas considerações.

II - DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Os estudos de maior relevância desenvolvidos a nível de doutrina constitucional, têm procurado constatar a possibilidade de ocorrência de diversos tipos ou manifestações de inconstitucionalidade. ⁽¹⁾

Assim é que, esse esforço prospectivo dos constitucionalistas, auxiliado pela atividade diuturna dos tribunais, tem ensejado a fixação de distinções entre: a) INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL OU ORGÂNICA e b) INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL; c) INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO e d) INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO; e) INCONSTITUCIONALIDADE ORIGINÁRIA e f) INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE, registrando a doutrina, ao lado disso, a existência, no campo do controle da constitucionalidade, de problemas complexos como os relativos à INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS e os atinentes ao chamado processo de INCONSTITUCIONALIZAÇÃO DA LEI CONSTITUCIONAL.

Tentaremos, então, perpassar nossa análise por sobre

(1) MENDES, Gilmar Ferreira - Controle da Constitucionalidade, Ed. Saraiva, 1990, pág. 26.

essas diferentes subespécies de inconstitucionalidades.

Inconstitucionalidade formal x inconstitucionalidade material

Com amparo nas lições de CANOTILHO⁽²⁾, procede GILMAR FERREIRA MENDES⁽³⁾ a uma síntese bastante satisfatória dos aspectos envolvidos na distinção dessas duas modalidades de inconstitucionalidade. A propósito, registra o referido doutorando pela Universidade de Münster:

"CONSTUMA-SE PROCEDER A DISTINÇÃO ENTRE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL, TENDO EM VISTA A ORIGEM DO DEFEITO QUE MACULA O ATO QUESTIONADO. OS VÍCIOS FORMAIS AFETAM O ATO NORMATIVO SINGULARMENTE CONSIDERADO, INDEPENDENTEMENTE DE SEU CONTEÚDO, REFERINDO-SE, FUNDAMENTALMENTE, AOS PRESSUPOSTOS E PROCEDIMENTOS RELATIVOS À SUA FORMAÇÃO, OS VÍCIOS MATERIAIS DIZEM RESPEITO AO PRÓPRIO CONTEÚDO DO ATO, ORIGINANDO-SE DE UM CONFLITO COM PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS NA CONSTITUIÇÃO. E, EVIDENTEMENTE, A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL ENVOLVE NÃO SÓ O CONTRASTE DIRETO DO ATO LEGISLATIVO COM O PARÂMETRO CONSTITUCIONAL, MAS TAMBÉM A AFEIÇÃO DO DESVIO DE PODER OU DO EXCESSO DE PODER LEGISLATIVO".

A distinção entre INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL e INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, a despeito de parecer perfeitamente aceitável, não é acatada sem discrepâncias ponderáveis. Os autores que se colocam contrários à distinção destacam, antes de tudo, a pouca relevância da diferença, para a atividade de controle da constitucionalidade.

(2) CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito Constitucional, 4ª Ed. 1989, Ed. Almedina, Portugal, pág. 737.

(3) MENDES, Gilmar Ferreira, op. Cit., pág. 28.

Com efeito, alinham-se nessa vertente defensora da pouca significatividade da distinção entre normas constitucionais materiais e formais, dentre outros, referidos por GILMAR FERREIRA MENDES⁽⁴⁾, COOLEY, FRANCISCO CAMPOS.

ALÉM DE KELSEN, THOMAS M. COOLEY, na obra "TREATISE ON THE CONSTITUCIONAL LIMITATIONS", já afirmava considerar inconcebível que o povo pudesse fixar, nos textos constitucionais, regras que julgasse irrelevantes.

FRANCISCO CAMPOS⁽⁵⁾ a seu turno, sintetiza, com o habitual brilhantismo, seu inconformismo com a distinção entre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais, consignando:

"SENDO, POIS, TODAS ELAS DE ORDEM CONSTITUCIONAL, TERÃO, IGUALMENTE, A MESMA FORÇA, QUE LHES PROVÉM, NÃO DE SUA MATÉRIA, MAS DO CARÁTER DO INSTRUMENTO A QUE ADEREM, NÃO SE PODENDO CONCEBER QUE SE RESERVE AO LEGISLADOR O ARBITRIO DE DISTINGUÍ-LAS, PARA O EFEITO DE SUA OBSERVÂNCIA, EM ESSENCIAS OU SUBSTÂNCIAS, A SABER, IMPERATIVAS OU MANDATÓRIAS OU DE MERA CONVENIÊNCIA, ISTO É, DIRETÓRIAS".

Também KELSEN⁽⁶⁾ relata GILMAR F. MENDES, ressalta a diferença existente entre a norma constitucional e a norma ordinária, afirmando:

"O ESTABELECIMENTO DE UM PROCESSO ESPECIAL DE REVISÃO ACABA POR FAZER COINCIDIR A CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO MATERIAL COM A CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO FORMAL, DAÍ CONSIDERAR QUE A DISTINÇÃO ENTRE

(4) MENDES, Gilmar Ferreira, op. Cit., págs. 29/32

(5) CAMPOS, Francisco Luiz da Silva - Direito Constitucional, pág. 392, apud GILMAR F. MENDES, op. Cit.

(6) KELSEN, Hans - La garanzia Giurisdizionale della Costituzione, "in" "LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE" Milano, Giuffrè, 1981, pág. 154, apud GILMAR F. MENDES, op. Cit.

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL HÁ DE SER VISTA COM CAUTELA".

A distinção entre inconstitucionalidade formal e material, como se vê, não apresenta, de fato, grande importância para a compreensão e disciplina do processo de controle da constitucionalidade. A crescente valorização de jurisdição constitucional, decorrente da aceitação de que a Constituição deve ser, sem restrições, a representação normativa da ordem jurídica fundamental da coletividade, máxime no que toca aos princípios dessa ordem fundamental, tem realmente confirmado a orientação que se traduz numa quase irrelevância da distinção de que se está a cuidar.

Convincente, o resultado a que chega FRANCISCO CAMPOS ⁽⁷⁾ acerca da questão:

"NÃO SE COMPREENDE, POIS, A COMPOSSIBILIDADE DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA OU RÍGIDA COM A FACULDADE CONFERIDA AO CONGRESSO DE DECIDIR QUANDO UM PRECEITO CONSTANTE DO INSTRUMENTO DA CONSTITUIÇÃO É OU NÃO ESSENCIAL OU ENVOLVE MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. O SISTEMA DE CONSTITUIÇÃO ESCRITA SE ACHA, POIS, VISCERAL E INSEPARAVELMENTE CONEXO AO CONCEITO PURAMENTE FORMAL DO QUE SEJA UMA LEI OU CLÁUSULA CONSTITUCIONAL. SE, PORTANTO, ESTE SISTEMA DEVE MANTER-SE EM SUAS LINHAS FUNDAMENTAIS, E IMPOSSÍVEL EVADIR-SE A CONCLUSÃO DE QUE, EM CONFORMIDADE COM O SEU ESPÍRITO E PELA PRÓPRIA LÓGICA INTERNA, UMA PROVISÃO CONSTITUCIONAL, EXATAMENTE PORQUE SE CONTÉM NO INSTRUMENTO DA CONSTITUIÇÃO, É UMA PROVISÃO ESSENCIAL, INDISPENSÁVEL E IMPERATIVA, POR SE ENVOLVER DE

(7) CAMPOS, Fco. - op. Cit., pág. 393, apud GILMAR F. MENDES, op. Cit.

FATO OU POR PRESSUPOSTO DO LEGISLADOR CONSTITUINTE - **PRESSUPOSIÇÃO IRREMOVÍVEL POR ARGUMENTOS EM CONTRÁRIO** - MATÉRIA DE INTERESSE PÚBLICO OU RELATIVA A DIREITOS INDIVIDUAIS, DE ORDEM SUBSTANCIAL, PORTANTO".

Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão

Tradicionalmente o controle da constitucionalidade tem-se ocupado em aferir a compatibilidade com a Constituição, de atos positivos do legislador. Essa postura, entretanto, comprometida com a exérese de normas inconstitucionais já encartadas no ordenamento, de existência provocada, obviamente, pela ação do legislador, não oferecia solução para o problema decorrente da inércia dos órgãos legislativos, responsáveis pela edição de normas integradoras ou completivas da Constituição.

Subsistia, então, a situação deplorável em que um direito constitucionalmente assegurado não ganhava concreção por força, justamente, da ausência de norma regulamentar cuja edição a Carta Magna cometera ao legislador ordinário.

Objetivando superar tal impasse, a moderna dogmática constitucional tem desenvolvido esforços no sentido de construir mecanismos hábeis para coibir tais ilegitimidades decorrentes da inércia legislativa, de modo que possam restar efetivamente concretizados os Direitos, princípios e valores incrustados na Lei Fundamental⁽⁸⁾.

Enquanto a inconstitucionalidade por ação não oferece maiores problemas e se configura em decorrência da edição de uma norma incompatível com a Constituição, estabelecendo-se por provocação de uma atitude positiva do legislador, a inconstitucionalidade, por omissão se dá, precipuamente, nas ocasiões em que é flagrante haver um dever constitucional de legislar, ainda inadimplido, ensejando, a seu turno, questões de significativa complexidade.

Assim é que para alguns autores "verbi gratia", tal inconstitucionalidade só se configuraria nas hipóteses em que o dever constitucional de legislar seja Suscetível de suprimento por

(8) Nesse sentido, GILMAR F. MENDES, op. Cit., pág. 34.

via de atividade judicial⁽⁹⁾.

Tal posição, entretanto, data venia, há que ser, no mínimo, relativizada, posto ser irretorquível a possibilidade do recurso a várias alternativas, dependendo do que venha cada constituição estabelecer a respeito.

A questão pertine, decerto, à possibilidade de "os tribunais, através do processo de concretização, emprestarem eficácia a preceito constitucional que, expressa ou implicitamente, reclame regulamentação"⁽¹⁰⁾.

No Brasil, apesar de a CF/88 referir-se explicitamente, à inconstitucionalidade por omissão, não parece ter-se ainda firmado posição quanto ao modo de seu suprimento, mantendo-se o STF ainda indeciso quanto a suprir de modo próprio, a atividade legislativa, a teor do Art. 103 da Carta Magna.

A opção Constitucional Brasileira a propósito da matéria aproxima-se, assim, sem dúvida, da solução Constitucional Portuguesa, cabendo concluir que o STF tem, no que concerne à inconstitucionalidade por omissão, atribuições restritas, cumprindo-lhe tão somente, conforme sintetiza GILMAR F. MENDES⁽¹¹⁾ ancorado em JORGE MIRANDA e CANOTILHO.

"VERIFICAR A EXISTÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE E DAR DISSO CONHECIMENTO AO ÓRGÃO LEGISLATIVO COMPETENTE. NÃO HÁ LUGAR, EM PRINCÍPIO, PARA CONSTRUÇÕES JURISPRUDENCIAIS QUE PERMITAM EMPRESTAR EFICÁCIA PLENA AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA, EM FACE DE EVENTUAL RECALCITRÂNCIA DOS ÓRGÃOS LEGIFERANTES".

A solução mais adequada para o problema afigura-se-nos aquela em que o tribunal constitucional, chamado a apreciar a inconstitucionalidade por omissão, defere, depois de constatada sua ocorrência, ao órgão legislativo responsável pela edição da norma cuja criação se reclama, um prazo certo para a elaboração da regra.

Findo esse prazo, e não estando elaborado a regra, estará

(9) PESTALOZZA, referido por GILMAR F. MENDES, op. Cit., pág. 57.

(10) PESTALOZZA, citado por GILMAR F. MENDES, op. Cit., pág. 57.

(11) MENDES, Gilmar Ferreira, op. Cit., pág. 57.

ele próprio, autorizado a eficaciar o preceito constitucional cuja integração se pleiteia, prevalecendo a solução dada pela corte constitucional até que sobrevenha norma originária do legislativo responsável pela sua edição.

Ganha relevância nesse contexto, a figura do Mandado de Injunção, reservado às hipóteses em que pareça ser possível reconhecer que o impetrante tem interesse jurídico a ser preservado, ou que poderia figurar entre os destinatários da norma cuja elaboração se pretende⁽¹²⁾.

Cumpra registrar, ainda a partir da experiência do Tribunal Constitucional Alemão, um importante alargamento da concepção que se limita a entender como inconstitucional a ausência de integração normativa expressamente requerida pelo constituinte⁽¹³⁾.

De fato, "A apreciação dos casos da exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade (*gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*) ensejou a conclusão, aparentemente inconfutável, de que, nessas hipóteses, não se cuida, propriamente, de inconstitucionalidade de uma lacuna (*verfassungswidrige Lücke*). Também nos casos de integração normativa satisfeita pelo legislador afigura-se possível identificar falha na execução (*Schlechterfüllung*), ensejando a verificação da omissão inconstitucional"⁽¹⁴⁾.

Inconstitucionalidades originária e inconstitucionalidade superveniente

Aqui a diferença se estabelece a partir do referencial cronológico, ou seja, tendo em conta os diversos momentos da edição das normas constitucionais.

No que toca à questão da inconstitucionalidade originária, o que tem prevalecido é o entendimento consagrador da idéia de que a superveniência de norma constitucional, importa na derrogação "ipso facto" do direito anterior com ela incompatível.

Essa solução, no geral a mais acatada de conveniência preconizada inclusive por Kelsen, supera o problema da inconstitucionalidade originária, que assim deixa de ser matéria pertinente ao controle de constitucionalidade, para encontrar deslinde no âmbito do direito intertemporal.

(12) Nesse sentido, GILMAR F. MENDES, op. Cit., pág. 72.

(13) Idem, GILMAR F. MENDES, op. Cit., pág. 63.

(14) SCHLAICH - Das Bundesverfassungsgericht, referido por GILMAR F. MENDES, op. Cit., Pág. 64.

JORGE MIRANDA e CANOTILHO⁽¹⁵⁾ entretanto, defendem a conveniência de se recorrer a um controle específico das normas pré-constitucionais, em princípio recepcionadas pela Constituição vigente. A propósito, registra JORGE MIRANDA:

"... mas também normas anteriores à constituição só podem manter-se em vigor desde que conformes com a Constituição, da qual recebem igualmente validade; e, portanto, a não serem conformes, serão inconstitucionais, insistemas (insistêmicas). As leis ordinárias anteriores inconstitucionais deixaram (deixam) de vigorar com a entrada em vigor da Constituição. Nem por isso, contudo, a declaração de inconstitucionalidade é inútil, mesmo se não altera o destino das normas de Direito anterior: pelo menos, desempenha um importantíssimo papel de clarificação jurídica, de acertamento dentro do sistema e na vida política e social.

Se convém proceder, com a maior eficácia possível, à expurgação do sistema jurídico de normas contrárias à Constituição, ele torna-se ainda mais necessária para normas anteriores do que para normas posteriores, visto que estas são decretadas por órgãos por ela criados e que se presume agirem segundo os seus critérios e valores, ao passo que as normas de Direito anterior são resquícios de um sistema ou de uma idéia de Direito que a (nova) Constituição erradicou definitivamente".

Não obstante a respeitabilidade da "opinio doctoris" trazida a lume, estamos que melhor é a solução proposta por Kelsen⁽¹⁶⁾ aliás adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, que só considera ser

(15) MIRANDA, Jorge - op. Cit. Pág. 348 e CANOTILHO, op. Cit. Pág. 837.

(16) KELSEN, Hans - "In" La Giustizia Costituzionale, pág. 183, referido por GILMAR F. MENDES, op. Cit. Pág. 79.

possível deflagrar procedimento de controle da constitucionalidade, relativamente às leis posteriores à Constituição paradigma. Nos termos seguintes, está posta a aludida lição do mestre de Viena:

"A anulação de uma lei por parte de uma Corte Constitucional - aqui se refere principalmente às normas gerais - é a rigor necessária apenas quando a norma inconstitucional for superveniente à Constituição. Em se tratando de lei anterior contrária à constituição, verifica-se a sua revogação pelo princípio da "lex posterior"; uma anulação afigura-se supérflua, até mesmo logicamente impossível. Isso significa que os tribunais e as autoridades administrativas deverão - salvo restrição do direito positivo - verificar a existência de contradição entre a nova Constituição e a lei anterior e decidir em conformidade com essa aferição".

A inconstitucionalidade de normas constitucionais

Considerando que a Constituição traduz, ou deve traduzir como o afirma HESSE⁽¹⁷⁾ "uma unidade de material, cujo conteúdo indica como fundamentais os valores subjacentes à ordem jurídica positiva (que, com a incorporação das tradições de democracia liberal e representativa, do Estado de Direito liberal, do federalismo, bem como a adoção de novos princípios, nomeadamente do Estado Social, PASSARAM A SER VINCULADOS") não será impertinente constatar haver ínsita a cada constituição, uma certa intenção de perpetuidade, de definitividade, característica que cada Constituição procura imantar a si mesma.

Assim é que ela própria, a Constituição, ou melhor, os seus fatores, visando impedir que a ordem constitucional vigente, - por ela determinada - seja destruída na sua substância e nos seus fundamentos, cuida de estabelecer limites materiais expressos à sua eventual reformulação, traduzidos nas chamadas cláusulas pétreas

(17) HESSE - Grundzuge des Verfassungsrecht, apud. GILMAR F. MENDES, op. Cit. Pág. 79.

ou de garantia de eternidade.

É notório que tais cláusulas de perpetuidade revelam, em última instância, **"um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. É que, como ensina HESSE, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade"**⁽¹⁸⁾.

É certo, também, que tais cláusulas pétreas não asseguram com eficácia plena, a perpetuidade da Constituição. É nesse sentido, aliás, que HESSE⁽¹⁹⁾ afirma ser evidente, não se lograr preservar a ordem constitucional com fulcro, tão somente, em cláusulas de intangibilidade", na medida em que a Constituição deixa, por exemplo, nas épocas de crise, insurreição ou revolta, de ter eficácia normativa.

Não obstante o acerto próprio de tais afirmativas, não se pode deixar de reconhecer extrema importância às aludidas cláusulas de perpetuidade.

Na verdade, consistindo em "formulações jurídicas destinadas a evitar a destruição ou a radical alteração da ordem constitucional"⁽²⁰⁾ findam elas por dificultar a derrocada dos regimes constitucionais, o que se poderia dar mediante a simples utilização de mecanismos formais de alteração constitucional, antecedente útil a uma posterior e mais facilitada legitimação de opções totalitárias.

O crucial aqui, em matéria de inconstitucionalidade de normas constitucionais, é saber-se se esse tipo de inconstitucionalidade tem lugar somente em relação a normas criadas depois de editada a constituição paradigma, ou seja, normas originadas do poder de revisão Constitucional, ou se, a contrário senso, pode ocorrer já em relação a normas insertas originariamente na Constituição, isto é, atinentemente a normas que nasceram com a própria constituição, como resultado da atuação do poder constituinte originário.

OTTO BACHOF, mencionado por GILMAR FERREIRA

(18) MENDES, GILMAR F. - op. Cit. Pág. 96, apoiado nas lições de HESSE constantes da obra "Grundzuge des Verfassungsrechts, pág. 251/262.

(19) HESSE - op. Cit. Referido por GILMAR F. MENDES, op. Cit. Pág. 97.

(20) BACHOF, OTTO - Normas Constitucionais Inconstitucionais ?, apud. GILMAR F. MENDES, op. Cit. Pág. 98.

MENDES, aponta em matéria de inconstitucionalidade de normas constitucionais, as seguintes hipóteses, como potencialmente ensejadoras de tal espécie de inconstitucionalidade: a) inconstitucionalidade decorrente de alteração da Constituição; b) inconstitucionalidade de normas constitucionais (**que seriam de categoria inferior, se cotejadas com outras normas constitucionais de maior relevância, disciplinadoras da estrutura do Estado, distribuidoras de competências, etc**) em virtude de contradição com normas constitucionais superiores; c) inconstitucionalidade resultante de mudança da natureza de normas constitucionais; d) inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na Constituição; e) inconstitucionalidade por infração aos princípios constitutivos no sentido da Constituição; e f) inconstitucionalidade por infração do direito supralegal não positivado.

JORGE MIRANDA⁽²¹⁾ ao contrário, tem uma visão mais restrita referentemente as hipóteses em que poderá haver configuração de inconstitucionalidade de normas constitucionais. É textual, a opinião que emite a respeito:

"NÃO É POSSÍVEL, PORÉM, INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS. DIVERGIMOS, ASSIM, DE UMA IMPORTANTE CORRENTE DOUTRINAL VINDA DA ALEMANHA E COM ALGUMA DIFUSÃO ENTRE NÓS (referindo-se a Portugal)".

Mais adiante, e ainda tratando do assunto, JORGE MIRANDA afirma, aludindo à corrente doutrinal alemã da qual discorda:

"BEM PARADIGMÁTICO DESSA CORRENTE É O PENSAMENTO DE OTTO BACHOF, EXPOSTO NA CÉLEBRE CONFERÊNCIA DE 1951, EM QUE DISCRIMINA TRÊS CONTRADIÇÕES - **contradição com normas constitucionais de grau superior, infração de direito supralegal positivado na lei constitucional e infração de direito supralegal não positivado - E EM QUE, SE NEGA A INCONSTITU-**

(21) MIRANDA, Jorge - op. Cit. Tomo II, pág. 288.

CIONALIDADE NO PRIMEIRO CASO, SUSTENTA QUE A ISSO SE RECONDUZEM A SEGUNDA E A TERCEIRA SITUAÇÕES⁽²²⁾

NÃO CONCORDAMOS, POIS, COM BACHOF, QUANDO, REIVINDICANDO PARA TODA E QUALQUER ORDEM CONSTITUCIONAL VALORES SUPRA-LEGAIS, DAI RETIRA SUSCEPTIBILIDADE DE INCONSTITUCIONALIDADE. AINDA QUE ACEITEMOS QUE EM TODA E QUALQUER ORDEM JURÍDICA SE ENCONTRAM AQUELES VALORES, NEM SEMPRE ELES ALCANÇAM FORÇA SUFICIENTE PARA CONFORMAREM A CONSTITUIÇÃO E, PORTANTO, PARA DETERMINAREM A CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS JURÍDICO-PÚBLICOS.

NO INTERIOR DA MESMA CONSTITUIÇÃO ORIGINÁRIA, OBRA DO MESMO PODER CONSTITUINTE (originário), NÃO DIVISAMOS COMO POSSAM SURGIR NORMAS INCONSTITUCIONAIS. NEM VEMOS COMO ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO INSTITUÍDOS POR ESSE PODER SERIAM COMPETENTES PARA APRECIARE NÃO APLICAR, COM BASE NA CONSTITUIÇÃO, QUALQUER DAS SUAS NORMAS.

É UM PRINCÍPIO DE IDENTIDADE OU DE NÃO CONTRADIÇÃO QUE O IMPEDE. PODE HAVER INCONSTITUCIONALIDADE POR POSIÇÃO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS PREEXISTENTES E NORMAS CONSTITUCIONAIS SUPERVENIENTES, NA MEDIDA EM QUE A VALIDADE DESTAS DECORRE DAQUELAS; NÃO POR OPOSIÇÃO ENTRE NORMAS FEITAS AO MESMO TEMPO POR UMA

(22) MIRANDA, Jorge - op. Cit. pág. 268.

MESMA AUTORIDADE JURÍDICA. PODE HAVER INCONSTITUCIONALIDADE DA REVISÃO CONSTITUCIONAL, PORQUE A REVISÃO FUNDA-SE, FORMAL E MATERIALMENTE, NA CONSTITUIÇÃO; NÃO PODE HAVER INCONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO"⁽²³⁾.

E, conclusivamente, assevera:

ACRESCEM DUAS OUTRAS CONSIDERAÇÕES. A PRIMEIRA TEM QUE VER COM A DIFICULDADE, NUMA ÉPOCA DE TÃO MARCADAS DIVERGÊNCIAS IDEOLÓGICAS COMO A NOSSA, DE ENCONTRAR SUFICIENTE OBJETIVIDADE PARA RECORTAR SEMPRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OU PRINCÍPIOS DE DIREITO NATURAL POSITIVADOS CUJA PRETERIÇÃO POR NORMAS CONSTITUCIONAIS IMPLICARIA INCONSTITUCIONALIDADE. A SEGUNDA DIZ RESPEITO AO CARÁTER COMPROMISSÓRIO DE MUITAS CONSTITUIÇÕES, MAXIME A DE 1976 - ALUDINDO A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA - (E MESMO DEPOIS DA REVISÃO DE 1982), DE TAL SORTE QUE O EVENTUAL SOMATÓRIO DE PRINCÍPIOS E NORMAS DE MATRIZ DIFERENTE OU DE SENTIDO DISCREPANTE TEM DE SE ENTENDER COMO EXPRESSÃO REAL DA VONTADE CONSTITUINTE, CABENDO AO INTÉRPRETE RECONSTITUIR AS RELAÇÕES ENTRE ELES NUM TODO LOGICAMENTE ARTICULADO, MAS NÃO SUBSTITUIR-SE AO ÓRGÃO DE REVISÃO DA ELIMINAÇÃO DESTA OU DAQUELA NORMA DIVERGENTE DOS PRINCÍPIOS".⁽²⁴⁾

(23) IDEM, IBDEM - op. Cit. Pág. 290/291.

(24) MIRANDA, Jorge - op. Cit. Tomo II, pág. 292.

Inconstitucionalidade da lei constitucional

Por fim, cumpre tratar de um último aspecto da questão das várias espécies de inconstitucionalidades, abordando o tema da inconstitucionalização da lei constitucional, que não deixa de ser uma modalidade de inconstitucionalidade superveniente.

Impede registrar a propósito, de saída, que se configura tal processo de inconstitucionalização, quando a norma legal que não podia, ao tempo de sua edição, ser acoimada de inconstitucional, torna-se susceptível de censura judicial em virtude de profundas alterações nas relações políticas.

Realmente, a doutrina constitucional vem admitindo, e alguns tribunais constitucionais reconhecendo (vide o exemplo do Bundesverfassungsgericht - tribunal constitucional Alemão), a possibilidade de vir a norma legal que, ao tempo de sua edição, não podia ser acoimada de inconstitucional, tornar-se possível de reproche judicial, em conseqüência de uma profunda mudança nas relações fáticas pressupostas.

Tais modificações na ordem fática ensejariam, deste modo, em relação à norma alcançada por tais efeitos mudancistas, o desencadeamento do chamado processo de Inconstitucionalização, posto que passariam (a norma) a estar em desacordo com a nova constituição material. Daí, então, defluiria a necessidade de extrair-se do ordenamento a referida regra, agora transmutada em inconstitucional.

OUTRAS OBRAS CONSULTADAS

- 01 - A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL - VÁRIOS AUTORES, Ed. Forense, RJ, 1990. Artigo intitulado "O controle jurisdicional de constitucionalidade" - Célio Borja
- 02 - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - PODER EXECUTIVO E REPÚDIO DE LEI SOB A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - Alexandre Camanho de Assis, RDP, vol. 91, RT, p. 117.
- 03 - O PODER JUDICIÁRIO E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO - Nelson Saldanha, RDP vol. 85, p. 76.
- 04 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICI-

- PAIS EM TESE - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA - Gilmar Ferreira Mendes, "in" RDP vol. 90, p.138.
- 05 - ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL - Michel Temer, 6ª, Ed., RT, 1989.
- 06 - NORMA CONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS - Maria Helena Diniz, Ed. Saraiva, 1989.
- 07 - CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO - José Afonso da Silva, Ed. RT.
- 08 - CONSTITUIÇÃO DE 1988 - LEGITIMIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA - SUPREMACIA - Tércio Sampaio, Maria Helena Diniz e Ritinha Stevenson, Ed. Atlas, 1989.

JURISPRUDÊNCIA

SERVIDOR PÚBLICO — Isonomia de vencimentos e vantagens — Previsão expressa para Auditores e Conselheiros dos Tribunais de Contas em dispositivo da Constituição estadual objeto de ação direta de inconstitucionalidade — Afronta ao art. 37, XII, da CF — Equiparação prevista no âmbito federal apenas quanto a garantias e impedimentos (art. 73, § 4º, da CF) — Medida cautelar de suspensão das expressões textuais impugnadas deferida — Votos parcialmente vencidos.

SERVIDOR PÚBLICO — Auditor do Tribunal de Contas — Possibilidade de postular qualquer cargo eletivo desde que no exercício de mandato parlamentar — Autorização prevista em dispositivo transitório de Constituição estadual objeto de ação direta de inconstitucionalidade — Norma que afasta a incidência dos impedimentos pertinentes à Magistratura a ele extensíveis (arts. 73, § 4º e 75 da CF) — Exceção não prevista e nem autorizada pelo modelo federal — Medida cautelar de suspensão da eficácia deferida — Impossibilidade de invocação de direito adquirido em face da inquestionável supremacia formal e material das regras da Constituição Federal.

SERVIDOR PÚBLICO — Auditor do Tribunal de Contas — Investidura — Dispositivo transitório da Constituição estadual objeto de ação direta de inconstitucionalidade prevendo-a para os servidores que à época de sua promulgação ostentassem a condição funcional de Auditores Adjuntos, dispensando-os da exigência constitucional do concurso público — Preceito incompatível com o princípio da isonomia — Medida cautelar de suspensão da eficácia deferida — Inteligência do art. 37, II, da CF.

Ementa oficial: Ação direta de inconstitucionalidade, Constituição do Estado do Amazonas e respectivo "Ato das disposições

constitucionais transitórias". Auditor do Tribunal de Contas local. Outorga de vencimentos e vantagens do cargo de Conselheiro. Equiparação que desatende ao modelo federal. Exercício de mandato eletivo. Incompatibilidade com a condição funcional de Auditor do Tribunal de Contas. Auditor Adjunto. Acesso ao cargo de Auditor independentemente de concurso público. Ofensa ao princípio da isonomia. Medida cautelar deferida.

A concessão, aos Auditores, dos mesmos vencimentos e vantagens deferidos aos Conselheiros dos Tribunais de Contas extrapola a previsão constitucional (CF, art. 73, § 4º) que prevê essa equiparação, no âmbito federal, apenas quanto a garantias e impedimentos.

A norma inscrita em Constituição estadual que, afastando a incidência dos impedimentos pertinentes à magistratura, autoriza o Auditor do Tribunal de Contas, desde que no exercício de mandato parlamentar na data da promulgação da Carta estadual, a postular qualquer cargo eletivo, cria exceção não prevista e nem autorizada pelo modelo federal, cujo regramento impositivo se estende, por força de norma constitucional explícita (CF, art. 75), às Cortes de Contas locais.

A circunstância de a nova Constituição do Brasil não mais se referir à primeira investidura em cargo público (art. 37, II) — como o fazia a Carta Federal de 1969 (art. 97, § 1º) — parece conferir plausibilidade jurídica à tese que considera inconveniente com o princípio do concurso público e conteúdo de norma constitucional estadual que privilegia, para efeito de ingresso no cargo efetivo de Auditor, os servidores, que, à época da promulgação da Constituição do Estado, ostentassem a condição funcional de Auditores Adjuntos.

AD/const 507-3 — DF — TP — j. 9.4.92 — rel. Min. Celso de Mello — DJU 18.9.92.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a medida cautelar para suspender a eficácia dos arts. 38 e 46 do ADCT da Constituição do Estado do Amazonas e, por maioria de votos, em deferir a medida cautelar, para suspender, no texto do parágrafo único do art. 44 da Constituição do Estado, as expressões "venci-

mentos e vantagens".

Brasília, 9 de abril de 1992 — SYDNEY SANCHES, pres. — CELSO DE MELLO, relator.

RELATÓRIO — O Sr. *Min. Celso de Mello* — O Procurador-Geral da República, a partir de representação da Associação Amazonense do Ministério Público, ajuíza ação direta de inconstitucionalidade, impugnando o parágrafo único do art. 44 da Constituição do Estado do Amazonas e, ainda, os arts. 38 e 46 do respectivo ADCT.

Dispõem as normas impugnadas:

Art. 38. O disposto no art. 44, parágrafo único, desta Constituição, não se aplica aos Auditores que, na data da promulgação desta Constituição, se encontrarem no exercício de mandato parlamentar, podendo postular qualquer cargo eletivo.

Art. 44. (...)

Parágrafo único. O Auditor, quando em substituição a Conselheiro, terá as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens do titular e quando no exercício das demais atribuições do cargo, as de juiz da Capital.

Art. 46. Fica assegurado aos atuais ocupantes dos cargos de Auditor Adjunto dos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios, o acesso ao cargo de Auditor, na forma da legislação anteriormente vigente, extintos os cargos à medida que forem vagando.

Tendo sido requerida medida cautelar, para suspensão liminar da eficácia dos dispositivos em questão, submeto o feito à deliberação plenária.

É o relatório.

VOTO — O Sr. *Min. Celso de Mello* (relator) — O e. Procurador-Geral da República, atendendo a representação da Associação Amazonense do Ministério Público, submete a exame desta Corte normas constitucionais, que dispõem sobre os Auditores dos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios.

Sustenta-se, na presente ação direta, que a disciplina estabelecida nos preceitos ora impugnados — destinada a fixar o estatuto jurídico dos Auditores dos Tribunais de Contas a reger a sua situação funcional — é incompatível com os postulados da Constituição Federal que consagram a isonomia (art. 5º, I e art. 37, I), a exigência de concurso público (art. 37, II), a vedação de atividade político-partidária para os magistrados e para os que lhes são equiparados (art. 95, parágrafo único, III, c/c art. 73, §§ 3º e 4º) e a proibição de vinculação ou equiparação para efeito remuneratório (art. 37, XIII).

A Constituição do Estado do Amazonas prescreve, em suas disposições permanentes, na regra ora impugnada, que Art. 44 (...).

Parágrafo único. O Auditor, quando em substituição a Conselheiro, terá as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens do titular e quando no exercício das demais atribuições do cargo, as de juiz da Capital.

O autor, ao fundamentar o pedido, acentua, neste preceito, a inconstitucionalidade das expressões "vencimentos e vantagens" dele constantes, em face da explícita proibição, fixada no art. 37, XIII, da CF, de vinculação ou equiparação de vencimentos para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público (fls.), *verbis*:

No que se refere aos Tribunais de Contas, limita-se a Constituição Federal a prescrever que os Ministros do Tribunal de Contas da União terão os mesmos vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, o que justifica a equiparação entre Conselheiros dos Tribunais de Contas e Desembargadores dos Tribunais de Justiça, no âmbito dos Estados-membros (art. 73, § 3º, c/c o art. 75).

Quanto ao Auditor, a Constituição confere as mesmas garantias e impedimentos de juiz de Tribunal Regional Federal, não tratando de vencimentos e vantagens, a autorizar a equiparação prevista no dispositivo impugnado.

Penso que as razões expendidas pelo ilustre Procurador-Geral da República justificam a suspensão cautelar das expressões

impugnadas, tanto mais quando se tem presente que esta Corte, já apreciou, ainda que indiretamente, a matéria suscitada na presente causa. Com efeito, julgando a ADIn 467-AM, o STF deferiu, por unanimidade, a suspensão cautelar de preceito meramente legal que, ao dispor sobre os vencimentos da magistratura estadual, mandou observar, entre outros, precisamente a norma que se contém na regra constitucional ora impugnada.

Ao determinar a suspensão cautelar referida, o e. Min. Octávio Gallotti, relator, fez registrar, quanto ao conteúdo do preceito constitucional ora questionado, as seguintes observações, acolhidas, sem qualquer restrição, por esta Corte, *verbis*:

"Nenhuma objeção pode comportar a observância do § 3º do art. 43 da Constituição estadual, que estabelece equiparação dos Conselheiros do Tribunal de Contas estadual aos Desembargadores, em simetria com o art. 73, § 3º, da Carta Federal.

O mesmo não se pode dizer em favor do parágrafo único do art. 44, quando equipara o auditor do Tribunal de Contas, em vencimentos e vantagens, ao conselheiro (se em substituição) ou ao Juiz da Capital (no exercício das demais atribuições do cargo). No modelo federal (art. 73, § 4º), a equiparação dos auditores é restrita às garantias e aos impedimentos".

Adotando esses fundamentos, e considerando — tal como se registrou no precedente referido — que "a repercussão financeira é relevante, e igualmente o reflexo negativo sobre a ordem administrativa e orçamentária, na hipótese de vir a ser a ação julgada procedente...", a evidenciar a conveniência do provimento cautelar, defiro o pedido para suspender, no parágrafo único do art. 44 da Constituição amazonense, as expressões "vencimentos e vantagens".

O autor impugna, ainda, duas normas constantes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, consubstanciadas nos seus arts. 38 e 46.

O art. 38 tem este conteúdo: "Art. 38. O disposto no art. 44, parágrafo único, desta Constituição, não se aplica aos Auditores que, na data da promulgação desta Constituição, se encontrarem no

exercício de mandato parlamentar, podendo postular qualquer cargo eletivo".

A suspensão cautelar da eficácia do parágrafo único do art. 44 da Constituição do Amazonas, atendeu, parcialmente, a postulação do Procurador-Geral da República.

Ocorre, no entanto, que o preceito inscrito no art. 38 do ADCT, afastando a incidência dos impedimentos pertinentes à Magistratura, autorizou o Auditor do Tribunal de Contas, desde que no exercício de mandato parlamentar na data da promulgação da Carta estadual, a "postular qualquer cargo eletivo".

O estatuto jurídico dos membros integrantes dos Tribunais de Contas é de índole constitucional. Acha-se delineado e positivado no texto da Carta Política que, ao estender aos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas as garantias inerentes à magistratura, submete-os aos *mesmos* impedimentos que afetam os membros do Poder Judiciário no desempenho de suas funções, notadamente a vedação que lhes inibe o exercício de qualquer atividade político-partidária (CF, art. 96, parágrafo único, III).

E nem se alegue, para justificar a legitimidade da norma ora impugnada, a cláusula tutelar do direito adquirido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nesse tema, tem acentuado — com fundamento na doutrina (Pontes de Mijranda, *Comentários à Constituição de 1967*, com a E. 1/69, 6/376, e Francisco Campos, *Pareceres do Consultor-Geral da República*, 29/386) — que a incidência imediata das normas constitucionais, todas elas revestidas de eficácia derogatória das regras e dos atos dotados de positividade jurídica inferior, não permite que se invoque *contra elas* qualquer situação juridicamente consolidada. Assim, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, embora imunes à ação legislativa ordinária, que não poderá afetá-los, mostram-se irrelevantes em face da inquestionável supremacia formal e material das regras constitucionais. Nesse sentido, o julgamento da Rp 875, relator e o Min. Djaci Falcão, que acentuou (RTJ 68/13):

Com efeito, é pacífico, entre os constitucionalistas, que as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição

de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte...

Tendo presente, em suma, que o regramento constitucional pertinente aos impedimentos dos Magistrados também se estende aos Auditores, nos termos do que prescreve o § 4º do art. 73 da CF — particularmente explícita no que se refere à submissão desses agentes públicos às vedações que incidem sobre os membros do Poder Judiciário — considero configurado o requisito da plausibilidade jurídica do pedido. Esse elemento, associado ao juízo de conveniência, que, no caso, se impõe, motivado pela necessidade de obstar a consolidação de situação claramente descaracterizadora da ordem administrativa e da própria autonomia do Tribunal de Contas do Estado, justifica o atendimento da pretensão cautelar deduzida pelo Procurador-Geral da República.

A outra norma impugnada vem consubstanciada no art. 46 do ADCT, que assegura aos que ocupavam, quando da promulgação da Constituição estadual, em 1989, o cargo de Auditor Adjunto dos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios, "o acesso ao cargo de Auditor, na forma da legislação anteriormente vigente, extintos os cargos à medida em que forem vagando".

Acoima-se de inconstitucional o preceito em questão porque teria o legislador constituinte local, ao editá-lo, desrespeitado o princípio cogente do concurso público, vulnerando, desse modo, o que dispõe o art. 37, II, da Carta Política.

Sustenta-se que o acesso — enquanto modalidade de provimento de cargos públicos por derivação vertical —, por implicar a elevação funcional do servidor público mediante processo seletivo interno, ofende, em face do seu caráter excludente da participação de terceiros, o postulado constitucional que torna exigível, para efeito de investidura em cargo ou emprego público, a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Demais disso, o preceito transitório em questão, ao conferir privilégio de ordem pessoal aos integrantes de um restrito grupo funcional — dispensando-os da exigência constitucional do concurso público — parece ter veiculado norma incompatível com o princípio da isonomia, cujo objetivo maior é o de extinguir tratamentos seletivos ou discriminatórios por parte do Poder Público (RDA 55/

114).

Convém observar, por necessário, que o cargo de Auditor junto ao Tribunal de Contas é somente acessível, por força do que determina a própria Constituição do Estado (art. 44, *caput*), aos que forem aprovados "em concurso público de provas e títulos realizado pelo Tribunal de Contas do Estado...".

Esta Corte, ao apreciar questões semelhantes — nas quais se controverte sobre o alcance do princípio constitucional do concurso público —, tem ordenado a suspensão cautelar de atos normativos que parecem afetar essa projeção concretizadora do postulado da igualdade jurídica. Neste sentido, as decisões proferidas nas ADIns 89-6-MG, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 16.2.90; 402-6-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 8.2.91; 483-2-PR, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 31.5.91, dentre outros.

A circunstância de a nova Constituição do Brasil não mais se referir à *primeira* investidura em cargo público (art. 37, II) — como o fazia a Carta Federal de 1969 (art. 97, § 1º) — parece conferir, com bastante intensidade e nitidez, plausibilidade jurídica à tese que, apoiada em boa doutrina (Adílson Abreu Dallari, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, p. 37, 2ª ed., 1990, Ed. RT), considera inconveniente com o princípio constitucional do concurso público o conteúdo de norma constitucional estadual que privilegia, para efeito de ingresso no cargo efetivo de Auditor, os servidores que, à época da promulgação da Constituição do Estado, ostentassem a condição funcional de Auditores Adjuntos.

Exigências pertinentes à moralidade administrativa, à regularidade no provimento dos cargos públicos e à preservação da ordem jurídico-administrativa impõem, associadas ao *fumus boni juris* — já ressaltado —, o deferimento da suspensão cautelar postulada pelo eminente Procurador-Geral da República.

Nesse sentido é o meu voto.

VOTO — O Sr. Min. Marco Aurélio: Sr. Presidente, também entendo que é sintomático o fato de se ter no § 3º do art. 73 alusão não só a garantias, prerrogativas e impedimentos, como também a vencimentos e vantagens. E, no § 4º, ao se cogitar do auditor, apenas consta que o auditor terá, quando em substituição a Ministro, as mesmas garantias e impedimentos do titular, silenciando-se, portanto, quanto a vencimentos e vantagens.

Ora, se deve haver uma simetria, e se temos a imputação

na ação direta de inconstitucionalidade à inserção, no texto da Constituição do Estado, dos vocábulos vencimentos e vantagens, tudo recomenda, nesta fase preliminar, que se conceda a cautelar. Acompanho o Relator.

VOTO — O Sr. Min. *Sepúlveda Pertence*: Sr. Presidente, peço vênias ao e. Min. Relator para deferir apenas parcialmente a liminar para, sem suspensão do texto, suspender a eficácia do dispositivo, no ponto em que garante ao Auditor, que não esteja em substituição a Conselheiro, vencimentos e vantagens do Juiz da Capital.

VOTO — O Sr. Min. *Paulo Brossard*: Sr. Presidente, há um precedente mencionado pelo e. Relator; a mim parece que o preceito questionado não é manifestamente inconstitucional, e isto seria o bastante para excluir a concessão cautelar, salvo se fosse nos termos e nos limites do voto do Min. *Sepúlveda Pertence*.

Assim, acompanho o Sr. Min. *Sepúlveda Pertence*.

VOTO — O Sr. Min. *Néri da Silveira*: Sr. Presidente. Peço vênias ao eminente Relator para acompanhar o voto do Min. *Sepúlveda Pertence*, deferindo, portanto, a cautelar, em parte.

VOTO — O Sr. Min. *Sydney Sanches* (Pres.): Peço vênias para acompanhar o Relator e os que o seguiram, tendo em vista o precedente que é do mesmo Estado e que recomenda a manutenção da coerência do Tribunal, ainda que, eventualmente, no julgamento do mérito, possa me inclinar por solução diversa.

EXTRATO DA ATA — Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 19.12.91.

Decisão: Apresentado o feito de mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 27.2.92.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude de falta de *quorum* para matéria constitucional. Ausentes, ocasionalmente, os Mins. Marco Aurélio, Célio Borja e Sydney Sanches, Presidente. Presidiu o julgamento o Min. Octávio Gallotti. Ausente, justificadamente, o Min. Moreira Alves. Plenário, 26.3.92.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal deferiu medida cautelar para suspender a eficácia dos arts. 38 e 46 do ADCT da Constituição do Estado do Amazonas e, por maioria de votos, deferiu medida cautelar, para suspender, no texto do parágrafo único do art. 44 da Constituição do Estado, as expressões "vencimentos e vantagens", vencidos, em parte, os Mins. Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard e Néri da Silveira, que a deferiam em extensão diversa. Votou o Presidente. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 9.4.92.

Presidência do Sr. Min. Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Moreira Alves.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

LEGISLAÇÃO

LEI Nº 2172, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1992

CRIA a Secretaria de Estado de Justiça, Segurança Pública e Cidadania e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

FAÇO SABER a todos os habitantes que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a presente

L E I :

Art. 1º - Fica criada a Secretaria de Estado de Justiça, Segurança Pública e Cidadania, com a competência de coordenar, supervisionar e controlar as atividades de justiça, segurança pública e cidadania do Estado, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Governo.

Art. 2º - Ficam extintas a Secretaria de Estado da Justiça e a Secretaria de Estado da Segurança Pública, bem como os respectivos cargos de Secretários e Subsecretários de Estado, passando as suas atribuições, acervo patrimonial, servidores, direitos e responsabilidade resultantes de contrato ou ato administrativo, para a competência da Secretaria de Estado de Justiça, Segurança Pública e Cidadania.

Art. 3º - A Secretaria de Estado de Justiça, Segurança Pública e Cidadania será dirigida por um Secretário de Estado, auxiliado pelo Subsecretário de Justiça e pelo subsecretário de Segurança Pública, nomeados em comissão pelo Governador do Estado, com prerrogativas, impedimentos e remuneração atribuída aos cargos de idêntica nomenclatura, ficando desde já criados os referidos cargos.

Art. 4º - As dotações orçamentárias das extintas Secretari-

as de Estado da Justiça e Secretaria de Estado da Segurança Pública passam a integrar o orçamento da Secretaria de Estado de Justiça, Segurança Pública e Cidadania.

Art. 5º - A estrutura, organização e competência da Secretaria de Estado de Justiça, Segurança Pública e Cidadania serão estabelecidas em Decreto do Chefe do Poder Executivo.

Art. 6º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 26 de novembro de 1992.

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO
Governador do Estado

DAVID RUAS NETO
Secretário de Estado do Governo

DOLORES GARCIA RODRIGUES
Secretária de Estado da Administração

DECRETO Nº 14.819 DE 23 DE JULHO DE 1992

DISPÕE sobre a adequação dos atos de admissão de pessoal sob o regime especial, pelos órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, aos termos da Constituição do Estado e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 54, item X, da Constituição Estadual, e

CONSIDERANDO que a Lei nº 1674 de 10 de dezembro de 1984, foi parcialmente recepcionada pela Constituição do Estado;

CONSIDERANDO a necessidade de adequar-se, em obediência ao prazo estabelecido no parágrafo 1º do artigo 108 da Carta Política Estadual, a situação funcional dos servidores estaduais, admitidos por órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundamental, sob o regime especial previsto na mesma Lei nº 1674, de 10 de dezembro de 1984;

CONSIDERANDO, finalmente, a necessidade de assegurar a permanência e a continuidade dos serviços públicos essenciais, sob pena de grave e irreversíveis lesão ao interesse coletivo,

DECRETA

Art. 1º - Fica estabelecido em seis (06) meses, a contar de 1º de julho do ano em curso, o prazo de vigência das admissões de pessoal feitas até esta data pelos órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, com base na Lei nº 1674 de 10 de dezembro 1984, que institui o regime especial no serviço público estadual.

Parágrafo Único - As disposições deste artigo não se aplicam às admissões de servidores abrangidos pelos preceitos do artigo 19 de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição da República, bem como àquelas decorrentes de atos editados antes da promulgação da vigente Constituição Estadual.

Art. 2º - Os órgãos a que se refere o artigo anterior procederão às anotações devidas, decorrentes do disposto neste Decreto, mediante averbação nos correspondentes atos de admissão.

Art. 3º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.

GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 23 de julho de 1992.

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO
Governador do Estado

DAVID RUAS NETO
Secretário de Estado do Governo

DOLORES GARCIA RODRIGUES
Secretária de Estado da Administração

DECRETO Nº 15.545 DE 23 DE JULHO DE 1993

DISPÕE sobre a autorização de viagem para Secretário de Estado, dirigentes de entidades da Administração Indireta, integrantes de órgãos e servidores em geral.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 54, item X, da Constituição Estadual, e

CONSIDERANDO a necessidade de preservar a capacidade de investimento público do Governo Estadual e de assegurar o pagamento regular dos fornecedores e especialmente do funcionalismo público, em geral;

CONSIDERANDO, finalmente, que para garantir a continuidade do serviço público impõe-se a adoção de providências de controle e limitação das despesas com a manutenção e funcionamentos da própria Administração Estadual;

DECRETA

Art. 1º - Fica terminantemente suspenso, até ulterior deliberação, o afastamento de servidores, de qualquer categoria, para fora do Estado, às expensas do erário público, a não ser no estrito cumprimento do dever funcional e mediante prévia autorização governamental.

§ 1º - Incluem-se especificamente na vedação deste artigo o afastamento para Congresso, Seminários, Encontros e quaisquer outras reuniões nas quais o Estado do Amazonas, como pessoa jurídica, não esteja obrigado a se fazer representar.

§ 2º - No caso de congressos, seminários, encontros e quaisquer outras reuniões de interesse específico de classes ou

categorias de servidores, o afastamento poderá ser autorizado, sempre sem ônus para os cofres públicos.

Art. 2º - Na hipótese do afastamento ocorrer por necessidade ou interesse manifesto do serviço, a autorização governamental somente será dado em exposição circunstanciada de motivos, que justifique o mesmo, de iniciativa do titular da pasta, órgão ou entidade da Administração.

Parágrafo Único - Em nenhum caso se concederá passagem aérea ou se fixarão diárias sem a prévia autorização governamental dada na forma deste artigo.

Art. 3º - Em qualquer caso de afastamento no interesse ou por necessidade do serviço, o agente ou servidor público de qualquer classe ou categoria está obrigado, sob pena de responsabilidade funcional, a apresentar, dentro dos 5 (cinco) dias após o seu retorno, o relatório circunstanciado de suas atividades fora do Estado.

Art. 4º - Ficam suspensas as concessões de passagens aéreas a pessoas estranhas ao serviço público estadual, a não ser por absoluta necessidade, no caso de urgência comprovada, quando a situação puser em risco a vida do beneficiário, ou a recomendação médica oficial assim indicar.

Art. 5º - Ficam suspensas novas autorizações para a realização, fora do Estado, de cursos de qualquer natureza, a não ser por absoluto interesse do serviço, observado o prazo máximo de 12 (doze) meses para a sua conclusão.

Parágrafo Único - As exceções à proibição deste artigo dependerão de expressa autorização governamental, dada a indicação oficial do titular da pasta, órgão ou entidade.

Art. 5º - Revogadas as disposições em contrário, este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

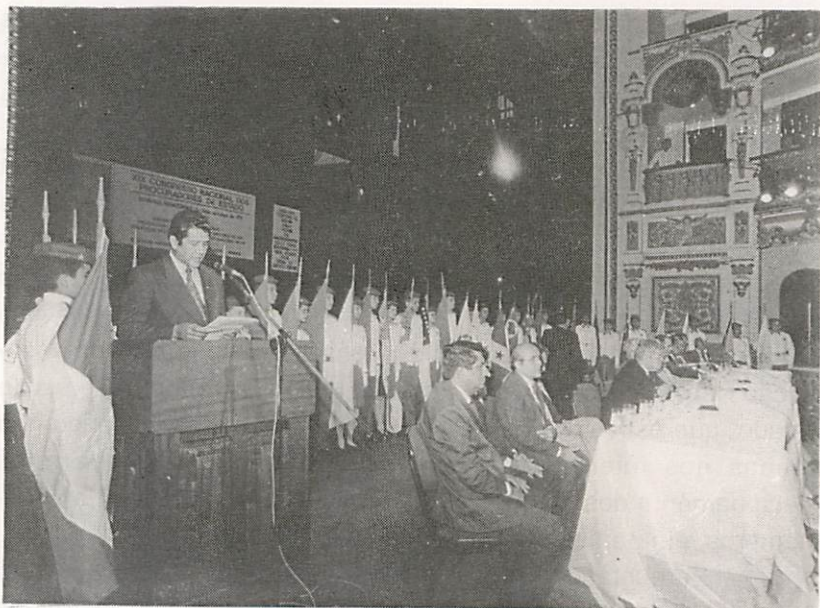
GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 23 de julho de 1993.

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO
Governador do Estado

DAVID RUAS NETO
Secretário de Estado do Governo

NOTÍCIAS

PROCURADOR FAZ BALANÇO DO CONGRESSO DE MANAUS



O Procurador Geral do Estado Oldeney Sá Valente discursa na abertura do XIX Congresso Nacional dos Procuradores de Estado.

Encerrou-se na última sexta-feira, com um jantar de confraternização, no Tropical Hotel, o XIX Congresso Nacional dos Procuradores de Estado. O evento reuniu em Manaus mais de trezentos procuradores de todos os Estados da Federação, além de juristas e doutrinadores de nomeada, que debateram diversos assuntos do temário oficial do conclave, cujo tema central foi a revisão constitucional. Outras matérias como o controle de legalidade da administração pública, as Procuradorias de Estado e o papel dos

procuradores no desempenho de funções essenciais à Justiça, a reforma fiscal e o meio ambiente prenderam a atenção dos congressistas durante toda a semana.

Falando aos jornalistas, o Procurador-Geral do Estado e presidente do congresso, Oldeney Sá Valente, fez um balanço do encontro dizendo que "o nosso XIX Congresso alcançou pleno êxito. A PGE do Amazonas, conquanto pequena em número de procuradores, deu uma demonstração cabal de que é possível fazer um bom trabalho, com eficiência e competência, como o que foi feito pela nossa equipe, formado de apenas oito colegas. Desde a preparação até a última hora do encerramento do congresso, colocamos todas as nossas energias nas tarefas complexas e cansativas que realizamos a fim de que o conclave tivesse, como de fato teve, o mais absoluto sucesso".

Valente fez questão de ressaltar que esta não é uma avaliação pessoal sua, "mas sim, a opinião unânime dos meus colegas que aqui vieram, sendo este XIX Congresso por eles considerado o mais organizado e produtivo, não só na programação social, mas principalmente na parte técnica dos trabalhos das comissões temáticas e reuniões do Conselho Deliberativo da Associação Nacional e do Colégio Nacional dos Procuradores-Gerais de Estado, que estiveram reunidos durante quatro dias, tratando não apenas dos interesses corporativos dos procuradores, mas precipuamente dos magnos problemas institucionais dos Estados-membros, em particular, e da Federação, em geral".

Perguntando sobre os resultados que espera do congresso, Oldeney Valente afirmou que "as mais de cem conclusões extraídas das trinta e duas teses que discutimos, serão levadas ao Parlamento Nacional como a contribuição dos procuradores de Estado aos trabalhos da revisão constitucional. Todos os assuntos examinados no nosso conclave, recordista em número de teses de alto conteúdo jurídico, são da maior relevância, pois estão intimamente ligados aos principais e mais angustiantes problemas enfrentados pela nossa sociedade neste momento extremamente preocupante que o Brasil atravessa".

Valente concluiu dizendo: "Estamos sumamente felizes e recompensados, pois temos certeza de que as sementes aqui

plantadas haverão de germinar. A Carta de Manaus, aprovada pelo plenário do congresso, sintetiza muito bem as preocupações de nossa classe, sempre atenta e presente, sobretudo nas horas graves, como é esta que estamos vivendo, quando a Nação é convocada para rediscutir o pacto social brasileiro".

(Publicado no Jornal "A Crítica" de 20.10.93).



Autoridades presentes a solenidade de abertura do XIX Congresso Nacional no Teatro Amazonas.

CARTA DE MANAUS

"Os Procuradores de Estado de todo País, reunidos no seu XIX Congresso Nacional, de 11 a 15 de outubro de 1993, em Manaus, sob o tema geral Revisão Constitucional, discutiram, como Advogados de Estado e como cidadãos, algumas das grandes questões da atualidade nacional, que incluíram o próprio conteúdo e os limites da revisão, a reforma fiscal, o controle da legalidade da Administração Pública, o meio-ambiente e as funções essenciais à justiça.

No tocante à revisão constitucional, não obstante posições divergentes, partiu-se da premissa de que ela se impõe como fato político, a exigir uma atuação com espírito cívico e contribuições concretas. Há consenso, todavia, de que a revisão deve obedecer a limites e, mais que isto, deve concentrar-se em pontos específicos, em relação aos quais seja mais generalizado o sentimento de inadequação da Carta aos anseios da sociedade.

A reforma fiscal é outro tópico presente a exigir soluções criativas e eficazes. A desorganizada complexidade do sistema tributário nacional está a demandar urgente racionalização, com redução significativa das espécies tributárias e definição de fatos geradores que não se superponham. A simplificação do sistema tributário deverá ser acompanhada do aprimoramento dos mecanismos de fiscalização e arrecadação. O resultado, paradoxal mas intuitivo de tais providências, será a diminuição da carga tributária e o aumento da receita pública e, por conseqüência, a possibilidade de retomar-se o crescimento econômico, condição de solução dos graves problemas sociais do País.

Outra matéria em relação à qual se registra especial interesse é o controle interno da legalidade da Administração Públi-

ca, que se constitui numa atividade essencial no Estado contemporâneo e que não pode prescindir da participação efetiva dos Advogados de Estado. Como guardiães da legalidade e da moralidade, além de realizarem a representação judicial e a consultoria e assessoramento jurídico que a Constituição já lhes atribui, devem dispor, igualmente, de ampliada iniciativa para apurar a juridicidade do comportamento administrativo.

No que se refere ao meio-ambiente, sua preservação foi concebida como autêntico direito difuso, a partir de uma concepção ampla, que o relaciona a outros valores constitucionais, como o direito à vida, à saúde, à função social da propriedade e ao desenvolvimento auto-sustentável. No sentido de conferir-se maior eficácia à tutela ambiental, seria conveniente ampliar-se a legitimação para propositura de ação popular, bem como redefinir-se a competência dos entes federados, evitando-se tanto a centralização como a pluralidade de ações não coordenadas, a partir de uma justa aplicação do princípio da subsidiariedade, atribuindo maior responsabilidade aos entes políticos locais e regionais.

As funções essenciais à Justiça — a advocacia de Estado, o Ministério Público, a advocacia privada e a defensoria pública, que em boa hora foram acolhidas na Carta de 1988, receberam, todavia, tratamento algo desbalanceado e assistemático. O ideal seria que se dispusesse de uma seção inicial, no Capítulo que delas trata, com princípios gerais aplicáveis a todas, dedicando-se, em seguida, uma seção a cada instituição, para definir suas peculiaridades. Neste particular, é indispensável acentuar que os interesses institucionais — cujo objetivo último é bem servir à sociedade — não se confundem com sentimentos corporativos, de busca de vantagens e prerrogativas; o interesse público maior é o fundamento e o limite das reivindicações.

Por fim, os Procuradores de Estado afirmam sua convicção de que a revisão a ser realizada sublinha a vocação de permanência da Carta de 1988 mas que só a dedicação sincera a seu cumprimento e efetivação virá consolidar um verdadeiro sentimento constitucional em nosso País. E, por isso mesmo, conclama-se a sociedade brasileira a superar este longo período de transição pela redescoberta e prática quotidiana dos valores constitucionais, capazes de concre-

tizar a elevada inspiração do preâmbulo da Constituição de 1988: liberdade, segurança, desenvolvimento, igualdade e justiça, como fundamentos de uma sociedade fraterna, pluralista, sem radicalismo e preconceitos"

(Publicado no Jornal "A Crítica" de 20.10.93).



Solenidade de Encerramento do XIX Congresso Nacional no Tropical Hotel

ASSUNTOS DIVERSOS

**FOZ DO IGUAÇU
SESSÃO DE ENCERRAMENTO
XIVº CONAT — 25.OUT. 91**

**SENHORES COMPONENTES DA MESA DIRETORA
COLEGAS CONGRESSITAS**

Por deliberação do Conselho da Abrat foi escolhido o nome de Moacir da Silva, advogado do Amazonas, desaparecido no ano passado, para ser o Patrono deste XIVº Congresso da Abrat

E quis a Direção do Congresso que uma referência especial fosse feita aqui por um advogado do Rio Grande do Sul. Que do extremo sul do País viesse uma mensagem de saudade ao Colega do extremo norte, numa simbologia que procura retratar o elo de confraternização que a Abrat representa para a numerosa categoria dos Advogados Trabalhistas de todo o Brasil.

Uma homenagem a Moacir da Silva não comporta necrológio. O colega homenageado foi, em vida, um exemplo de amor à Vida, retratado no sorriso franco, nos braços abertos, na mão estendida. Cumpre que o lembremos assim.

Moacir foi presença e atuante na Abrat desde os primeiros momentos da Entidade e presente se manteve sempre, em que pese distâncias geográficas ou vicissitudes de ordem pessoal que o destino lhe reservara.

O nome do Patrono tem um significado muito especial para a Abrat, na sua formação e sobrevivência, pela sua dedicação e lealdade.

Os advogados mais velhos, aqui presentes, sabem do que falo, - pela experiência pessoal de cada um; - aos Colegas mais

novos cumpriria repetir que a Abrat surgiu como um movimento que empunhava quatro bandeiras, quatro mensagens, com quatro objetivos bem definidos, há quinze anos passados.

Em primeiro lugar, criava-se a Abrat como tribuna de resistência, numa época de ditadura, onde qualquer manifestação recebia a conotação de subversão e quando faltavam espaços para qualquer protesto contra a arbitrariedade, a prepotência e o garroteamento das liberdades individuais e coletivas. Com esse objetivo a Abrat cumpriu com seu dever.

Em segundo lugar, como manifestação de luta pela dignificação da Advocacia-Trabalhista, considerada na comunidade jurídica tradicional como uma espécie de advocacia de segunda classe, frente aos nobres civilistas, administrativistas e criminalistas. Era dentro da própria classe dos advogados e dos juristas em geral que cumpria demonstrar que o profissional da advocacia trabalhista era tão bem preparado intelectualmente quanto os demais Colegas das outras áreas e que a sua importância social era tanto ou maior que a dos advogados das áreas então consideradas "nobres" da Ciência Jurídica e se entre eles havia, - como se dizia, - "advogados de porta-de-fábrica", não seriam em maior número do que os criminalistas "de porta-de-cadeia", nem em maior número do que os civilistas "de porta-de-funerária". Hoje, a Advocacia Trabalhista é reconhecida pela Comunidade Jurídica nacional, estando presente na direção da OAB, do Instituto dos Advogados e outras Entidades Jurídicas em igualdade de condições com os demais advogados.

Em terceiro lugar, movia aos que iniciavam o movimento associativista dos advogados trabalhistas o propósito de iniciarem uma discussão séria, mais profunda, melhor fundamentada, dos princípios, das normas e dos objetivos do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, como meio e forma de colaborar para o aprimoramento dos mesmos. Cumpria criar um foro de debates e estudos. Este Congresso é uma prova indiscutível que também este objetivo foi alcançado, com o melhor êxito.

Por derradeiro, pretenderam os advogados trabalhistas criar uma oportunidade de CONVIVÊNCIA. As Associações ligadas à Abrat não fazem distinção entre advogados antigos e advogados jovens que se iniciam na carreira, entre advogados de empregadores e advogados de empregados. Algumas de suas filiadas têm sido dirigidas por advogados de empregados, outras por advogados de empregadores, ao longo de suas histórias e isso tem sido muito salutar. Democracia não apenas se defende em discursos; é neces-

sário que seja realmente praticada no dia-a-dia de nossa atividade. A Abrat se tem caracterizado por esse aprendizado de democracia e, porque não dizer, se constituindo numa escola que foi além da simples convivência para se constituir numa escola de Confraternização, onde aprendemos a nos respeitar, por maior que sejam as nossas divergências. Onde a tese contrária e confrontante não é recebida como manifestação "do inimigo", mas apenas a postura de um companheiro que procura, por outro caminho, chegar a um ponto comum que todos perseguimos, - que é a formação de uma Pátria mais livre, mais soberana, mais digna e mais democrática.

O Presidente Lavenère ressaltava, na abertura deste Congresso, que a Advocacia Trabalhista é o ramo que apresenta a melhor organização sectorial, dentre os ramos da advocacia brasileira. Atrevemo-nos a concluir que isso se deve a um trabalho continuado das Associações Estaduais e Regionais que formam a Abrat, numa atividade que se desenvolve há mais de quinze anos.

É interessante notar, também, que é na área Trabalhista que se desenvolvem as melhores relações entre Magistrados e Advogados. Através das Associações de Advogados Trabalhistas e das Amatras se tem estimulado um salutar diálogo, com a compreensão de que Juízes e Advogados estão irmanados nos mesmos propósitos e o desprestígio ou prestígio de um e outro desses Setores afetará necessariamente o outro, cumprindo desenvolverem um trabalho em conjunto, de forma franca e leal, buscando democraticamente o aprimoramento da Justiça.

Colegas Congressistas !

Na caminhada destes quinze anos muitos dos pioneiros da Abrat ficaram pelo caminho. Baracho, Pechincha, Luiz Heron e tantos outros, que somaram seus esforços para que os Advogados Trabalhistas desenvolvessem uma fraternal estima, mantendo sempre uma postura de vertical independência, de dignidade e cordialidade.

Moacir da Silva se soma a essa pléiade e porisso o homenageamos neste Congresso. A par de suas qualidades como jurista que relembramos, na condição de Procurador do Estado do Amazonas e advogado militante, relembramos e homenageamos as suas qualidades como **Ser Humano**, sempre solidário, participativo, simpático, democrático e digno, que fizeram dele o **Amigo** admirável de todos quantos privaram da sua companhia.

Todos estamos integrados neste sistema de ganhos e perdas, que caracteriza e envolve a Natureza e toda nossa Vida.

Registramos, assim, a perda do dirigente da Abrat, do Amigo pessoal de tantos aqui presentes, na certeza que, em compensação, os anjos ganharam um grande companheiro e um competente assessor jurídico para suas negociações coletivas e na defesa de seus dissídios individuais nas instâncias celestiais.

REGINALD D. H. FELKER
Advogado - RS.

DISCURSO DE RECEPÇÃO À DR^a ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE, AO ENSEJO DE SUA POSSE NO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE 3^a CLASSE, EM 03.12.93.

É deveras grato em qualquer comunidade receber um novo membro, um novel componente. Assim, nesta solenidade, a Procuradoria Geral do Estado, por seu ilustre e operoso Procurador-Geral, Dr. Oldeney Sá Valente, o Conselho de Procuradores aqui reunidos e Procuradores do Estado, têm a elevada honra e satisfação de receber uma nova colega, a Dr^a Roberta Ferreira de Andrade, que após submeter-se com êxito ao concurso público de provas e títulos, vem de colher hoje a palma da vitória, ao tomar posse no cargo de Procurador do Estado de 3^a Classe, por força de Ato de Nomeação do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, Prof. Gilberto Mestrinho de Medeiros Raposo.

Prezada Roberta, de hoje em diante começa a labutar nesta instituição da Advocacia Pública, a Procuradoria Geral do Estado, ao lado de mim e de outros colegas que ora cordialmente te saúdam, confiante no teu interesse pelo cultivo do direito, no teu comprovado saber jurídico, na tua dedicação profissional, com que exercerás as importantes funções de Procuratura do Estado do Amazonas, ora na orientação oral e emissão de parêceres, na área de assessoria e consultoria jurídica, no âmbito do serviço público, ora na legítima e firme defesa dos interesses do Estado, nos tribunais fazendo triunfar a justiça, sempre tendo em mira a licitude e legalidade das ações e atos das autoridades administrativas. Acrescente-se, defesa do Estado, é preciso ficar bem claro, não significa desrespeitar ou humilhar o particular, por força do prestígio e poder do Estado. Nunca, de modo algum, defender o Estado é resguardar os superiores interesses públicos, coletivos contra as ousadas artimanhas e cobiças de particulares que, corrompendo,

lesam ou queiram lesar os recursos queiram lesar os recursos do povo, que formam o patrimônio do Estado.

Muito de passagem, é necessário aqui acentuar a importância da advocacia pública exercida por esta PGE/AM, que é a advocacia de Estado, hoje com assento nas Constituições Federal e Estadual.

Atualmente, todos os Estados da Federação Brasileira são assistidos juridicamente por órgãos especificamente criados sob a denominação genérica de Procuradoria Geral de Estado, sendo indispensáveis as funções dessa procuratura constitucional no mecanismo das ações normais do Estado.

Dileta companheira Roberta, o Procurador do Estado, como todo profissional, tem suas alegrias e momentos de abatimento, porém queremos que esses sejam bastantes raros, pois temos tudo para tomar a nossa senda, mesmo que árdua, mais serena, proveitosa e gratificante, desde que saibamos cultivar conjuntamente e de per si, a lealdade, o elevado senso de profissionalismo, o companheirismo e o amor à sabedoria e à justiça.

Por tudo isso, em nome dos colegas Procuradores, tenho a enorme alegria de, neste expressivo momento, acolhê-la nesta casa, de braços abertos com a cordialidade do melhor companheirismo e colaboração mútua, para o seu engrandecimento pessoal, na seara jurídica, como igualmente, para o prestígio desta instituição.

Seja bem-vinda.

Muito obrigada.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora do Estado

**Esta obra foi impressa com o apoio do
Banco do Estado do Amazonas S.A. - BEA**



DGE



Centro de Estudos Jurídicos