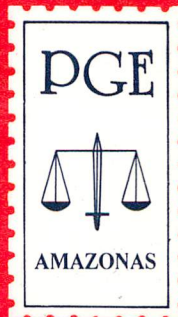




ESTADO DO AMAZONAS

REVISTA
DA
PROCURADORIA
GERAL
DO
ESTADO



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. 11	nº 17	1994
--------	--------	-------	-------	------

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 MARIA 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.

1983-94 (1-17)

D.Q.C. 340.05

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 Sousa
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 CORRÊA.

- 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 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.	13
PARECERES	
Recolhimento da Contribuição Sindical. JÚLIO CÉZAR LIMA BRANDÃO	17
Interpretação de artigos da Lei nº 2.271/94. JÚLIO CÉZAR LIMA BRANDÃO	25
Tempo de Serviço para Efeito de Promoção. LUIS CARLOS PAULA E SOUSA	39
Atos de Promoção. Legalidade. LUIS CARLOS PAULA E SOUSA	43
Descumprimentos contratuais. Aplicação de penalidades. MARIA HOSANA MACHADO DE SOUZA	50
Dispensa de Licitação. MARIA HOSANA MACHADO DE SOUZA	55
Documentos exigíveis para habilitação em licitações. RONALD DE SOUZA CARPINTEIRO PERES	59
Pagamento em Atraso. Correção Monetária. MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS	64
Competência para julgar as contas T.C.M. JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO	70
Exercício Ilegal da Medicina. Denúncia. RONALD DE SOUZA CARPINTEIRO PERES	75
Consulta sobre § 6º, do art. 22, da Lei nº 8.666/93. JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO	80
Anulação de Ato de Relotação. LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA	84

Revisão de Proventos de Aposentadoria.	95
LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA	
Afastamento Remunerado.	108
RAIMUNDO FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA	
Diferença de Diárias.	112
RAIMUNDO FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA	

TRABALHOS FORENSES

Indenização de Acidente de Trânsito. Agravo de Instrumento.	119
PAULO LOBATO TEIXEIRA	
Embargos de Divergência.	128
PAULO LOBATO TEIXEIRA	
Complementação de Honorários de Perito. Agravo de Instrumento.	136
JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO	
Diferença de Pensão por morte cumulada com revisão de Pensão. Contestação.	139
JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO	
Professora Substituta. Estabilidade. Contestação.	141
JARI VARGAS	
Processo Administrativo Disciplinar. Demissão. Recurso Especial.	145
JARI VARGAS	
Proventos de Aposentadoria. Revisão. Contestação.	155
SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO	
Embargos de Declaração.	160
PAULO LOBATO TEIXEIRA	
OLDENEY SÁ VALENTE	
Recurso Especial. Contra-Razões.	175
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA	
Ação de Repetição de Indébito. Apelação.	179
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE	
Ação Direta de Inconstitucionalidade. Informações.	183
OLDENEY SÁ VALENTE	
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA	

Embargos de Terceiro. Contestação.	203
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE	
Ação Direta de Inconstitucionalidade.	208
OLDENEY SÁ VALENTE	
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA	
Desistência de Desapropriação. Agravo de Instrumento.	229
FLÁVIO CORDEIRO ANTONY	
Ação Trabalhista. Contestação.	235
SUELY VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO	
Nulidade e cancelamento de título definitivo e registro imobiliário. Contestação.	242
FLÁVIO CORDEIRO ANTONY	
Pedido de Suspensão de Liminar.	247
PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO	
Recurso Especial. Contra-Razões.	259
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES	

D O U T R I N A

Intervenção no T.C.M. Uma Tentativa de Abordagem Técnica.	265
ELSON RODRIGUES DE ANDRADE	
Solidariedade e Responsabilidade Tributária. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.	269
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES	
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE	
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA	
Direito de Greve no Brasil.	298
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE	
ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALLES	
A Lei da Improbidade.	309
SÍLVIA PUCÚ DE STEPHANO	
Suspeição por motivo de Foro Íntimo.	315
ROY REIS FRIEDE	
Licença-Paternidade e o princípio da paternidade responsável no Brasil e no Direito Comparado.	326
GUILHERME JOSÉ P. DE FIGUEREDO	

JURISPRUDÊNCIA

Transposição de cargo no serviço público. Necessidade de Concurso Público. 355

LEGISLAÇÃO FEDERAL

Lei nº 8.868 de 14 de abril de 1994. Dispõe sobre a criação, extinção e transformação de cargos efetivos e em comissão, nas Secretarias do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais e dá outras providências. 361
Lei nº 8.911 de 11 de julho de 1994. Dispõe sobre a remuneração dos cargos em comissão, define critérios de incorporação de vantagens de que trata a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no âmbito do Poder Executivo, e dá outras providências. 365

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

Lei nº 2.288 de 29 de julho de 1994. Cria o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor - FUNDECON de que trata o Art. 57 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 e Art. 9º, § 2º da Constituição do Estado do Amazonas, de 05 de outubro de 1989 e dá outras providências. 369
Lei nº 2.297 de 07 de setembro de 1994. Institui o Programa de Incentivo ao Turismo de Compras e dá outras providências. 372

ASSUNTOS DIVERSOS

Discurso de Saudação aos Novos Procuradores do Estado. 377
JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Discurso de Posse dos Novos Procuradores do Estado. 379
RONALD DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que entregamos aos nossos leitores mais este exemplar da Revista da Procuradoria Geral do Estado, o qual, para nosso justificado orgulho, vem colocar em dia a sua edição.

Com efeito, ao assumirmos a Chefia da PGE encontramos a Revista bastante atrasada e a tendência era a de sua extinção. Prometemos a nós mesmos e aos colegas que haveríamos de atualizar a publicação, cumprindo, desse modo, as finalidades que motivaram a sua profícua existência, desde 1.983, ano de sua inauguração.

Este número, que se refere aos dois semestres do ano de 1.994, vem ultimar a tarefa e recompensar os esforços que fizemos para que os ideais inspiradores do nascimento da Revista da PGE não fossem abandonados, com o fenecimento de uma das poucas - talvez a única, atualmente - publicação especializada, no âmbito da literatura jurídica institucional do nosso Estado.

Na luta para vencer as dificuldades, as mais diversas, para que a nossa Revista se mantivesse viva, não poderíamos deixar de ressaltar o empenho e a dedicação do Procurador Sergio Vieira Cardoso, Diretor do Centro de Estudos Jurídicos da PGE, e da equipe revisora que com ele colaborou, formada pelas operosas Bibliotecárias Maria Tereza Serrão de Souza e Maria Ritta Soares Cavalcante, que não mediram até mesmo sacrifícios de interesses pessoais para que chegássemos aos objetivos colimados.

Ao ressaltar e agradecer o apoio e a valiosa contribuição de todos os ilustres Procuradores do Estado do Amazonas e dos eminentes colaboradores, bem como da Comissão Editorial, animamos a certeza de que também este número alcançará o resultado proveitoso que vem marcando, ao longo desses onze anos, a profícua existência da Revista da PGE.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PARECERES

PROCESSO Nº 0609794 - PGE

ASSUNTO: Recolhimento do Imposto Sindical para a Confederação aos Servidores Públicos do Brasil - **CSPB**.

INTERESSADO: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil - **CSPB**.

PARECER Nº 005/94-PPE/PGE

A Contribuição Sindical prevista no art. 8º, inciso IV, "in fine", da Constituição da República e arts. 578 e seguintes da CLT, somente é aplicável aos servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

É indevido o recolhimento em relação aos servidores estatutários, tendo em vista a ausência de norma legal que lhes seja aplicável e a impossibilidade de aplicação da CLT, dada a expressa vedação contida no seu art. 7º, alínea "c".

Em relação aos servidores públicos civis estatutários, o recolhimento, portanto, fere o princípio constitucional insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição da República.

Senhor Procurador - Chefe:

A Confederação dos Servidores Públicos do Brasil - CSPB, entidade sindical de grau superior, representativa dos servidores públicos federais, estaduais e municipais, com sede e foro na Capital da República, por seu Procurador MAURO ZICA Junior, advogado, regularmente inscrito na OAB/ DF sob nº 1.434/A, NOTIFICOU EXTRAJUDICIALMENTE o ESTADO DO AMAZONAS, a fim de que desconte de seus funcionários, na folha de mês de março do corrente ano, o equivalente a um dia de trabalho, e recolha através de guia

tuição da República, no seu artigo 37, inciso VI, garantiu ao servidor público civil de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito e dos Municípios, o direito à livre associação sindical, nos seguintes termos:

"Art. 37. 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 e, também, ao seguinte;

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

A Constituição do Estado do Amazonas, ao tratar dos Servidores Públicos Civis, no seu " Art. 110. § 6º, inc. IV, repetiu, "ipsis litteris", o texto contido no art. 8º, inciso IV, da Carta Magna, ao estabelecer que;

"Art. 110 (omissis)

§ 6º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, **independentemente da contribuição prevista em lei**"; (Grifamos)

Vê-se, pois, que o Constituinte Estadual, assegurou, expressamente, ao funcionário público civil estadual a aplicação do art. 8º da Constituição da República, previsto no Capítulo que trata dos Direitos Sociais.

Ocorre que a requerida "contribuição sindical", pleiteada pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil - CSPB, está prevista nos artigos 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que expressamente veda a sua aplicação aos funcionários

públicos da União, dos Estados e dos Municípios e os respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições, bem como aos servidores das autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos, "in verbis";

" Art. 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam;

a) (omissis);

b) (omissis);

c) **aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios...** (Grifamos).

Conclui-se, pois, que a lei a que se refere o inciso IV, do art. 8º da Constituição da República, e o inciso IV, do § 6º, do art. 110, da Constituição Estadual, não pode, quando aplicado aos servidores públicos civis estatutários, por razões óbvias, ser a Consolidação da Leis do Trabalho, tendo em vista a expressa vedação, ainda em vigor, contida no seu art. 7º, alínea "c", suso transcrito.

Segundo o insigne Mestre MOZART VICTOR RUSSOMANO,

"O funcionário público da União, dos Estados e dos Municípios; os servidores das autarquias paraestatais sujeitos a um regime análogo ao do funcionalismo; os extranumerários das pessoas jurídicas de direito público interno acima referidas, a serviço de suas repartições ficaram excluídos dos benefícios da Consolidação (alíneas C e D).

É que já têm eles um regime próprio de tutela; o regime dos funcionários públicos e dos extranumerários (hoje extintos).

Não seria razoável e equitativo conferir-lhes dupla proteção pelo mesmo serviço". (In. Comentários à CLT, 15º ed. rev. e atual. Vol I. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1993. p. 38).

A respeito do tema, citando EDUARDO GABRIEL SAAD, temos o despacho conclusivo no Processo nº 0518/91 - PGE, do Digno Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, Dr. R. FRÂNIO A. LIMA, "in verbis";

É que, de fato - como leciona GABRIEL SAAD o respeitado comentador da CLT -, "as disposições consolidadas são inaplicáveis aos funcionários públicos", isto é, aqueles "exercentes de cargo ou função pública" sujeitos "as normas do Estatuto elaborado pelo Poder Público". E esclarece o mestre; "Regime estatutário é o que deriva da aplicação de leis, regulamentos e portarias unilateralmente estabelecidos pelo Estado, prescrevendo os direitos e deveres dos funcionários públicos perante a Administração Pública. O Estado, portanto, não contrata seus funcionários. Nessa atividade, o Estado não tem em vista o interesse particular do servidor, mas o interesse social. A investidura do funcionário no cargo obriga-o a cumprir todas as disposições do Estatuto. O servidor que se encontra em tal situação - funcionário público ou autárquico - não pode invocar normas da CLT para postular direitos na Administração Pública". (In "Consolidação das Leis do Trabalho por Eduardo Gabriel Saad", 22º ed., São Paulo, LTR. pgs. 37 e 38). E é elementar; se nela o servidor não pode ir buscar direitos, dela não deve receber imposições". (grifamos).

Vê-se, pois, que apesar da Constituição da República garantir ao servidor público civil o direito a livre associação profissional ou sindical, inexistente legislação que possa compelir o Estado do Amazonas a recolher a "contribuição sindical" de seus servidores estatutários, tendo em vista que as normas que tratam da "contribuição sindical" de seus servidores estatutários, tendo em vista que as normas que tratam da "contribuição sindical" atualmente em vigor não se lhes aplicam.

É mister salientar que a livre associação sindical do servidor público civil, assegurada pela Carta política promulgada em 1988, não pode ser entendida nos mesmos moldes da liberdade de associação sindical deferida aos trabalhadores da iniciativa privada, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, tendo em vista que o serviço público possui características próprias e peculiares.

Novamente, bebericando inspiração no despacho conclusivo da lavra do Digno Procurador Dr. R. FRÂNIO A. LIMA (Processo nº 518/91 - PGE),

"Poder-se-ia dizer que a contribuição sindi-

cal é coisa ínsita a sindicato e que a CF, no inciso VI de seu art. 37, garantiu ao servidor público civil o direito à livre associação sindical. Mesmo assim, persiste a ausência de normatividade específica relativa à contribuição do servidor público estatutário. Como bem leciona ADÍLSON ABREU DALLARI, do alto de sua cátedra; "É preciso ficar bastante claro, de imediato, que a sindicalização dos servidores públicos contida no texto constitucional não é aquela mesma sindicalização disciplinada na legislação trabalhista. Em outras palavras; o disposto no art. 37, VI não significa que as normas do direito positivo ordinário atualmente existente (e produzidas quando se entendia que os servidores públicos não podiam se sindicalizar) passam automaticamente a aplica-se a todos os servidores públicos indistintamente. É preciso lembrar que existem diferenças fundamentais entre a administração direta e indireta a partir do regime jurídico de seu pessoal. **Questões como categoria profissional, contribuição sindical, sindicato patronal etc. apresentam particularidades em certos setores da administração pública que vão exigir a edição de normas ordinárias específicas**" (In "Regime Constitucional dos Servidores Públicos", 2ª ed. São Paulo, RT. 1.990, pág. 140)".

Vale ressaltar que de acordo com o sagrado princípio constitucional da legalidade previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição da República,

"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

Destarte, concluímos que em relação aos servidores públicos civis, regidos por normas estatutárias, "assim entendidas como as leis, regulamentos e portarias unilateralmente estabelecidos pelo Estado", não cabe o desconto da "contribuição sindical" por falta de

lei que respalde o referido desconto por parte do Estado, lembrando que a Consolidação das Leis do Trabalho, que trata do assunto, é inaplicável aos servidores públicos civis estatutários dos Estados por determinação expressa do seu art. 7º alínea "c". Portanto se não existe lei, inexistente a obrigação.

Ocorre, entretanto, que não podemos olvidar que o Estado do Amazonas mantém "agentes administrativos", contratados sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, e, obviamente, em relação a esses agentes, as normas referentes a "contribuição sindical" previstas na CLT podem perfeitamente lhes ser aplicadas, tendo em vista que a situação jurídica desses servidores é totalmente diversa da dos servidores estatutários.

Ante o exposto, "**permissa venia**", sugerimos a Administração Pública que proceda o levantamento em relação aos servidores admitidos sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para que, em relação a estes, se proceda o devido recolhimento da contribuição sindical nos moldes do disposto nos arts. 578 e seguintes da Consolidação (CLT).

É o parecer que submetemos, "**sub censura**", à consideração do Digno Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,
em Manaus (AM), 28 de março de 1.994.**

JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 0609/94-PGE

ASSUNTO: Contribuição sindical compulsória

INTERESSADA: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil

DESPACHO:

Adoto a conclusão do parecer retro, de nº 005/94-PPE/PGE, a qual, como registrado, segue o entendimento firmado por esta Procuradoria nos autos do Proc. 0518/91-PGE; devida pelos

servidores submetidos ao regime da CLT, a contribuição sindical compulsória não é, entretanto, de ser exigida aos que se encontram sob outra qualquer regência (E.F., "Regime Especial" etc), por falta de expresse mandamento legal.

Encaminhe-se.

Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, em Manaus (AM),
29 de março de 1994.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe.

PROCESSO Nº 0609/94-PGE

DESPACHO:

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer nº 005/94-PPE/PGE, o qual bem examinou a matéria, concluindo que a contribuição sindical é devida, compulsoriamente, pelos servidores celetistas, não sendo entretanto de ser exigida dos que se encontram fora do regime da C.L.T. como por exemplo, o pessoal do chamado Regime Especial.

Devolva-se o processo ao Gabinete do Dr. Secretário do Estado do Governo.

Em 30.03.94.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 01456/94-PGE**ASSUNTO:** Interpretação de artigos da Lei nº 2.271/94**INTERESSADO:** Delegado Geral de Polícia**PARECER Nº 025/94-PPE/PGE****DIMINUIÇÃO DO LAPSO DE TEMPO PARA PERCEPÇÃO DE APOSENTADORIA. LEI ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL QUE SE FLAGRA.**

O inciso III do art. 105 da Lei nº 2.271 (ESTATUTO DO POLICIAL CIVIL), de 10 de janeiro de 1994, diminui o lapso de tempo para aposentadoria integral do servidor policial civil. Assim, invadiu competência de lei complementar federal, diminuindo o tempo da possibilidade de aposentadoria prevista na alínea "a" do inciso III do art. 40 da C. R., ferindo frontalmente o disposto no § 1º do retromencionado artigo.

Por ser competência de lei complementar federal, a regra, incontestemente, padece do vício da inconstitucionalidade formal.

- Caso estivesse acobertado pelo manto da constitucionalidade, o inciso III do art. 105 do ESTATUTO deveria ser interpretado restritivamente, i. e., para efeito de aposentadoria especial seria computado somente o efetivo exercício na atividade, não se computando, pois, o serviço público como um todo.

NORMA EDITADA POR ÓRGÃO SEM COMPETÊNCIA PARA FAZÊ-LO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL INEQUÍVOCA. INTERPRETAÇÃO DO § 6º DO ART. 111 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

- É inconteste que o § 6º do art. 111 da C. E. padece do vício da inconstitucionalidade formal, posto que, emanado de órgão incompetente (Assembléia Constituinte Estadual) suas disposições invadiram esfera privativa do Chefe do Executivo.

Interpretação que se faz, pelo princípio da simetria, dos art. 61, § 1º, inc. III, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal.

INCORPORAÇÃO À REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR ATIVO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS TAMBÉM EXTENSÍVEIS AO SERVIDOR INATIVO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 200, DA LEI Nº 2.271/94 c/ c § 4º DO ART. 40 DA C. R.

- Concedida ao servidor policial civil vantagem extensível automaticamente aos inativos, esta se incorpora também de forma automática à sua remuneração para efeito de aposentadoria, por consequência do § 4º do art. 40 da C. R.

Senhor Procurador-Chefe:

Em ofício endereçado ao Sr. Procurador-Geral do Estado, o Delegado-Geral de Polícia Civil solicita a interpretação dos arts. 105, III e 200 da Lei nº 2.271, de 10 de janeiro de 1994 (ESTATUTO DO POLICIAL CIVIL) ante o que dispõe o art. 40 da Constituição Federal e o inciso II do § 6º do art. 111 da Constituição Estadual.

É o relatório.

A Constituição Estadual, tal qual a LEX MATER, estabelece três espécies de aposentadoria:

a) por invalidez;

- b) compulsória e
- c) voluntária.

Ambas enunciaram da mesma forma várias possibilidades de aposentadoria, a saber:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem e aos trinta, se mulher, com proventos integrais (art. 40, III, "a", C.F. e art. 111, III, "a", C.F.);

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais (art. 40, III "b", C.F. e art. 111, III, "b", C.E.);

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte, se mulher com proventos proporcionais a esse tempo (art. 40, III, "c", C.F. e art. 111, III, "c", C.E.);

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Da mesma forma, ambas as Constituições, Federal e Estadual, respectivamente, previram a possibilidade de futuras exceções a serem feitas por lei complementar a federal, nos casos de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, concernentes as possibilidades de aposentadoria elencadas na letras "a" e "c" supra, dispondo sobre o tema da seguinte forma:

"Art. 40. (omissis).

.....
§ 1º **Lei complementar** poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, **a e c** no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas." (Grifamos).

"Art. 111. (omissis).

.....
§ 2º. As exceções ao disposto no inciso III, alíneas "a" e "c", deste artigo, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, **guardarão obediência a lei complementar federal**" (Grifamos)

Apesar das remissões constitucionais a lei complementar futura, o legislador barê invadiu a esfera de competência federal e diminuiu o tempo da possibilidade de aposentadoria prevista na

alínea "a" do inciso III do art. 40 da Constituição Federal (alínea "a" do inciso III do art. 111 da Constituição Estadual), estatuindo no inciso III do art. 105 da Lei nº 2.271/94, o seguinte:

Art. 105 - O funcionário policial civil será aposentado;

.....
 III - Voluntariamente, aos trinta anos, de serviço se homem, e aos vinte e cinco anos, se mulher, com proventos integrais".

Assim, o inciso III do art. 105 da Lei nº 2.271/94 (ESTATUTO DO POLICIAL CIVIL) nasceu contaminado pelo vício da inconstitucionalidade ao invadir esfera de competência de lei complementar federal.

Entretanto "ad argumentandum tantum", supondo que o dispositivo legal supramencionado tivesse sido confeccionado sob o manto da constitucionalidade, i. é, que houvesse lei complementar federal excepcionando as alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 40 da LEX MATER, conforme determinação do seu § 1º, e que a atividade policial estivesse entre as atividades excepcionadas consideradas penosas, insalubres ou perigosas, o tempo de serviço a ser contado para esta forma de aposentadoria especial seria aquele relativo tão somente ao efetivo exercício da atividade policial.

Esse entendimento surge por interpretação analógica ao disposto para a aposentadoria especial do professor, insculpida na alínea "b" do inciso III do art. 40 da Carta Federal (alínea "b" inciso III do art. 111 da Carta Estadual), "in verbis";

"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 integrais," (Grifamos)

O legislador constituinte local repetiu o texto da Carta Federal fazendo, entretanto, a seguinte complementação insculpida no § 1º do art. 111, "verba legis":

" A . 111. (omissis)

.....
 III - (omissis)

.....
b) (omissis)

§ 1º Para efeito do que dispõe o inciso III, " b", desde artigo, consideram-se funções de magistério; **a de docente, administração, orientação, supervisão, planejamento e inspeção escolar, inclusive dos readaptados, exercidas em estabelecimento de ensino ou a nível de macrossistema**". (Grifamos)

A eficácia deste dispositivo foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal através da ADIn 739-4 que teve como Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, publicada no DJU de 14.08.92,

" ADIn 739-4 AM - medida cautelar

Rel.: Min.: Marco Aurélio Repte.: 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 para suspender a eficácia do § 1º do art. 111 da Constituição do Estado do Amazonas. Votou o Presidente. Plenário, 29.06.92

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", impõe-se a concessão da liminar. Isto ocorre quando o preceito que se pretende alvejar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade estende a regra da aposentadoria voluntária no magistério àqueles 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

II - no prazo mínimo de cinco anos antes da data da aposentadoria, nas outras formas de inatividade previstas neste artigo."

Diante do disposto surge a seguinte indagação: tal norma estaria dentro dos limites do poder constituinte local?

"Isto porque, dependendo da matéria, a competência para iniciar o processo legislativo é conferida com exclusividade ou privativamente a certas pessoas ou órgãos, aos quais, por imposição constitucional, não é lícito renunciar a essa prerrogativa, nem essa competência pode ser invadida ou usurpada impunemente, sem ferimento de princípios e normas sensíveis do Estatuto da República, a exemplo do princípio da independência e harmonia que deve nortear o relacionamento entre os Poderes do Estado.

A produção de lei, encontra suas balizas nesses princípios e normas da Constituição Federal, cuja incontrastável supremacia não pode ser elidida. Por conseqüência, as normas de grau inferior somente terão eficácia quando consonantes com as da Lei Maior, fulcro jurídico e fundamental de validade de todas as outras.

Se o contrário é o que acontece, se há dissonância entre a norma inferior e a Norma Fundamental, tem-se aí a chamada **incompatibilidade vertical** que pode ser enforcada sob dois ângulos: o **formal** e o **material**. Ocorre a primeira hipótese se as normas inferiores são criadas por pessoas ou órgãos incompetentes ou em dissídio com os procedimentos estabelecidos pela Norma fundamental. Já a incompatibilidade material acontece quando o conteúdo da norma inferior desborda de preceitos ou princípios da Constituição Federal.

Seja qual for o vício - formal ou material -, deve ser sanado, não só porque o primado e a supremacia da Constituição hão de ser sempre e necessariamente mantidos, como, também, porque nenhuma situação jurídica pode ou deve subsistir em desacordo com ordenamento constitucional básico." (ADIn subscrita pelo então Subprocurador-Geral do Estado Dr. OLDENEY SÁ VALENTE, Revista da PGE. Edição Especial p. 136/137).

O § 6º do art. 111 da Carta Estadual, em tela, está, sem nenhuma dúvida, eivado de inconstitucionalidade formal, consubstanciada no fato que a norma fora editada por órgão (Assembléia Constituinte Estadual) sem competência para fazê-lo.

Utilizando-nos do "princípio da simetria" deparamo-nos com clara e inequívoca violação do art. 61, § 1º, inc. II, alíneas "a" e "c" da Constituição da República, "in verbis";

Art. 61. (Omissis).

§ 1º São de iniciativa privada do Presidente da República as leis que;

.....
II - disponham sobre;

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

.....
c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis.....;

O princípio da simetria significa que as Constituições Estaduais devem ser conforme à Constituição Federal.

“Duas implicações decorrem dessa afirmação.

Primeiramente, a Constituição Estadual e as leis que dela tiram seu fundamento de validade (o direito interno dos Estados), não podem contrariar as disposições da Constituição Federal; eis uma implicação de ordem negativa para o Poder Constituinte Decorrente, pois aí se fixa um campo de proibições que restringem sua atuação.

Em segundo lugar, a Constituição Federal e, por conseguinte o direito interno estadual, devem refletir, no espaço territorial de sua aplicação os preceitos, os fins e o espírito da Constituição Federal. Aí está a segunda implicação de ordem positiva; o Poder Constituinte Decorrente deve observar ou assimilar tais preceitos e fins.

A conjugação dessas implicações - consubstancia a regra geral que deve nortear o exame das limitações do Poder Constituinte Decorrente”. (FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. Poder constituinte, dos estados -membros - São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 133).

Assim, o constituinte local, ao assegurar ao servidor público estadual o disposto no § 6º do art. 111 da Carta Estadual, fê-lo diretamente, por iniciativa própria, invadindo e usurpando competência privativa do Executivo e desrespeitando, por conseguinte, o art. 61 da CARTA MAGNA.

“Em verdade, quando a Constituição Federal reservou privativamente ao Executivo a iniciativa de lei disponente sobre

servidor público, sua aposentadoria ou proventos teve em mira, com certeza preservar os critérios de conveniência e oportunidade da Administração, a serem aferidos pelo prudente arbítrio do Chefe do Governo" (ADIn subscrita pelo então Subprocurador-Geral do Estado Dr. OLDENEY, SÁ VALENTE. Revista da PGE. Edição Especial. 1992. p. 138/139).

É inconteste, pois, como afirmado anteriormente, que os incisos I e II do § 6º do art. 111 da Constituição Estadual, padecem do vício da inconstitucionalidade formal, posto que emanados de órgão incompetente (Assembléia Constituinte Estadual).

Corroborando todas essas afirmações temos que a Constituição Federal fixa o conjunto de limitações a capacidade organizatória dos Estados e determina no "caput" do art. 25 que as suas Constituições e a leis, observem seus princípios.

Esses princípios, segundo JOSÉ AFONSO SILVA,

"que circunscrevem a atuação do Constituinte Estadual, podem ser considerados em dois grupos; a) os princípios constitucionais sensíveis; e b) os princípios constitucionais estabelecidos.(...)

"O termo **sensíveis** esta aí no sentido daquilo que é facilmente percebido pelos sentidos, daquilo que se faz perceber claramente, evidente visível, manifesto, portanto, **princípios sensíveis** são aquelas clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição, os **apontados, enumerados**. São **sensíveis**, em outro sentido, como coisa dotada de sensibilidade, que em sendo contrariada, provoca reação, e esta, é a intervenção nos Estados, exatamente para assegurar sua observância.

Esses princípios são aqueles enumerados no art. 34, VII, que constituem o fulcro da organização constitucional do país, de tal sorte que os Estados federados, ao se organizarem, estão circunscritos à adoção; a) da forma republicana do governo; b) do sistema representativo e do regime democrático; c) dos direitos da pessoa humana;

d) da autonomia municipal; e) da prestação de contas da administração pública, direta e indireta. (...)"

Os princípios constitucionais estabelecidos.

"São - como notara Raul Machado Horta - os que limitam a autonomia organizatória dos Estados, são aquelas regras que revelam, previamente, a matéria de sua organização e as normas constitucionais de caráter vedatório, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual, cuja identificação reclama pesquisa de texto da Constituição."

Alguns desses princípios constitucionais estabelecidos geram.

"Limitações expressas, outros limitações implícitas e outros, ainda, limitações decorrentes do sistema constitucional adotado, além do disposto nos §§ do art. 25 que fundamenta a repartição de competências aos Estados".

Interessa-nos a primeira das formas de limitação ao Constituinte Estadual, consubstanciada, no dizer de JOSÉ AFONSO SILVA, em dois tipos de regras; umas de natureza vedatórias e outras, mandatórias.

As **mandatórias**, e aqui nos interessa somente este tipo de regra, consistem em disposições que,

"de maneira explícita e direta, determinam aos estados a observância de princípios, de sorte que, na sua organização constitucional e normativa, hão de adotá-los, o que importa confranger sua liberdade organizatória aos limites positivamente determinados, assim, p. ex., o Constituinte Estadual tem que dispor; (...) b) sobre sua **Administração Pública, mas não pode senão adotar os princípios referidos nos arts. 37 a 41; não só na organização constitucional estadual tais princípios hão de ser**

obedecidos, praticamente nada mais os Estado podem fazer senão transcrever em sua essência, mais ainda terão que segui-los na sua legislação ordinária e nas práticas governamentais, sob pena de inconstitucionalidade; (..).

Eis que, naturalmente, surge a seguinte indagação: como dirimir a dúvida do interessado, posto que o § 6º do art. 111 da Constituição ainda vige?

Para o eminente constitucionalista FRANCISCO CAMPOS,

“Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou para o Direito como se nunca houvesse existido. (..) uma lei inconstitucional não é lei, mas uma ato qualquer, destituído de toda autoridade e, portanto, não obrigatório e inaplicável pelos tribunais.” (Direito Constitucional. Livraria Freitas Bastos. 1956. Vol. I. p. 430/433).

Obviamente que “in casu” não se trata de lei, mas da Constituição Estadual. Entretanto, nada impede, entendemos, sejam tais argumentos aplicados ao caso vertente, diante da hierárquica superioridade da Carta Federal.

Dirimindo, pois, a dúvida suscitada, temos que o disposto na regra hostilizada padece do vício da inconstitucionalidade e, portanto, deve ser ela considerada como inexistente, inaplicável aos servidores públicos e destituída de qualquer autoridade.

Com relação à questão se as vantagens percebidas em atividade são ou não incorporáveis aos proventos do servidor quando por ocasião de sua inatividade, é mister que façamos primeiramente a leitura do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, “in verbis:

“Art. 40. (omissis).

.....
§ 4º. 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”.**

Pacificando o entendimento do dispositivo constitucional retromencionado temos o PARECER Nº 022/93-PPE/PGE da lavra do Digno Procurador-Chefe da PPE que culminou com a seguinte Ementa Administrativa;

“PROVENTOS - REVISÃO - PAR. 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VANTAGEM CONCEDIDA AOS SERVIDORES ATIVOS POR LEI ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA C.F. - ART. 20 DO ADCT.

- Editada lei que concede benefício ou vantagem aos servidores em atividade, opera-se, por força do § 4º do art. 40 da C.F., automática repercussão nos proventos dos inativos.

- A expressão **na forma da lei**, contida na parte final do § 4º do art. 40 da C.F., “apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa” (Decisão da 2ª Turma do STF no Ag 141.189-9-DF, Rel. o Ministro Marco Aurélio).

- O art. 20 do ADCT/88, que determinou a revisão dos proventos e pensões e para tanto estabeleceu prazo certo, buscou tornar efetivo também para inativos e pensionistas o princípio da isonomia, que se irradia sobre o corpo permanente todo da Constituição.

- Não tendo o legislador ordinário editado norma à base da qual se procedesse ao estabelecido no art. 20 do ADCT, a efetivação da revisão dos proventos torno-

se devida após os cento e oitenta dias nele fixados (Cf. despacho do Ministro WILLIAM PATTERSON, Vice-Presidente do STJ, in D.J.U. de 02.04.93, págs. (5.637/5.638).

Ora, se a A LEX MATER não estabeleceu nenhum período de carência a ser cumprido pelo servidor inativo para a percepção de quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade e que, conforme ementa da PARECER Nº 022/93, a expressão "na forma da lei" contida no § 4º do art. 40 da C.F. "apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa", obviamente não há que falar em período de carência para que o servidor em atividade, que percebe vantagens pecuniárias também extensíveis aos inativos, possa também percebê-las quando da sua passagem para a inatividade.

Não pode a lei, pois, estabelecer período mínimo para incorporação de vantagem para o servidor que passa para a inatividade, posto que tal regra frustraria o disposto no § 4º do art. 40 da Constituição Federal.

Além do que seria incoerente e destoaria do texto constitucional, que o servidor ativo percebendo definida vantagem, extensível automaticamente ao inativo, viesse a perdê-la quando por ocasião de sua passagem para a inatividade, por não tê-la percebido por um determinado período que fosse capaz de lhe garantir a incorporação.

Assim, concedida ao servidor policial civil ativo certa modalidade de vantagem prevista no art. 200 da Lei nº 2.271/94, também extensível automaticamente aos inativos, esta será incluída igualmente de forma automática aos seus proventos quando por ocasião de sua aposentadoria, por consequência do § 4º do art. 40 da CARTA MAGNA.

Por todo o exposto, recomendamos, "permissa venia", a autoridade competente que promova a devida ação direta de inconstitucionalidade, relativamente à integralidade do inciso III do art. 105 da Lei nº 2.271/94, bem como da integralidade do § 6º do art. 111 da Constituição do Estado do Amazonas.

É o parecer, "sub censura".

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PPE-PGE, em 9 Manaus (AM), 04 de agosto de 1994.

JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO.

Procurador do Estado

PROCESSO Nº 01456/94-PGE.**ASSUNTO:** Interpretação de artigos da Lei nº 2.271/94**INTERESSADO:** Delegado-Geral da Polícia.**DESPACHO.**

R. hoje.

Acolho as conclusões do parecer atrás e endosso a recomendação relativa à arguição de inconstitucionalidade (alínea "a" do inciso I do art. 102 da CF) do inciso III do art. 105 da Lei 2.271/94 e do § 6º do art. 111 da Constituição do Estado.

Encaminhe-se.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,
em Manaus (AM), 15 de agosto de 1994.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Chefe.

PROCESSO Nº 1456/94.**ASSUNTO:** Interpretação de artigos da Lei nº 2.271/94.**INTERESSADO:** Exmº Sr. Dr. Delegado Geral de Polícia**DESPACHO:**

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos o Parecer nº 025/94- PPE-PGE, cujas conclusões foram acolhidas pela ilustre Chefia da P.P.E/PGE.

No que concerne ao vício de inconstitucionalidade de que padecem o inciso III do art. 105 da Lei 2.271/94, bem como § 6º do art. 111 da Constituição Estadual, oficie-se ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, com a recomendação de que Sua Excelência promova a competente ação direta de inconstitucionalidade, pelos fundamentos expostos no referido Parecer.

Após o encaminhamento do ofício ao Chefe do Poder Executivo, a quem caberá decidir sobre a propositura da ADIN, devolva-se o Processo ao Gabinete do Dr. Delegado Geral de Polícia, de onde se origina, com o cumprimento das formalidades de praxe.

Em 16.08.94.

OLDENEY SÁ VALENTE

Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 1021/94 - PGE.

ASSUNTO: CONSULTANDO SE O TEMPO DE SERVIÇO, AVERBADO EM FICHA FUNCIONAL, ORIUNDO DE OUTRO ÓRGÃO, PODERÁ SER CONTADO PARA EFEITO DE PROMOÇÃO.

INTERESSADO: O SR. DIRETOR GERAL DO INSTITUTO DE MEDICINA-TROPICAL DE MANAUS.

PARECER Nº 019/94-PPE/PGE.

AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ORIUNDO DE OUTRO ÓRGÃO PÚBLICO-CONTAGEM PARA EFEITOS DE PROMOÇÃO - POSSIBILIDADE LEGAL EM CASO DE EMPATE E POR CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE, APENAS - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 18 - § ÚNICO, INCISO I A V DO ESTATUTO ESTADUAL.

O tempo de serviço, averbado em ficha funcional, trazido de outro órgão, poderá ser contado para efeitos de promoção, apenas em havendo empate no critério de Estatuto antiguidade, quando então, por disposição do Estatuto Caboclo, aplicar-se-ão, os incisos legais tendentes a dirimir o ocorrido.

SENHOR PROCURADOR-CHEFE.

Deseja o Ilmo. Sr. Diretor Geral do Instituto de Medicina Tropical de Manaus, se pronuncie esta especializada a respeito da seguinte consulta;

- o tempo de serviço, averbado em ficha funcional,

oriundo de outro órgão, poderá ser contado para efeitos de promoção?

Autuado, os autos foram a mim dirigidos, para análise e parecer.

Assim, vieram.

Lê-se na pergunta formulada que o consulente busca resposta tão somente a funcionário, ou seja, a pessoa legalmente investida em cargo público.

Dai que, foco da análise, seguirá tão só os mandamentos ditados pela Lei de nº 1.762, de 14 de novembro de 1986 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas) até porque a Constituição Estadual, em seu artigo 110, par. 3º, faz recomendação expressa, garantido o instituto da promoção, na forma da Lei.

Nessa incursão, deparamo-nos com os artigos 13 **usque** 22, do Título II, Seção III, do Estatuto Estadual, que disciplina a matéria discutida.

Primeiramente o legislador caboclo procurou ordenar esta forma de provimento de cargo público, definindo-a em seu gênero e apontando suas espécies, que são a **horizontal** - que se dá com a mudança de referência final de uma classe para a inicial da classe imediatamente superior, dentro da mesma classe, independentemente de vaga, com interstício de dezoito meses, e a **vertical** - que consiste na passagem de referência final de uma classe para a inicial da classe imediatamente superior dentro da mesma série das classes, e dependerá da existência de vaga, com interstício, na classe, de 24 meses (artigos 15/16).

Diz ainda a lei local que as promoções deverão de prestar obediência aos critérios de **antiguidade** e de **merecimento**, de maneira alternada, devendo a primeira (promoção), ser sempre por antiguidade, que possui direcionamento no funcionário que mais tempo tenha de efetivo exercício na referência, apurado em dias (arts. 17/18).

De final, o Estatuto enumera, no parágrafo único, incisos I a V, do artigo 18, os casos de preferência ao funcionário, em havendo empate nos critérios e apenas para os casos de promoção por antiguidade, para fazer jus a promoção.

Isto posto, responde-se ao órgão consulente o seguinte;

- Para efeito de promoção, o tempo de serviço averbado em ficha funcional de outro órgão pode ser usado quando houver empate nos critérios de antiguidade, apenas, quando então, ocorrendo esta excessão, terá preferência sucessivamente, o funcionário que, em obediência aos ditames do parágrafo único, incisos I a V, do artigo

18 da lei 1.762, carregar consigo, pela ordem, aquelas características, **verbis**;

Art. 18 - ...

§ único - Havendo empate, terá preferência sucessivamente, o funcionário;

I - de maior tempo na classe

II - de maior tempo na série de classes

III - de maior tempo no serviço público estadual.

IV - de maior tempo no serviço público

V - mais idoso.

Assim, apenas havendo empate, e por critério de antiguidade, pode-se contar o tempo de serviço averbado em ficha funcional de outro órgão, para efeitos de promoção, evidentemente que situando-se, cada caso, nos incisos do parágrafo único do artigo 18 do Estatuto Funcional.

É a conclusão, **sub censura**, sobre a questão apresentada, que ora submetemos ao saber dessa chefia.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus (AM), 06 de junho de 1994.

L. C. DE PAULA DE SOUSA

Procurador do Estado.

PROCESSO Nº 1021/94 - PGE.

ASSUNTO: Promoção Funcional. Tempo de Serviço prestado em outro órgão.

INTERESSADO: O Instituto de Medicina Tropical de Manaus.

DESPACHO

Adoto o parecer atrás, de nº 019/94 -PPE/PGE.

Efetivamente, o tempo de serviço público prestado em outro órgão só interessa à hipótese de promoção quando esta se fizer pelo critério de antiguidade (art. 18 da Lei 1762/86) e **depois** de os concorrentes à vaga haverem, **sucessivamente**, empatado:

- 1 - no maior tempo de efetivo exercício na referência;
- 2 - no maior tempo na classe;
- 3 - no maior tempo na série de classe.

É de realçar-se, todavia, que apenas o tempo de serviço prestado a órgão estadual servirá para solução do terceiro tipo de empate referido. Se for de origem municipal ou federal, será considerado tão somente se persistir empate em relação ao tempo estadual ou quando este inexistir.

Encaminhe-se.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus (AM), 07 de junho de 1994.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador - Chefe.

PROCESSO Nº 1021/94 -PGE
INTERESSADO: IMTM

DESPACHO

Aprovo por seus jurídicos e legais fundamentos o escolhido Parecer nº 019/94 - PPE/PGE exarado pelo ilustre Procurador Paulo e Souza e endossado pela Chefia da PPE.

Devolva-se o Processo ao IMTM, com as cautelas de praxe.

Em 09/06/94

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PROCESSO Nº 1313/94 -PGE.

ASSUNTO: RECURSO INTERPOSTO POR SERVIDOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS, CONTRA ATOS DE PROMOÇÃO PARA O CARGO DE AUDITOR - ADJUNTO.

INTERESSADO: WALTERLOO MARQUES PERES.

PARECER Nº 022/94-PPE/PGE.

ATO DE PROMOÇÃO QUE NÃO OBSERVOU MANDAMENTO LEGAL-ERRO TÉCNICO-PRETENSÃO ESCUDADA EM PRECEITO INCONSTITUCIONAL-VIGÊNCIA QUE NÃO PODE PROSPERAR-APLICAÇÃO DA SÚMULA 346 DO STF.

Senhor Procurador-Chefe;

O Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios, por intermédio do ofício de nº 466/GP/TCM/94, solicita audiência desta Procuradoria Geral do Estado, no tocante ao Processo de nº 028/TCM/94, cuja cópia anexou.

O processo aludido, noticia a contrariedade do servidor WALTERLOO MARQUES PERES, contra ato da presidência do TCM, que promovera ao cargo de Auditor-Adjunto, por antiguidade e merecimento, dois outros servidores daquela Côrte, preterindo, assim, conforme há descrito pelo interessado, direito que lhe era assegurado em lei.

Recebido e atuado, por determinação do Sr. Procurador-Geral, foram os autos encaminhados a esta especializada, para análise e parecer.

Assim, vieram.

Já há decidido, por esta casa, que a busca da via judicial, pelo servidor, e em havendo discussão paralela administrativa, inibe a Administração devolver-se ao mérito da questão discutida (Parecer nº 013/92-PPE/PGE).

É que a Administração, em agindo ao contrário, admitindo o paralelismo, submete-se ao risco de ver sua decisão contrariada, na hipótese de sobrevir manifestação judicial contrária.

Daí que, a direção desta Procuradoria, em casos semelhantes, é a de orientar sempre que o ingresso na via judicial importa em desistência da via administrativa.

Nesse entendimento, o mérito da questão trazido a exame se tornaria prejudicado, não comportando dissecagem, contrariando, pois, os termos do ofício oriundo do TCM.

Entretanto, o dever de ofício se sobressai, impondo-me a obrigação de atender a Instituição pleiteante na busca de informações, que deve ser suprida com uma análise do que há contida no mundo dos autos, até porque seu pedido, o de receber o posicionamento desta Instância Administrativa Superior, servirá como apóio a casos outros, idênticos, que possam pairar naquela Côte Municipal.

A princípio, e até por questão elucidativa, flagra-se a **inconstitucionalidade** do artigo 23 da Lei Complementar nº 06, de 22 de janeiro de 1991, **verbis**;

“Art. 23 - Os Auditores Adjuntos, dos Tribunais da Contas, em número igual aos de Auditores, serão nomeados pelo Presidente do respectivo Tribunal, dentre os Auditores Assistentes, portadores de curso superior, com mais de quinze anos de serviço público estadual, obedidas as normas aplicáveis à promoção.”

É que, aludido dispositivo, se manifesta inconstitucional em sua totalidade, tendo em vista sua colisão com preceito constitucional, que exige, para nomeação em cargo ou emprego público, prévia aprovação em concurso público.

Veja-se o que diz a Carta Magna, precisamente no inciso II do artigo 37:

“CF - Art. 37...”

II - a investidura em cargo ou emprego

público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

O combatido artigo 23 da Lei Complementar de nº 06, ao conferir, ao Presidente do poder que noticia, a livre prática de nomear Auditores-Adjuntos dentre os Auditores-Assistentes daquela Côrte, feriu, de forma mortal, o artigo antes mencionado da Lei Maior.

E não poderia ser ao contrário. A aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos é o pressuposto jurídico exigido para a investidura em cargo ou emprego público.

Desta sorte, levando-se em consideração, ainda que a indigitada Lei Complementar de nº 06, ora combatida, é datada de 22 de janeiro de 1991, portanto, posterior a Lei Maior, pode-se afirmar, a flagrante inconstitucionalidade de seu artigo 23, ostentando, pois, semente de ilegalidade em seu bojo, não podendo seu uso, como o caso em concreto, prolongar direitos, porque contaminados em seu nascedouro.

Em conclusão, têm-se que a forma errônea contida nas “promoções” de nºs 314 e 315, oriundo do TCM, que se vê às folhas 13 dos autos, não encontra espeque jurídico dado a inconstitucionalidade que se apresentou no dispositivo antes aludido, que deu suporte a escala funcional, é ainda, devido a inexistência, no rol das Leis aplicáveis, de provimento derivado, que usou-se ao caso (à promoção), maquiada pela figura da **promoção**.

Outro ponto a ser discutido nesta análise, pretende-se ao fato de que, na conformidade do estatuído pela Lei nº 2.167, de 07 de outubro de 1992, que Reorganiza o quadro do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Amazonas, o cargo de Auditor-Assistente se encontra inserido, de maneira isolada, no anexo II-Quadro permanente de Pessoal-Grupo III, no Sub-Grupo de serviço Técnico, diferentemente, e sem qualquer continência com o Grupo I Nível Superior do anexo II, no sub-Grupo de Controle Externo que prevê os cargos de Auditor-Adjunto.

Dessa exegese, pode-se filtrar a impossibilidade dessa ascensão funcional, sob a forma que se vislumbra nos autos, até porque o Cargo de Auditor-Assistente, conforme já dito, não possui ligação com os de Auditores e Auditores-Adjuntos.

De outra monta, e em um raciocínio mais amplo, nem mesmo o cargo de Auditor-Adjunto, possibilita promoção ao de

Auditor, haja vista que não constituem série de classes (a chamada carreira), como claramente demonstra o anexo II da citada Lei nº 2.167/92, onde figuram como isolados.

Importa observar, entretanto, que a matéria busca uma solução. Qual seria o caminho para se buscar, *in casu*, a alteração da situação funcional que se discute?

No Particular dos autos, já se colocou que foi errôneo o uso do termo "promover" pelo qual o TCM alterou a situação funcional que o ora Requerente procura desfazer nestes autos. Se o questionado art. 23, embora eivado de inconstitucionalidade, determinou fosse o servidor **nomeado**, outra figura não se poderia dar forma, qual seja-a de **promoção** - porque não determinada por norma cogente, orientadora, a dar suporte à pretensão, muito embora, conforme analisado anteriormente, ao caso, não se vislumbra à aplicação da promoção, porque os cargos se situam em órbitas distintas no quadro de pessoal, sem comunicação, sem série de classes, tornando, assim, impossível tal pretensão.

O interessado é Auditor-Assistente do TCM, efetivado no cargo pela Portaria nº 219/GP/TCM/88, e desde 15.04.88, vem sendo designado para responder como Auditor-Adjunto daquela Côrte, situação essa que se perdura até a presente data, sem interrupção alguma, a contar do início de 1992.

Ao contrário, a outra servidora não possui tempo superior no efetivo exercício da classe ao de seu colega, até porque egressa de outro órgão, não podendo, portanto, ser-lhe aproveitados o tempo de exercício funcional no caso presente.

A antiguidade é adquirida na classe. Somente o exercício do cargo, ou seja, a permanência na classe pode determinar a contagem do tempo para efeito de antiguidade, pois, a **contrário sensu**, o funcionário contaria tempo em cargo que não exerceu.

Em arremate final, se constitucional fosse o artigo 23 da Lei Complementar de nº 06, haveria o ato combatido de adaptar-se ao que há determinado, de forma expressa, naquela disposição, que manda nomear (e não promover), no cargo de Auditor-Adjunto, o funcionário de maior tempo na classe, em continência com o que estatui o artigo 18 do EF, no caso, o requerente.

Para rever o ato, o Exmo. Sr. Presidente do TCM poderá fazer uso da Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal, caso assim entenda em fazê-lo.

É o que se tinha à apreciar, **sub censura**.

PGE - PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO,

em Manaus, 14 de julho de 1994.

L. C. DE PAULA E SOUSA
Procurador do Estado.

PROCESSO Nº 01313/94-PGE

ASSUNTO: Aplicação do art. 23 da Lei Complementar nº 06/91.
Promoção de Auditor-Assistente para o cargo de Auditor-Adjunto do TCM, por antiguidade. Consulta.

CONSULENTE: O Sr. Presidente do Tribunal de Contas dos municípios.

DESPACHO:

Acolho, em suas conclusões, o Parecer nº 022/94-PPE, as quais, em síntese, são as seguintes;

1 - Por implicar **nomeação** para cargo público efetivo sem prévio concurso público, o art. 23 da Lei Complementar nº 06/91 encerra inconstitucionalidade de fácil percepção, pois desatende claramente à exigência que o inciso II do art. 37 da CF/88 impôs à observância da Administração Pública;

2 - Não bastasse agredir a Constituição Federal, o questionado art. 23, no caso concreto, foi aplicado incorretamente, **data venia**, já que em vez de **nomear** os servidores aos quais se refere nas Portarias 314 e 315/93, o Presidente do TCM os **promoveu**, como está dito nos dois atos. Em verdade, o mencionado dispositivo cita a figura da **promoção**, mas o faz apenas para remeter às suas normas (critério de antiguidade e merecimento etc) o processo de escolha dos Auditores-Assistentes a serem "**nomeados**" Auditores-Adjuntos;

3 - Por fim, se, todavia, corretas estivessem as duas portarias quanto à questão formal, pesaria contra a de nº 314 (pelo menos)

restrição de ordem material. É que, *in casu*, uma vez obrigatória a observância das regras da promoção por antiguidade, a apuração do tempo de efetivo exercício dos concorrentes à vaga de Auditor-Adjunto só poderia (conforme o espírito do art. 18 da Lei 1762/86) levar em conta o tempo mesmo da vinculação efetiva de cada um deles ao quadro do TCM. Não cabe outro raciocínio. Afinal, se promoção é a forma pela qual o funcionário progride na **série de classe**, esta haverá de ser entendida apenas como a existente no órgão em que o ato promocional se pratica. Admitir que, para efeito de promoção é possível comunica-se com o cargo atual o tempo de ocupação de cargo de carreira de quadro diferente (mesmo que seja ela idêntica), admitir isso como acabou por fazer a indigitada portaria será ilegal e corresponderá a negar a própria idéia de carreira no serviço público.

Diante de tais razões, estou em que; 1 - relativamente às Portarias 314 e 315/93, proceda o E. TCM na forma indicada pelas Súmulas 346 e 473 do STF; 2 - referentemente ao art. 23 da LC nº 06/91, seja proposta, nos termos do art. 103 da CF, ação de que trata a linha a do inciso I do art. 102 da mesma Carta.

Encaminhe-se, com as reverências devidas.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus, 02 de agosto de 1994.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe.

PROCESSO Nº 01313/94-PGE**INTERESSADO:** Presidência do Tribunal de Contas dos Municípios.**ASSUNTO:** Aplicação do art. 23, da Lei Complementar nº 06/91.

Promoção de Auditor - Assistente para o cargo de Auditor-Adjunto do TCM, por antiguidade. Consulta.

DESPACHO:

APROVO, por suas jurídicas razões e fundamentos legais, o **PARECER Nº 022/94**, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, que analisou sobretudo, à luz das normas constitucionais, o pedido do Requerente, que, paralelamente, está sendo discutido no Judiciário, demonstrando a ilegalidade e inconstitucionalidade da prática de nomeação para cargos de classe diferente, sem concurso público, valendo-se indevidamente dos critérios de promoção, que é instituto diverso, inaplicável à situação ora apreciada.

Secundando o sobredito parecer, o ilustre Procurador-Chefe da PPE/PGE expendeu lúcida manifestação, que também aprovo, alvitrando que o E. TCM proceda, no concernente às Portarias nº 314 e 315/93, na forma indicada pelas Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal e, ato contínuo, promova, com base no art. 103 da Constituição Federal, em relação ao art. 23, da LC nº 06/91, a ação de que trata a alínea a do inciso I, do art. 102 da mesma Carta.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à nobre Presidência do colendo **TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS**.

GABINETE DE PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em 05 de agosto de 1994.

LEONARDO PRESTES MARTINS

Procurador-Geral do Estado, em exercício.

PROCESSO Nº 944/94-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre a aplicação de penalidade de suspensão temporária de contratar com a Administração Estadual.

INTERESSADA: SEFAZ

PARECER Nº 97/94-PA/PGE.

ADMINISTRATIVO. CONSULTA SOBRE A APLICABILIDADE DE PENALIDADE DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL E DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO.

A interessada formula a esta especializada consulta a respeito da viabilidade de aplicação da penalidade de suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar pelo período de 2(dois) anos, prescrita no art. 73, III do Dec-Lei nº 2.300/86, diante do caso concreto exposto nos autos, e que passo a relatar.

Em 8 de março de 1993, a interessada celebrou Ordem de Serviço com a empresa **Castel - Construção, Conservação e Serviço Ltda** que se comprometeu a prestar serviço de conservação, limpeza e higienização nas agências da SEFAZ em diversos municípios, durante o período de 12(doze) meses.

Conforme Cláusula Terceira da Ordem de Serviço, a Contratada é obrigada e responsável por toda as despesas decorrentes do fornecimento de material, mão-de-obra, aparelhos e equipamentos necessários à boa e perfeita execução dos serviços contratados.

Entretanto, conforme solicitações de diversos núcleos de arrecadação do interior, a Contratada não cumpriu satisfatoriamente esta cláusula contratual, não remetendo material de limpeza, nem pagando os seus funcionários.

A interessada, representada pelo Subsecretário de Estado

da Fazenda, solicitou à Contratada providências no sentido de regularizar com urgência o pagamento dos salários dos funcionários, através dos ofícios nº 735/93 de 09/08/93 e nº 1.051/93 de 24/11/93.

Apesar das solicitações, as irregularidades na prestação do serviço continuaram, como faz prova a comunicação da Seção de Manutenção e Conservação da SEFAZ (pág. 29 do anexo I do processo).

Por essa razão, em 16 de março de 1994, através do ofício nº 175/94-GSEFAZ, a interessada informou àquela empresa o intuito de aplicar-lhe a pena de suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a SEFAZ, pelo período de 2(dois) anos, devido ao cumprimento irregular da Cláusula Terceira, letra "a", da Ordem de Serviço nº 10/93-SEFAZ. Foi concedido prazo de 5(cinco) dias-úteis para interposição de recurso. Diante do que, a empresa apresentou sua defesa.

É o relatório.

A contratação sob análise foi celebrada sob a égide do Dec-Lei nº 2.300/86, aplicando-se seus dispositivos ao caso. Promovendo-se as considerações adiante expostas.

Em sua defesa, a Contratada alegou que o atraso na remessa de material de limpeza e no pagamento dos funcionários decorreu do fato de a SEFAZ não haver repassado nos prazos os valores correspondentes ao pagamento dos serviços prestados.

A Contratada invocou em sua defesa a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), tentando justificar sua falta em ato da Administração. No entanto, doutrinadores do Direito Administrativo são unânimes em afirmar que, nos ajustes de Direito Público, o particular não pode usar livremente este princípio contra a Administração.

Esta vedação é em nome de um princípio maior: o da continuidade do serviço público; negando-se a possibilidade de descumprimento do contrato por parte do particular justificado na falta da Administração. Nestes casos, o particular tem direito a subsequente indenização dos prejuízos suportados, mas não à paralisação sumária, ou mesmo, à execução irregular do contrato.

Segundo o Dec-Lei nº 2.300/86, em seu art. 68, XVI, a Contratada só poderia usar daquele princípio, requerendo a rescisão do contrato por culpa da Administração, se esta atrasasse por mais de 90 (noventa) dias o pagamento decorrente da obra, serviço ou fornecimento já executados, salvaguardando-se ainda no caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

A Nova Lei de Licitações (Lei 8.666/93), traz dispositivos

legais que tratam do assunto em análise de forma mais benéfica; vislumbrando-se a possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da lei *in bonam pars*. Afinal, o art. 78, XV da nova lei permite, ao contratado, o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. Este benefício está condicionado ao atraso no pagamento por parte da Administração superior a 90 (noventa) dias.

Conforme demonstrativo dos pagamentos efetuados pela interessada à empresa contratada, anexo no processo, não se verifica aquela condição, impossibilitando a aplicação do benefício e muito menos a invocação do princípio da exceção do contrato não cumprido para justificar as irregularidades na prestação do serviço.

Dessa forma, esta inadimplência é culposa e, por tanto, passível de penalização; sendo legítima a intenção da SEFAZ em aplicar à empresa Castel Construção, Conservação e Serviço Ltda a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar pelo período de 2 (dois) anos. Aplicação esta motivada pelos reiterados descumprimentos contratuais da empresa, que recebeu ofícios solicitando providências quanto à irregular execução do contrato, e que, entretanto, não buscou a normalidade da prestação do serviço; justificando a gravidade da pena.

Resta, tão somente o despacho da Autoridade competente autorizando, fundamentadamente, a rescisão Administrativa. Devendo-se, inclusive, aplicar a multa prescrita na Cláusula Décima da Ordem de Serviço.

Ressalta-se que, mesmo que a Administração houvesse atrasado o pagamento por mais de 90 (noventa) dias, o que justificaria, com este ato, a rescisão do contrato por sua culpa, a Contratada deveria ter pleiteado, administrativamente ou judicialmente, tal rescisão. Assim não fazendo, e preferindo continuar o cumprimento do contrato de forma irregular, a Contratada coloca-se na posição de inadimplente culposos, revertendo-se os papéis.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em 26 de maio de 1994.

MARIA HOSANA MACHADO DE SOUZA
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 0944/94-PGE

ASSUNTO: CONSULTA

INTERESSADO: SEFAZ

DESPACHO:

Aprovo o bem lançado parecer da Dra. Maria Hosana, acolhendo suas judiciais conclusões.

A interessada pela via própria.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
31 de maio de 1994.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 0944/94-PGE

INTERESSADO: SEFAZ

**ASSUNTO: CONSULTA FORMULADA PELO OF. 231/94 - GSEFAZ,
SOBRE APLICAÇÃO DE PENALIDADE, COM BASE
NO ART. 73, III, DO DECRETO-LEI. Nº 2.300/86, À
EMPRESA CASTEL.**

DESPACHO:

APROVO, por suas jurídicas razões e fundamentos legais, o PARECER Nº 97/94-PA/PGE, que, respondendo à consulta em foco, conclui pela viabilidade da aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar, durante o lapso de dois anos, com órgãos da Administração Estadual e dessa decisão, a ser tomada por ato formal do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Economia, com publicidade no Diário Oficial, deverão ser cientificadas a Comissão Estadual de Licitação/

SEAD e outras comissões autônomas de licitação existentes em alguns órgãos da Pública Administração Estadual.

A aplicação, pois, da penalidade à CASTEL Construção, Conservação e Serviço Ltda, sublinha o referido parecer, está motivada pelos reiterados descumprimentos contratuais da empresa, que, advertida, não buscou, entretanto, a normalidade da prestação dos serviços contratados, justificando a gravidade de sua ação.

DEVOLVA-SE o Processo e anexo à SEFAZ, diretamente ao Gabinete do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Economia, Fazenda e Turismo.

Gabinete do Procurador Geral do Estado, em 06 de junho de 1994.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1.742/94-PGE.

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de adquirir equipamentos de informática e prestação de serviço da PRODAM.

INTERESSADO: SEAD

PARECER Nº 291/94-PA/PGE

ADMINISTRATIVO. CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE ADQUIRIR EQUIPAMENTOS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA PRODAM. OPERAÇÃO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO.

A interessada formula a essa especializada consulta sobre a possibilidade de adquirir equipamentos de informática e prestação de serviço da PRODAM - Processamento de Dados do Amazonas S/A, com dispensa do processo licitatório.

A questão é de simples solução, resultante da análise dos artigos da Lei nº 8.666/94 que prevê claramente a hipótese sob exame.

As normas pertinentes a licitação trazem as hipóteses de dispensa do procedimento licitatório, devendo-se ressaltar que a decisão quanto à dispensabilidade cabe à autoridade competente que apreciará a conveniência e oportunidade desta dispensa à Administração Pública, devendo-se velar pela moralidade deste ato administrativo.

O revogado Dec-Lei 2.300/86 previa a dispensabilidade na hipótese vislumbrada pela interessada, condicionando-a à inexistência de empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços. A atual lei de licitações e contratos,

inicialmente, assim também o fez; entretanto, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883/94, esta condição não mais existe.

O novo dispositivo legal aplicável à hipótese assim se apresenta:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

(...)

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;"

Ora, a Lei é clara ao permitir a dispensa da licitação quando a operação for entre pessoas jurídicas de direito público, impondo apenas as seguintes condições:

I) do inciso VIII, que o órgão ou entidade fornecedora ou prestadora do serviço tenha sido criado para esse fim específico, **em data anterior à vigência da Lei nº 8.666/93;**

II) prova da compatibilidade do preço com o do mercado.

A PRODAM - Processamento de Dados do Amazonas S/A, sociedade de economia mista, autorizada pela Lei nº 941 de 10.07.70, vinculada à Secretaria de Estado da Fazenda, é empresa cuja finalidade é a prestação, com exclusividade, a todos os níveis da Administração Estadual, dos serviços de informática (art. 2º do Decreto nº 13.879 de 16.04.91).

Verifica-se então que a hipótese sob análise atende a todas as condições impostas pela lei, permitindo a dispensa da licitação. Afinal, a PRODAM teve sua criação autorizada antes da vigência da

Lei 8.666/93 — 10.07.70; criada para o fim específico de servir à Administração na área da informática, restando tão somente a prova da compatibilidade do preço com o do mercado, o que deve ser verificado no instante da negociação em concreto.

Mesmo essa prova da compatibilidade do preço com o do mercado pode ser considerada inexigível quando se tratar de prestação de serviço, pois esta condição não é exigida pelo inciso XVI, acima transcrito, que também aprecia a hipótese, só que de maneira mais específica — serviços de informática à pessoa jurídica de direito público interno.

Diante do exposto, verifica-se a perfeita possibilidade da SEAD para adquirir equipamentos de informática, aqui devendo promover a prova da compatibilidade do preço com o do mercado, e para contratar a prestação de serviços da PRODAM - Processamento de Dados do Amazonas S/A.

Vale ressaltar que o caso refere-se a dispensa de licitação, figura esta que se caracteriza pela discricionariedade quanto a conveniência e oportunidade da contratação, que prescinde de um despacho da autoridade competente justificando a dispensa, devendo esta decisão ser comunicada, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia do ato. Tudo conforme o prescrito no art. 26 da Lei 8.666/93.

É o parecer. S.M.J.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus, 29 de setembro de 1994.

MARIA HOSANA MACHADO DE SOUZA
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 1.742/94-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de adquirir equipamentos de informática e prestação de serviço da PRODAM.

INTERESSADO: SEAD

DESPACHO:

Aprovo o bem lançado parecer da Dra. Maria Hosana respondendo a consulta formulada pela SEAD.

DEVOLVA-SE o Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 06 de outubro de 1994.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 0733/94-PGE**ASSUNTO: CONSULTA REFERENTE À LEI 8.666/93-LEI DE LICITAÇÕES****INTERESSADO: FCECON****PARECER Nº 077/94-PA/PGE****EMENTA: ADMINISTRATIVO. LEI DE LICITAÇÕES. PARTICIPAÇÃO DE LICITANTE ANTERIOR EM CONVITE COM OBJETO IDÊNTICO OU ASSEMELHADO. DOCUMENTOS EXIGÍVEIS PARA HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES. CONSULTA.**

Por meio do Ofício nº 081/94, a Fundação Centro de Controle de Oncologia-FCECON, representado por sua Diretora Administrativa e Financeira, Dra. Eliane Corrêa Gentil, encaminha à superior apreciação deste órgão as seguintes questões, relacionadas a dispositivos constantes na nova Lei de licitações nº 8.666, de 21.06.1994:

1. Como devemos proceder quando o licitante que já participou de 01 (uma) licitação, se convidar através de Carta para fazer parte de outra licitação no mesmo mês ?
2. Onde a Lei de Licitações ampara o licitante para que o mesmo participe ou seja recusado pela Licitadora a pretensão do mesmo, quando o referido se convidar ?
3. Para que o Licitante participe de licitações, esta Instituição exige os seguintes documentos: Quitação de FGTS, INSS, Receita Federal e Estadual e Taxa de Expediente. Caso não seja cumprido, considera-

mos a Carta-Convite do Licitante desclassificada, é correto ?

As questões trazidas à lume pela interessada não são de difícil solução, razão pela qual procurarei equacioná-las de modo sucinto e objetivo, a fim de não deixar quaisquer margens de dúvidas em relação ao tema abordado, e atingido, dessa forma, o fim almejado pela interessada, qual seja, a devida orientação jurídica por parte desta Procuradoria Administrativa.

As duas principais questões abordadas dizem respeito, a meu ver, ao mesmo objeto - participação de licitante anterior em novo certame licitatório através de auto-convite. Em vista disso, responderei a ambas dentro de um mesmo contexto. Senão, vejamos:

O procedimento licitatório, conforme nos ensinam os doutrinadores foi o meio encontrado pela Administração Pública destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a execução de objeto de seu interesse, sempre que para isto houver necessidade de contratação de terceiros, estranhos ao Serviço Público.

Para permitir que tais contratações obedeçam à lisura que é devida sempre quando estiver em jogo a coisa pública, é que criou-se o sistema de licitações, o qual obedece a uma série de princípios objetivos que o orientam e o informam - legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade e publicidade. Todos esses princípios resumem-se num só, que é o princípio constitucional da isonomia, o qual garante que, dentro de um procedimento licitatório regular, todos os participantes sejam tratados de igual maneira, sem privilégios nem distinções, a não ser aqueles delineados pela Lei nº 8666/93.

Estabelece o art. 22, parágrafo 3º da citada lei a seguinte definição:

"Parágrafo 3º - Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas."

O mesmo art. 22, em seu parágrafo 6º, modificado após a

sucessiva reedição de inúmeras medidas provisórias, dispõe que:

“Parágrafo 6º - Na hipótese do parágrafo 3º deste artigo, existindo na praça mais de três possíveis interessadas, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, deverão ser convidados pelo menos dois licitantes que não participaram da licitação imediatamente anterior, caso esta tenha sido anulada ou revogada”.

Da análise dos dois dispositivos acima, podemos tirar as seguintes conclusões:

À Administração Pública, na qualidade de Licitadora, é expressamente vedado repetir o convite a licitante que participou de certame anterior com objeto idêntico ou assemelhado, sempre que houver na praça mais de três possíveis interessados. Deseja, com isso, o dispositivo supra, evitar o direcionamento da Administração quanto à escolha de seus virtuais contratados, fato esse que comprometeria, por si só, a probidade exigível no procedimento licitatório.

Porém, tal vedação não atinge o particular que deseje participar do novo certame, mesmo já tendo participado do anterior.

Assim, pode o mesmo convidar-se espontaneamente e apresentar suas propostas, já que o dispositivo é rígido e claro somente quanto à proibição da Administração de repetição do convite.

Além disso, temos o § 3º do art. 22, que garante a participação de quaisquer particulares na licitação desde que devidamente **cadastrados** e que manifestem seu interesse com antecedência mínima de 24 horas de apresentação das propostas. Por força de tal dispositivo a Administração fica obrigada a estender o Convite, que é dirigido sempre somente a 3(três) interessados, **cadastrados ou não**, a todos os outros já cadastrados anteriormente.

Dessa forma, a única hipótese da Licitadora recusar a proposta da licitante anterior que se auto-convida para participar de novo certame [é se o mesmo não estiver já cadastrado, na forma dos arts. 34 a 37 da Lei 8.666/93].

Concluindo: É vedado à Administração repetir Convite a licitante anterior dentro das hipóteses do art. 22, parágrafo 6º da Lei 8.666/93. Este, no entanto pode auto-convidar-se. Sua participação é garantida pelo disposto no parágrafo 3º do art. 22, em caso de estar anteriormente cadastrado. Em não estando, pode a Licitadora recusar sua pretensão.

Passemos agora a última questão levantada pela interessada, que diz respeito à desclassificação de licitante que não apresente os documentos referentes à sua regularidade junto à Receita Federal, Estadual, Seguridade Social, bem como a taxa de Expediente relativa ao fornecimento do Edital.

Os art. 27 a 33 da Lei 8.666/93 enumeram os documentos exigíveis dos interessados na fase de habilitação ao procedimento licitatório. Tais documentos, no caso do Convite, poderão ser dispensados pela autoridade licitadora, segundo consta do parágrafo 1º do art. 32. Em não o sendo, porém, a medida a ser tomada é a **inabilitação** do licitante a de participar da fase subsequente - de apresentação das propostas.

Dessa forma, não é correto o procedimento da interessada uma vez que, caracterizada a inabilitação do licitante, não ocorrerá a desclassificação da Carta-Convite do mesmo, em virtude desta não poder nem ser aberta pela licitadora. A classificação das propostas ocorre na 2ª fase da licitação, da qual só participam os habilitados durante a 1ª fase. Logo, o procedimento a ser adotado pela interessada, em se verificando a não-apresentação dos documentos necessários, é a imediata inabilitação do participante de continuar no certame, e não a desclassificação de sua proposta, já que esta não chegará nem mesmo a ser aberta pela comissão.

Em assim sendo, respondo à consulta da interessada e submeto o parecer à consideração do Procurador-chefe.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus, 11 de maio de 1994.

RONALD CARPINTEIRO PÉRES
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 0733/94-PGE
ASSUNTO: CONSULTA
INTERESSADA: FCECON

DESPACHO:

Aprovo o bem lançado parecer do Dr. Ronald Péres, acolhendo suas judiciais conclusões.

À interessada pela via própria.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus,
31 de maio de 1994.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador - Chefe

PROCESSO Nº 0733/94-PGE

**INTERESSADO: FUNDAÇÃO CENTRO DE CONTROLE DE
ONCOLOGIA - FCECON.**

**ASSUNTO: CONSULTA ACERCA DE QUESTÕES DE LICITAÇÃO
PREVISTAS NA LEI FEDERAL Nº 8.666/93.**

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o PARECER Nº 077/94, da Procuradoria Administrativa/PGE, que responde minudentemente à consulta formulada pela Diretora Administrativa e Financeira da Fundação CECON, através do Ofício nº 081/94 - FCECON, a respeito de questões de licitação.

DEVOLVA-SE o Processo à Fundação do Centro de Controle de Oncologia - FCECON.

Gabinete do Procurador-Geral do Estado, em Manaus, 07 de junho de 1994.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1.461/94-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre pagamento de Correção Monetária.

INTERESSADO: FUNTEC

Parecer nº 270/94-PA/PGE

ADMINISTRATIVO. CONSULTA. PAGAMENTO EM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

— Pagamento não efetuado no dia pactuado.

- Inadimplência da Administração.

- Cabe incidência da correção monetária desde a data de início do inadimplemento até a do efetivo pagamento.

A FUNDAÇÃO TELEVISÃO E RÁDIO CULTURA DO AMAZONAS, formula a esta Especializada consulta sobre a possibilidade de pagamento de correção monetária conforme pleito da firma particular envolvida.

Constituem os autos os seguintes documentos: demonstrativo do cálculo de correção monetária executado pela empresa interessada; Nota de Empenho nº 00307, de 02.12.93; Nota Fiscal nº 002746 emitida em 09.12.93 nº pela firma **FRIOTERM-AR CONDICIONADO - AR CONDICIONADO E INSTALAÇÕES LTDA.** outros documentos informativos.

O assunto versa sobre a compra de mercadoria e execução de serviços resultante de licitação na modalidade CONVITE.

O particular licitante recebeu a carta convite datada de 16 de novembro de 1993, na qual constava tão somente a discriminação dos serviços pleiteados, com prazo de entrega imediato, pagamento em 30 (trinta) dias contra empenho e critério para julgamento

da proposta.

A compra foi efetivada, como já dito, através de licitação na modalidade de carta convite, de forma descomprometida com os procedimentos legais.

O pagamento aos fornecedores efetuou-se em 23.06.94 conforme informação da empresa interessada, em demonstrativo juntado aos autos às fls. 04, sem qualquer tipo de contestação desta data por parte da FUNTEC. A Fundação não apresentou, prova deste pagamento.

É o relatório.

A discussão quanto ao dever da Administração, em atraso no pagamento do principal, de promover a correção monetária desse valor, está definitivamente esgotada com o advento da Lei nº 8.666/93.

Este Estatuto das Licitações e dos Contratos, em diversas oportunidades faz referência a necessidade da correção monetária, estipulando os momentos em que ela deve ser aplicada, seu dia "a quo", seus critérios de utilização.

O art. 5º e seus parágrafos, da lei acima citada, determina que todos os valores, preços e custos utilizados na licitação terão seus quantitativos corrigidos por critérios previstos no ato convocatório e **que lhes preservem o valor**, concluindo que o pagamento da correção deve ser feito junto com o principal.

Ora, não há como a Administração Pública negar a existência da inflação monetária a devorar o poder aquisitivo de nossa moeda — atualmente, com o advento do real, quase que estagnada, mas preexistente a tempos em nossa economia de mercado.

Quando a Lei 8.666/93 determinou a incidência da correção monetária sobre os créditos utilizados nas licitações, tornou evidente uma atitude há muito necessária, já aplicada com base legal em decretos advindos das competentes entidades públicas. No nosso Estado, é o Decreto nº 15.590 de 20 de agosto de 1993 que regulamentou os critérios de reajuste e de atualização financeira para as licitações e contratos administrativos.

Este referido decreto determina, em seu parágrafo quarto, do art. 1º, a forma de efetivação dos pagamentos:

"Art. 1º-

Parágrafo Primeiro -

Parágrafo Quarto: Os pagamentos serão efetuados até trinta (30) dias após a apresentação da fatura referente a cada período

de aferição, observando-se a estrita ordem cronológica das datas de sua exigibilidade, mediante apresentação de dois tipos de fatura: uma normal, correspondente aos preços iniciais e outro, suplementar, relativa ao valor do reajustamento devido."

Já o art. 40 da Lei nº 8.666/93, em seu inciso XI, determina que o edital deve conter os critérios de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento. O art. 55, III, também se refere a critérios de atualização monetária, determinando que estes devem constituir cláusulas do contrato.

O caso em análise não traz em seu meio nem edital, nem contrato de compra de materiais. A inexistência destes instrumentos não configura, por si só, irregularidade, já que a própria Lei faculta a utilização daqueles quando na execução de licitação na modalidade de carta convite (art. 62, "in fine").

A licitação que deu origem a este processo efetivou-se através da carta convite nº 06, emitidas em 16 de novembro de 1993, anexa aos autos às fls. 06 e 27. Em seu bojo traz tão somente discriminação dos serviços, inexistindo o aparelho de ar, nem o ajuste quanto a incidência da correção monetária; mesmo por que o acordado foi de que o pagamento ocorreria em até 30 (trinta) após o empenho (fl. 08).

Concordo com o Diretor Jurídico da FUNTEC, quando diz que: "Estas irregularidades, contudo, não eximem esta Fundação do dever de efetuar o pagamento pretendido....". De forma alguma a inexistência dos critérios para correção monetária irá impedir a aplicação desta ao caso em análise. Vejamos a orientação oferecida pelo Boletim de Licitações e Contratos, editado pela Ed. NDJ, do ano de 1993, ao responder a questões práticas à pág. 359:

"A Correção Monetária por atraso no pagamento, antes não prevista no Dec-Lei nº 2.300/86, foi agora inserida na nova lei para assegurar ao contratado a manutenção do poder aquisitivo da moeda, na hipótese de eventuais atrasos, e possibilitar o seu recebimento automático, o que antes só era possível através de interpretação judicial.

Assim sendo, poderá a Administração utilizar a TR, bem como qualquer outro referencial utilizado no mercado financeiro, e

desde de que sua aplicação não seja vedada por lei, para corrigir o valor devido em ocasiões em que ocorra atraso no adimplemento."

O Mestre e Doutor Toshio Mukai, em trabalho publicado naquele mesmo boletim à pág. 409, disserta sobre a obrigatoriedade dos reajuste e da correção monetária desde a aferição até o efetivo pagamento, em face da Lei nº 8.666/93. O que nos serve de perfeita orientação para este caso.

Este trabalho jurídico explicita a forma como a correção monetária deve ser aferida. Levanta questionamento sobre o que vem a ser data de pagamento ou data de conclusão do objeto da contratação, citada pelo art. 40, XI. Em resposta, remete-nos ao parágrafo 3º do mesmo artigo, que assim esclarece:

"Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação de serviço, a realização de obra, a entrega do bem ou de parcela deste, **bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão do documento de cobrança.**" (grifo nosso)

Neste caso, a data de adimplemento é 02.01.94, já que o pagamento deveria ter sido efetivado em até 30 (trinta) dias após emissão da Nota de Empenho. Desde aquela data, poderia ter sido emitido o documento de cobrança, estando, desde então, a Administração em atraso.

É após esta data 02.01.94 e não de dezembro/93, como quer o particular, que deve haver a aferição referida pela alínea "a", do inciso XIV do art. 40, sendo que, desde aí, segundo a alínea "c" do inciso referido, caberá correção monetária até a data do efetivo pagamento.

Estando claro, após esta explanação, a obrigatoriedade da aplicação da correção monetária sobre os valores em atraso a serem pagos pela Administração, ressaltamos também que o pagamento desta correção deveria ter sido efetivado junto com o principal, ocorrendo através da mesma dotação orçamentária que atendeu o débito principal. Tudo conforme determinação legal do parágrafo 2º do art. 5º da Lei nº 8.666/93. Como assim não ocorreu, este pagamento deverá acontecer em separado, o mais rápido possível.

Tendo em vista que o trabalho desta Procuradoria consiste basicamente na análise de processos administrativos sob o ponto de vista eminentemente jurídico, deve a interessada efetuar as opera-

ções contábeis para se aferir o quantum correspondente a correção monetária aqui tratada, considerando a data acima determinada.

Desta forma está clara a resposta à consulta solicitada, devendo a interessada tomar as providências necessárias para efetivar o pagamento da correção monetária do valor pago em 23.06.94, que devera estar corrigido até 30.06.94, já que, com o advento do real, foram suspensas qualquer forma de reajuste, sem prejuízo à apuração das responsabilidades administrativas.

É o parecer.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em
Manaus, 12 de setembro de 1994.

MARIA BEATRIZ DE JESUS BINTO MARTINS
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 1.461/94-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre pagamento de Correção Monetária.

INTERESSADO: FUNTEC

DESBACHO:

Aprovo o parecer da Dra. Maria Beatriz Martins respondendo à consulta formulada.

À interessada pela via própria.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em
Manaus, 22 setembro de 1994.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1461/94-PGE

INTERESSADO: FUNDAÇÃO TELEVISÃO e RÁDIO CULTURA DO AMAZONAS - FUNTEC e FRIOTERM AR CONDI-
CIONADO E INSTALAÇÕES LTDA.

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE PAGA-
MENTO DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

D E S P A C H O :

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o PARECER Nº 270/94, da Procuradoria Administrativa/PGE, que bem analisou a consulta formulada pela FUNTEC, com referência ao Processo em epigrafe e, com respaldo no § 2º do art. 5º da lei nº 8.666/93 concluiu que, verificada a inadimplência da Administração quanto à data ajustada para o pagamento, cabe, na espécie, a incidência da correção monetária a partir do inadimplemento até 30 de junho de 1994, data que antecedeu a entrada em vigor do Real.

DEVOLVA-SE o Processo à **FUNDAÇÃO TELEVISÃO E RÁDIO CULTURA DO AMAZONAS - FUNTEC.**

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 29 de setembro de 1994.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº: 1159/94-PGE

ASSUNTO: *Consulta sobre a competência para julgar as contas do TCM.*

INTERESSADA: TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS.

Parecer nº: 138/94-PA/PGE

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DA SECRETARIA GERAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. CONSULTA.

A Constituição do Estado do Amazonas promulgada no dia 05/10/89 não recepcionou as disposições do inciso XVI, do art. 7º, da Lei nº 1829 de 30/12/87, que conferia competência ao Tribunal de Contas dos Municípios para julgar as contas de sua própria Secretaria Geral.

Detectada a incompatibilidade vertical superveniente do inciso XVI, do art. 7º, da Lei nº 1829 de 30/12/87, com o disposto o art. 40 da CE, tem-se como consumada sua revogação, por força do princípio da hierarquia das leis, como reconhecido pelo Tribunal Pleno do STF, no julgamento da ADIN Nº 74-8-RN, publicada no DJ de 25.09.92.

O Tribunal de Contas dos Municípios é órgão público estadual, razão pela qual se encontrará jungido ao Controle Externo exercido pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, ex vi do disposto no incisos II e IV, do art. 40 da Carta Estadual.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIOS, através de seu ilustre **Presidente**, Conselheiro **Elson Farias**, formula consulta a esta PGE, sobre a competência da Instituição que deve julgar as contas da Secretaria Geral daquele Tribunal, face à legislação que rege a espécie.

Muito embora a consulta tenha sido apresentada de maneira direta, objetiva e sucinta, sua resposta demandou um profundo exame das leis estaduais que regem a matéria, e do vigente ordenamento constitucional.

Cumprе ressaltar que a questão encerrada na consulta tem a ver não só com o órgão consulente, mas também com o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, especialmente, por força da decisão proferida no Processo nº 2.793/93, publicada no D.O.E de 05/01/94, em que se ratificou a competência constitucional do TCE para julgar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, dos contratos, ajustes, acordos e convênios em que o TCM for parte, e os de concessão inicial de aposentadoria de seus Conselheiros, Procuradores, Auditores e demais servidores.

Ao que se pode verificar, versa a consulta sobre conflito de competência que o TCM pretende seja resolvido pela PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, no exercício de sua competência de órgão superior do Sistema de Apoio Jurídico Estadual (art. 2º, inciso II, da Lei nº 1639, de 30/12/83 - Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado).

É o relatório.

A questão posta é saber se compete ao TCM examinar e julgar as contas de sua própria Secretaria Geral, com prevalência do disposto no inciso XVI, do art. 7º, da Lei nº 1.829 de 30/12/87, que possui a seguinte redação:

"Art. 7º. Compete ao Tribunal:

.....
XVI - Julgar as Contas da Secretaria Geral;

....."

O dispositivo supra que atribuiu competência ao TCM para julgar as contas de sua própria Secretaria Geral foi editado sob a égide da Constituição Estadual de 1967, que dispunha no § 1º, de seu art. 115:

"§ 1º - O controle externo da Assembléia Legislativa será exercido com o auxílio do

Tribunal de Contas do Estado e compreenderá a apreciação das contas do Governador, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos". (Destaquei).

Deve-se salientar que o dispositivo é claro ao afirmar que os responsáveis por bens e valores públicos deveriam prestar contas ao TCE, em vista do que não se poderia ter excluído o Tribunal de Contas dos Municípios, da sua incidência normativa.

Entendo, pois, que o disposto no inciso XVI, do art. 7º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios já nasceu eivado de inconstitucionalidade flagrante, por contrariar expressa disposição da Constituição do Estado de 1967, pelo que deveria ter sido, de pronto, arguida sua inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, não devendo jamais ter sido cumprido, conforme pacífico e remansoso entendimento jurisprudencial como se pode ver na RTJ 3/758, 52/386, 32/143, 43/359, 48/14, dentre outras.

Entretanto, somente em 1990, sob o comando da Constituição Estadual promulgada a 05/10/89, foi feita representação ao PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA para propor ação direta de inconstitucionalidade do inciso XVI, do art. 7º, da Lei nº 1.829 de 30/12/87, conforme se depreende da Decisão proferida no Processo nº 2.793/93, publicada no D.O.E de 05/01/94.

A vigente Constituição Estadual, dispondo no mesmo sentido e com mais veemência do que a Carta de 67, determinou em seu art. 40.

"Art. 40. O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

.....
II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário

público;

.....
IV - realizar, por iniciativa própria ou da Assembléia Legislativa e de comissões técnicas ou de inquérito, inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, do Ministério Público e demais entidades referidas no inciso II".

Reafirma-se, pois, já na égide da Carta Estadual de 1989, cristalina a competência do Tribunal de Contas do Estado para julgar as contas da Secretaria do Tribunal de Contas dos Municípios, que por força do disposto no art. 4º. da lei que o criou, é órgão estadual, não havendo como negar a submissão de suas contas ao TCE.

Assim, constata-se que a Constituição do Estado do Amazonas promulgada no dia 05/10/89 não recepcionou o disposto no inciso XVI, do art. 7º, da Lei nº 1829 de 30/12/87, que conferia competência ao próprio Tribunal de Contas dos Municípios para julgar as contas de sua Secretaria Geral.

Assevere-se, ainda, a circunstância de que uma vez detectada a incompatibilidade vertical superveniente do inciso XVI, do art. 7º, da Lei nº 1829 de 30/12/87, com o disposto o art. 40 da CE, tem-se como operada sua revogação, por força do princípio da hierarquia das leis, como reconhecido pelo Tribunal Pleno do STF, no julgamento da ADIN Nº 74-8-RN, publicada no DJ de 25.09.92, fato esse que pela sua origem e clareza, dispensa maiores indagações ou esforços exegéticos.

À luz de todo o exposto e tendo em vista encontrar-se revogado pela nova ordem constitucional do Estado o preceito inserto no art. 7º, da Lei nº 1.829/87, entendo que, sendo o TCM um órgão público estadual, as contas de sua própria Secretaria Geral devem ser examinadas e julgadas pelo Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, *ex vi* do disposto nos incisos II e IV, do art. 40 da Carta Estadual.

É o parecer. **Sub censura.**

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PGE, em Manaus,
03 de julho de 1994.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador Chefe da PA/PGE

PROCESSO Nº 1159/94-PGE**INTERESSADO: TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS****ASSUNTO: Consulta sobre a competência para julgar as contas do TCM.****D E S P A C H O:**

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o bem lançado **PARECER Nº 138/94-PA/PGE**, a fls. , emitido pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, **Dr. Jorge Pinho**, o qual analisou detidamente a questão contida na consulta objeto deste Processo, concluindo que as disposições do inciso XVI do artigo 7º da Lei nº 1829/87 não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Carta Estadual de 89.

Em razão disso, tenho se operado, nessa parte, incompatibilidade vertical superveniente entre o referido preceito da citada Lei e as disposições dos incisos II e IV do artigo 40 da Constituição do Estado, tem-se como consumada, pura e simplesmente, a revogação do dito dispositivo infraconstitucional (Inciso XVI, do art. 7º da lei nº 1829/87), em observância ao princípio pelo Plenário da Suprema Corte de Justiça do País (ADIN Nº 74-8-RN).

Efetivamente, à luz da vigente Carta Estadual, em sendo o **Tribunal de Contas dos Municípios** um órgão público do Estado, encontra-se jungido ao controle externo do **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO**, cabendo, pois, a essa Corte apreciar e julgar as contas da Secretaria Geral do TCM.

ENCAMINHE-SE este processo à ilustre Presidência do **TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS**.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, 05 de julho de 1994.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 0710/94-PGE

ASSUNTO: CONSULTA SOLICITANDO ORIENTAÇÃO PARA COIBIR A ATUAÇÃO ILEGAL DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA MEDICINA NOS MUNICÍPIOS DE PAUINI, EIRUNEPÉ, MARAÃ, COARI E ITAPIRANGA

INTERESSADA: SESAU

PARECER Nº 064/94-PA/PGE

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO ILEGAL DE MÉDICOS ESTRANGEIROS EM MUNICÍPIOS DO INTERIOR. AÇÃO FISCALIZADORA DE COMPETÊNCIA DA SECRETARIA DE SAÚDE. DENÚNCIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ÚLTIMA INSTÂNCIA. CONSULTA.

Uma vez inviabilizada a ação preventiva a desmandos e abusos por parte dos setores administrativos competentes, impõe-se a atuação efetiva do Ministério Público, como órgão constitucional de defesa dos interesses da coletividade.

Através do Ofício nº 1241/94-GSESAU, de 08 de abril do corrente ano, a Secretaria de Saúde do Estado do Amazonas-SESAU, na pessoa de seu titular, Exmo. Sr. Dr. Abelardo Pampolha encaminha à apreciação desta Procuradoria a presente consulta, relativa à denúncia feita à interessada no Of. nº 087/94 do Conselho Regional de Medicina-CREMAM, incluso aos autos, no qual este órgão pede à SESAU providências no sentido de coibir a atuação ilegal de médicos estrangeiros nos municípios de Pauini, Eirunepé, Maraã, Coari e Itapiranga, no interior deste Estado.

Por intermédio do citado Of. 087/94, o CREMAM enumera os nomes dos referidos médicos e os respectivos municípios em que

atuam, informando ainda que alguns foram contratados pela Prefeitura dos municípios sem terem seu diploma profissional revalidado no Brasil, e nem efetivado a respectiva inscrição junto aos quadros do referido Conselho Regional de Medicina, para atuação no Estado do Amazonas. Outros, por seu turno, encontram-se no país com visto de entrada de turista ou até mesmo sem nenhuma autorização legal, havendo um deles, inclusive, que vem atuando no município de Itapiranga, utilizando-se do registro profissional pertencente a uma médica registrada no Conselho Regional de Medicina no Estado do Rio de Janeiro.

Relatei.

Da exposição sucinta dos fatos, recorro à legislação referente à matéria para extrair as seguintes conclusões:

A Lei 1691, de 12 de julho de 1985, que dispõe sobre o sistema de saúde no Estado do Amazonas, estabelece em seu art. 5º, inciso XIII, que incumbe ao Estado, no exercício de suas funções constitucionais legais relacionadas com a saúde, "fiscalizar todos os estabelecimentos e unidades sediados em sua área geográfica, onde se desenvolvam quaisquer atividades ligadas à saúde, fazendo cumprir a legislação federal, esta lei e demais normas supletivas".

O Estado do Amazonas, por sua vez, possui na Secretaria Estadual de Saúde-SESAU, o seu órgão direto de atuação na área, com ingerência em todo o território estadual. Vejamos o que diz a referida Lei 1691 sobre a atuação da SESAU no âmbito da fiscalização das condições de exercício profissional dos agentes de saúde:

"Art. 201 - As autoridades sanitárias do órgão de fiscalização da Secretaria de Saúde exercerão vigilância sobre as condições de exercício de profissões e ocupações, técnicas e auxiliares, relacionadas diretamente com a saúde."

"Art. 202 - Para o cumprimento no disposto no artigo anterior as autoridades sanitárias verificarão, nas suas visitas e inspeções, os seguintes aspectos:

I - Capacidade legal do agente, através do exame dos documentos de habilitação inerentes ao âmbito profissional ou ocupacional, compreendendo formalidades intrínsecas e extrínsecas do diploma ou certificado respectivo, tais como: registro,

expedição do ato habilitador pelos estabelecimentos de ensino que funcionem oficialmente de acordo com as normas legais e regulamentos vigentes no país, e inscrição dos seus titulares, quando for o caso, nos Conselhos Regionais pertinentes, ou em outros órgãos competentes, previstos na legislação federal básica de ensino."

Do exposto, infere-se que à referida Secretaria, interessada neste processo, incumbe o dever de exercer o poder de polícia no tocante ao controle da capacidade legal dos médicos atuantes no Estado, controle esse de caráter preventivo e, se necessário, até mesmo repressivo através da imposição de multa aos infratores. No caso em questão, caberia, pois ao setor competente da SESAU, consoante dispõe o art. 220, inciso II da citada Lei 1691/85, advertir e multar, se for o caso, os referidos médicos que se encontram atuando no interior do Estado de maneira ilegal, a fim de que os mesmos providenciem junto aos órgãos competentes, especialmente junto ao CREMAM, a necessária regularização de sua situação.

Se, no entanto, tais medidas mostrarem-se inócuas, urge que se tomem providências mais contundentes em relação ao assunto, através da denúncia do caso ao Ministério Público. Este, como se sabe, tem a função, estabelecida pelo art. 127 da Constituição Federal, de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No seguinte art. 129, inciso I, a mesma Carta Magna dispõe que é função constitucional do Ministério Público, entre outras, "promover, efetivamente, a Ação Penal Pública, na forma da Lei."

Ora, da exposição sucinta dos fatos relacionados ao caso em questão, não é difícil deduzir-se que o problema, independentemente das penalidades administrativas impostas pela SESAU, é passível de cair no âmbito da esfera penal, uma vez que os mencionados médicos poderão ser enquadrados no art. 282 do Código Penal, por exercício ilegal da medicina e, no caso específico do médico portador de certidão profissional de outrem, o MP poderá denunciá-lo por crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 da lei substantiva penal. Em tempo, é desnecessário dizer-se que, os mesmos médicos, por serem estrangeiros, estão sujeitos ao regime da Lei nº 6815, de 19.08.1980 - Estatuto dos Estrangeiros, a qual prevê, em casos de cometimento de crimes, salvo engano, a saída do estrangeiro do país, através de expulsão, extradição ou deportação, conforme o caso.

Isto posto recomendamos a solução do caso através da via administrativa, por intermédio do setor de fiscalização da SESAU. Em não sendo, no entanto, possível, oriento à interessada, para que, proceda junto ao Ministério Público a fim de que este se ocupe do caso e apure, entre outras coisas, a responsabilidade das Prefeituras que contrataram irregularmente os referidos médicos.

É o parecer, **sub censura**.

À consideração do Procurador-Chefe.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus, 10 de maio de 1994

RONALD DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 0710/94-PGE

ASSUNTO: CONSULTA

INTERESSADA: SESAU

DESPACHO:

Aprovo o bem lançado parecer do Dr. Ronald Péres, acolhendo suas judiciais conclusões.

À interessada pela via própria.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus, 31 de maio de 1994.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 0710/94-PGE**INTERESSADOS:** SESAU e CREMAN**ASSUNTO:** CONSULTA REFERENTE À ORIENTAÇÃO PARA COIBIR ATUAÇÃO ILEGAL DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA MEDICINA NOS MUNICÍPIOS DO INTERIOR DO ESTADO.**DESPACHO:**

aprovo, por seus jurídicos fundamentos, o bem lançado PARECER Nº 064/94, da Procuradoria Administrativa/PGE, que, estudando a consulta da Secretaria Estadual da Saúde, formalizada no Ofício nº 1241/94-GSESAU, ofereceu resposta muito elucidativa, assentando a responsabilidade da SESAU, que lhe é atribuída pela Lei Estadual nº 1691, de 12.07.85, na ação de fiscalização da condições de exercício profissional dos agentes de saúde, em todo o território estadual e, em última instância, poderá recorrer ao Ministério Público Estadual para promover a ação penal pública contra os que estiverem exercendo ilegalmente a medicina e demais atividades de saúde.

Ante a clareza do referido pronunciamento jurídico, DEVOLVA-SE O Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE - SESAU.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Mauá, 07 de junho de 1994.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 235/94-PGE.

Assunto: *Consulta sobre § 6º, do art. 22, da Lei nº 8.666/93.*

Interessada: Presidente da CEL DA SEJUSC.

Parcer nº: 061/94-PA/PGE

Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONVITE. § 6º. DO ART. 22, DA LEI Nº. 8.666/93. PARTICIPAÇÃO DE LICITANTE ANTERIOR EM CONVITE COM OBJETO IDÊNTICO OU ASSEMELHADO. CONSULTA.

A regra do parágrafo 6º., deve ser interpretada em conjunto com a do §3º., do art. 22, da Lei nº. 8.666/93, em vista do que o convite sempre será estendido aos demais cadastrados, dentre os quais certamente poderá estar o licitante que participou da licitação anterior.

Senhor Procurador Geral,

A interessada formula diretamente a minha pessoa consulta sobre orientação verbal que lhe expedi quando de sua vinda a esta PGE.

Antes de ingressar no mérito da questão é imperioso salientar que as consultas são formuladas à PROCURADORIA GERAL DO ESTADO e não diretamente aos procuradores individualmente, uma vez que as opiniões externadas pelos procuradores, uma vez aprovadas pelos superiores hierárquicos transformam-se

em pronunciamentos da Instituição.

Ademais, cumpre salientar ainda que as consultas para serem respondidas pela PGE devem vir acompanhadas de pronunciamento da assessoria jurídica do órgão a respeito da matéria, para que se dê cumprimento ao parágrafo único do art. 16, da Lei Orgânica da PGE.

Em que pese o fato de que as considerações acima já bastassem por si só para negativa da resposta à consulta formulada, examinarei a matéria por questão de economia processual, e, para que não se queira infligir à PGE a pecha de deixar em branco questões suscitadas pelos órgãos da Administração.

Não posso deixar, entretanto, de recomendar a interessada que, em situações futuras, formule suas consultas primeiro ao setor jurídico de seu órgão de origem, para em seguida solicitar ao **Ilustre Secretário de Estado** que se digne remeter a consulta à PGE, devidamente instruída.

A matéria trazida a exame é relativamente simples e como acusa o ofício da interessada, já foi verbalmente respondida por mim. Trata-se de saber se, na hipótese de convite, os licitantes que já participaram de uma licitação poderão comparecer a uma licitação seguinte mesmo não tendo sido convidados para esse fim.

A proibição de repetição do convite é expressa no parágrafo 6º, do art. 22, da Lei nº. 8.666/93, que após a sucessiva reedição de inúmeras medidas provisórias, tem a seguinte redação:

"Art. 22.

§ 6º. Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, deverão ser convidados pelo menos dois licitantes que não participaram da licitação imediatamente anterior, caso esta tenha sido anulada ou revogada".

A regra constante do dispositivo supra visa a impedir que a Administração perenize o fornecimento entre um grupo seletivo de particulares, nas licitações na modalidade "convite" que vier a realizar.

A intenção do legislador ao editar a Nova Lei de Licitação foi a de ampliar o máximo possível o universo de licitantes evitando o direcionamento dos certames. Pretende-se com o dispositivo supra que, em existindo um razoável número de particulares que

possam contratar com a Administração, numa determinada localidade, sejam nos certames futuros de objeto idêntico ou assemelhado convidados novos licitantes.

Essa regra, entretanto, não impede que os licitantes que tenham participado da licitação anterior compareçam espontaneamente e apresentem suas propostas, uma vez que a proibição é de que a Administração convide e não de que o particular participe...

Ademais, participação do licitante é garantida pela regra do § 3º, do art. 22, que impõe à Administração o dever de estender o convite aos demais cadastrados que manifestem seu interesse com antecedência de 24 horas.

Entender que o licitante anterior não possa participar de nova licitação é negar vigência ao disposto no referido §3º, do art. 22, limitando-se inclusive o número de participantes, o que virá de encontro com o princípio da licitação.

Entendo, pois, que nas licitações a competição deve ser a mais ampla possível, não havendo razão que justifique a exclusão de um licitante que tenha sido convidado para participar de uma licitação anterior.

Ressalte-se que o licitante anterior que poderá participar deverá ser cadastrado, por força do que dispõe o dito § 3º, do art. 22. Deverá ele estar cadastrado para fazer jus ao direito de participar.

Veja-se que o convite é uma modalidade de licitação em que o licitante pode ser convidado sem estar necessariamente cadastrado. E assim, é em função da simplicidade que ele se reveste. Admite-se que a Administração reconheça em alguns particulares capacidade técnica e idoneidade que dispensem a necessidade do cadastramento. Entretanto, a ampliação do certame é somente para todos os cadastrados, ao fito de que se dê um mínimo de garantia à Administração que não poderá atestar a idoneidade de licitantes que não conhece.

Em conclusão, respondendo à consulta formulada, entendo que a regra do parágrafo 6º, deva ser interpretada em conjunto com a do § 3º, do art. 22, da Lei nº. 8.666/93, em vista do que o convite sempre será estendido aos demais cadastrados, dentre os quais certamente poderá estar o licitante que participou da licitação anterior. Não poderá o licitante anterior ser convidado pela Administração, mas nada o impedirá de comparecer espontaneamente. O que existe de fato é a obrigação da Administração sempre vir a convidar novos particulares para participar dos convites que vier a realizar, evitando-se que os certames sempre se realizem entre os "mesmos" particulares.

É o parecer. Sub censura.

À superior consideração do ilustre Procurador Geral do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus,
09 de maio de 1994.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador Chefe da PA/PGE

PROCESSO Nº 235/94-PGE

INTERESSADA: PRESIDENTE DA CEL DA SEJUSC

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE § 6º DO ART. 22, DA LEI Nº 8.666/
93.

D E S P A C H O :

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o PARECER Nº 061/94, da Procuradoria Administrativa que, à luz da regra do § 6º, em conjunto com a do § 3º, do art. 23, da Lei nº 8.666/93, conclui que o convite sempre será estendido aos demais cadastrados, dentre os quais certamente poderá estar o licitante que participou da licitação anterior.

DEVOLVA-SE, pois, o presente Processo à SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA, SEGURANÇA PÚBLICA E CIDADANIA.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 10 de maio de 1994.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 01320/93-PGE (3391/93-8-SPT/SEAD)
INTERESSADO: FRANCISCO ALVES DOS SANTOS
ASSUNTO: ANULAÇÃO DE ATO DE RELOTAÇÃO**

PARECER Nº 009/94-PPE/PGE

“É obrigação, e não faculdade, do administrador público rever, a qualquer tempo, seus atos quando eivados de nulidade. Submisão ao princípio da legalidade contido no art. 37 da Constituição Federal.

SENHOR PROCURADOR-CHEFE:

Em requerimento datado de 21 de julho de 1993, endereçado à Secretária de Estado da Administração, pretendeu o Interessado ver decretada a anulação do Decreto de 23 de janeiro de 1978 que o relotou da Secretaria da Fazenda na de Educação e Cultura.

Alega, a seu prol, que a relotação representou ato unilateral da Administração, “praticado de maneira arbitrária, sem consentimento ou prévio requerimento do Servidor”, ferindo, ademais, regra expressa da Lei nº 1221/76, que vedava tal movimentação de algumas categorias de funcionários, dentre os quais os fazendários.

O órgão de Pessoal da Secretaria da Economia, Fazenda e Turismo pronunciou-se contrário ao pedido, acenando com a prescrição das vias impugnativas, com arrimo em opinião do douto Hely Lopes Meirelles, o que serviu de fundamento ao indeferimento do pleito, com o que não se conformou o Interessado, solicitando audiência desta Procuradoria.

Relatei.

Há no processo erro originário capaz de ensejar uma questão de incompetência, nos precisos termos do direito processual.

al. É que o ato contra o qual se insurgiu o servidor foi praticado pelo Chefe do Poder Executivo (Decreto de relocação de 23.01.78) e, portanto, somente pelo Governador do Estado poderia ser revisto, ou anulado no plano administrativo, em benefício do conhecido princípio do paralelismo das normas, a retirar, pois de qualquer Secretário de Estado competência para conhecer e julgar o pedido, este que não poderia ser encaminhado à digna Titular da Secretaria da Administração.

Não desejo, entretanto, permanecer nessa questão formal, embora a tenha como agravada pelo fato de haver o indeferimento sido firmado pelo nobre Subsecretário de Estado da Fazenda, como se lê às fls. 13, tudo o que fere frontalmente o disposto no art. 119 do Estatuto.

A Procuradoria Geral do Estado já deferiu orientação em caso semelhante. No processo de nº 000371/87-PGE (002244/87-GAGOV) de interesse de ADRIANO JOAQUIM LOPES, essa culta Chefia, em r. despacho, fincou: "... é possível à Administração, a **qualquer tempo**, declarar a nulidade de seus próprios atos (Formulação nº 222 do DASP)."

É fato que o eminente HELY LOPES MEIRELLES acena com a opinião indicada pela diligente servidora da SEFAZ às fls. 11 dos autos, no sentido de que "quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois se os atos se tornam inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se a sua nulidade. "Desejo, entretanto, discordar da sempre respeitável palavra do Professor, fazendo-o, com a devida vênia, pelas razões seguintes:

A "Lex fundamentalis" de 1988 concedeu assento constitucional ao princípio da legalidade, como regedor dos atos administrativos, tal como inscrito em seu art. 37: "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."

Em que consiste o princípio da legalidade? Os doutrinadores administrativistas são unânimes em defini-lo comparando com as relações jurídicas do mundo privado, para extrair afirmação segundo a qual enquanto os indivíduos podem fazer tudo o que a lei não proíba, o administrador público só pode fazer o que a lei expressamente autorize, sendo a norma jurídica, então, a baliza da atuação do agente público, que não pode, por isso, impor seu desejo ou fazer

valer sua vontade.

WALTER CAMPAZ, analisando o Regime Jurídico de Direito Público, fixa:

"O exercício da atividade estatal implica no exercício de "poder" e, ainda assim, nos termos e limites de permissões positivas constantes do ordenamento. A atuação estatal há que ser conforme à lei, ao passo que a atuação do particular há que ser, apenas, compatível com o ornamento jurídico, sendo-lhe permitido tudo que não for juridicamente normado como proibido" (Revogação dos Atos Administrativos", RT, 1983, p. 31/32).

ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA afirma:

"A Administração pública no nosso Direito atua nos termos previstos ou permitidos pela lei" não lhe é possível tudo que a lei não proíbe, como sucede com os particulares; a sua ação está positivamente regulada e por isso só pode querer o que a lei permitir que o queira."

E, em conclusão:

"Os atos administrativos estão numa relação de conformidade com a lei em sentido material." (apud Walter Campaz, idem, ibidem).

No caso em exame, a lei vedava movimentação, por relocação, de servidores de determinadas categorias, dentre as quais os fazendários daí resultando que o ato praticado é nulo por desatendimento de requisito essencial qual seja o de submissão legal. Ora, se não podia praticar o ato, ao administrador impõe-se desfazê-lo, como obrigação e não como faculdade, essa que é própria dos casos de revogabilidade.

Numa palavra: agora até por imperativo constitucional, a Administração não pode conviver com o ilegal, i.e., com atos que não estejam em relação de conformidade com a lei em sentido material".

Por isso, em que pese o respeito pelo renomado Mestre, não consigo submeter a correção do vício à prescrição das vias

impugnativas, porque isso corresponde como que a transferir para o administrado a responsabilidade pela observância do princípio constitucional da legalidade, retirando-a do âmbito da obrigação do administrador, este que, para ver seus atos nulos validados, só precisa aguardar a inércia do particular.

Considero, pois, "data maxima venia", que a obrigação de fazer desaparecer do mundo jurídico o ato desconforme com a lei é do administrador público, constatada, **a qualquer tempo**, a ilegalidade.

Leio, então, com essa elasticidade temporal a Súmula 473, da Corte Suprema, no sentido de que a "Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos.."

De outro ponto, tem-se que o ato administrativo ao qual falta submissão à lei em sentido formal é, verdadeiramente, **ato inexistente**, sobre o qual **EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI** recolheu, dentre outras, as seguintes definições:

"o ato inexistente será aquele que não pode produzir efeitos, porque, faltando algum dos seus elementos essenciais, nunca existiu" (Temístocles Brandão Cavalcante);

"o ato que, assim no direito privado como no direito administrativo, se considera como inexistente é o ato a que faltam os elementos substanciais ou ontológicos sem os quais, malgrado a sua existência no mundo fático, não chega a existir no mundo jurídico" (Francisco Campos);

"ato inexistente será aquele a que falta um elemento essencial" (Manoel Ribeiro).

É do autor este conceito:

"Ato administrativo inexistente é o fato da administração que, aparentando informalmente a vontade estatal, está isento de efeitos jurídicos motivados por teleologia pública, em consequência de não incidência do direito objetivo, em matéria administrativa, por ausência natural ou cultural de qualificação categorial." (cfr. "Ato Administrativo Inexistente", RT, 1980, p. 106).

Como falar em prescrição diante de um ato inexistente, ao qual falta requisito essencial de submissão ao princípio da legalidade, constitucionalmente estabelecido? Impõe-se, "concessa maxima venia", a imprescritibilidade ante a necessidade de restabelecimento da ordem legal, por dever da Administração.

Ante o exposto, sou pela manutenção da orientação antes firmada por esta Procuradoria, manifestando-me, conseqüentemente, pelo deferimento do pedido pelo Senhor Governador do Estado.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus (AM), 30 de março de 1994.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 01320/93-PGE (3391/93-8-SPT/SEAD)

ASSUNTO: ANULAÇÃO DE ATO DE RELOTAÇÃO

INTERESSADO: FRANCISCO ALVES DOS SANTOS

DESPACHO:

Endosso o r. parecer retro, cujos fundamentos, por indiscutíveis e bastantes, já tornariam desnecessárias quaisquer outras considerações sobre a matéria no âmbito desta PGE.

Todavia, não resisto à tentação de aqui também abordar o tema. Se não porque seja ele fascinante, pelo menos porque no processo foi posta em discussão a imprescritibilidade do poder da Administração de anular seus atos ilegais, tese pela qual eu me manifestara de passagem no despacho fotocopiado às fls. 08/10, onde invoquei a Formulação 222 do agora extinto

DASP e grifei a expressão "a qualquer tempo" ("É possível à Administração, a **qualquer tempo**, declarar a nulidade de seus próprios atos").

Em verdade, não só os juristas do velho e competente órgão ignoraram o fator temporal ao admitir a possibilidade de a Administração, anular suas decisões **contra legem**. Situados no plano mais elevado da aplicação do Direito brasileiro, os eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal tiveram igual comportamento em sua elaboração jurisprudencial, consolidada nestas duas conhecidas súmulas:

346 - A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.

.....
473 - A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em tais casos, a apreciação judicial.

Tem-se, aí, dois típicos casos de silêncio eloquente. E não só isso, aliás. Efetivamente, tem-se bem mais quando verificado que, se a primeira súmula não subordina a um prazo a **anulação**, a segunda — aprimorada pelo contínuo exercício pretoriano e pela evolução doutrinária — vai além ao falar também de **revogação**, que poderá ocorrer se "respeitados os direitos adquiridos".

Poder-se-ia até pensar que essa segunda súmula foi formulada para operar como pedra de toque em questões como a suscitada nestes autos. É que, ao considerar (e distinguir) as duas figuras, ela deixa claro o entendimento de que é só diante de atos legais que compete falar-se em estabilida-

de das relações jurídicas entre Administração e administrados, pois somente diante de tais práticas nascem direitos. Daí, mesmo os atos revestidos de legalidade, se não gerarem direitos subjetivos, podem, por conveniência ou oportunidade, ser a qualquer tempo revogados pela autoridade administrativa. Ou como, com outras palavras, sentenciou MARCEL WALINE, conduzindo a doutrina francesa:

"Um ato administrativo ao qual não se ligou nenhum direito individual pode ser sempre revogado." (**Apud** ministro Aníbal Freire, in voto no RMS nº 1.135 - STF, RDA 30/264 a 266).

Não há, de feito, como sustentar-se a idéia de que, vencido determinado tempo, a decisão praticada contra a lei adquire condições de conviver perenemente com a ordem jurídica. Afinal, impossível mesmo é ignorar-se que o ato ilegal é ato nulo e, como tal, não produz efeito algum, consoante o sempre requisitado HELY LOPES MEIRELLES bem realça com esta definição:

"Ato nulo é o que nasce afetado de vício **insanável** por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. (...) Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e **não produz qualquer efeito válido entre as partes**, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei." (Direito Administrativo Brasileiro", 14ª, edição, S. Paulo, Edit. RT, 1989, pág. 149. Grifei).

Por essa lição, aliás, não me parece vir bem ao caso dos autos, **data venia**, a afirmação do mesmo HELY sobre a possibilidade de se anularem os atos ilegais apenas " enquanto não prescritas as vias

impugnativas", conforme citado à fl. 11 v. É que, à parte a questão terminológica (anulação; mesmo, ou revogação?), o Mestre deixa bem claro em que campo conclui: "**Como entre nós as ações pessoais contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos e as reais em vinte, nesse prazo é que podem ser invalidos os respectivos atos administrativos, por via judicial**". Ora, não poderia mesmo ser outra a sentença meirelleana, pelo menos enquanto estiverem em vigor o Decreto 20.910/32 e o art. 177 do Código Civil. Não serve ela, todavia para o caso dos autos, pois aqui estamos cuidando de desfazimento de ato administrativo **pela própria Administração.**

Na doutrina elaborada em torno de tema, mais objetivo e feliz, verdadeiramente, foi CRETELLA JUNIOR, que depois de perguntar-se se é ilimitado o prazo que tem a Administração para desfazer o ato ilegal ou padecente de defeito de mérito, antecipa ser difícil estabelecer princípios gerais aplicáveis a todas as hipóteses, em concreto. Em seguida, porém, responde, frontal:

"Em qualquer época, a Administração pode desfazer seus atos, anulando-os, ou revogando-os. Desfazimento de ato administrativo inoportuno ou inconveniente, pela revogação; desfazimento de ato administrativo ilegal, pela anulação, é poder-dever da autoridade administrativa, exceto se a manifestação do Estado gerou direito subjetivo público para o administrado". ("Do Ato Administrativo", 2ª edição, S. Paulo, José Bushatsky Editor, 1977, pág. 290).

Mas não fica nesse ponto a lição do insigne administrativista. Em incontestável abono à tese da imprescritibilidade da anulação do ato ilegal, ele frisarà, linhas à

frente:

"De modo algum têm razão os juristas que propõem o prazo de 120 dias para que a Administração possa anular, de plano, os próprios atos, prazo esse igual que tem o administrado para impetrar mandado de segurança contra ato eivado de ilegalidade. **"Não se cogitará aqui de prazo"**.

Adiante, filiado à corrente que admite a distinção entre **ato inexistente e ato nulo**, CRETELLA ressalta que aquele "pode e deve ser declarado **a qualquer tempo** pela Administração porque nem chegou a entrar no mundo jurídico já o outro (ato nulo) "entrou, embora nulamente, **mas o defeito que o matiza é de tal gravidade que não pode continuar a gerar efeitos, sendo, pois inidôneo, como o primeiro, a investir o administrado num direito público subjetivo oponível à Administração.**"

Então, taxativo, do alto do prestígio de sua cátedra, sentencia CRETELLA JÚNIOR:

"Jamais se convalida o **inexistente** ou o **nulo (...)**. Nesses casos, **em qualquer época, perenemente, a Administração pode e deve proceder ao desfazimento do ato administrativo.**" (Ob. cit., pág. 292. Grifei).

Assim, por todo o exposto aqui e pelos sólidos argumentos expendidos no douto Parecer nº 009/94-PPE/PGE, sugiro que Sua Excelência o Governador dê ao caso destes autos solução análoga à que adotou ao decidir a questão do Processo nº 00371/87 - PGE (002244/87-GAGOV), ou seja; anulo o ato ilegal pelo qual foi o Requerente relatado na SEDUC (decreto datado de 23.01.78), bem como o que, posteriormente, extinguiu o cargo de que o servidor era titular no quadro da SEFAZ, para que, en-

fim, desfeitos também os enquadramentos decorridos da relocação nula, possa o mesmo Requerente, restabelecendo o **statu quo ante**, retornar à lotação de origem, em posto hoje correspondente ao que ali ocupava.

Submeta-se.

PROCURADORIA DO PESSOAL
ESTATUTÁRIO/PGE, em Manaus(AM), 20
de abril de 1994.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO: 01320/93-PGE

INTERESSADO: FRANCISCO ALVES DOS SANTOS

ASSUNTO: PEDIDO DE ANULAÇÃO DE ATO DE RELOCAÇÃO.

DESPACHO:

APROVO, por suas jurídicas razões e fundamentos legais, o alentado PARECER Nº 009/94, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, bem como o substancial despacho do ilustre Procurador-Chefe da referida Especializada, que bem analisaram a questão, confirmando, com o abono na doutrina e jurisprudência administrativa, a tese da imprescritibilidade da anulação de ato ilegal, de par com as conclusões do pronunciamento da mesma PPE, expandido no Proc. nº 00371/87-PGE (002244/87-GAGOV), de interesse ao deste Processo.

Assim, dada a manifestação favorável da PPE/PGE ao pleito do Postulante, sugiro que o assunto seja submetido à superior decisão do Governador do Estado para que seja dada a mesma solução ocorrida no citado processo de interesse de Adriano Joaquim Lopes, a saber: seja anulado o ato ilegal pelo qual o Requerente foi relotado na SEDUC (decreto de 23.01.78), e, de igual modo, o ato que, posteriormente, extinguiu o cargo de que o servidor era titular

no quadro da SEFAZ, a fim de que, afinal se restabeleça o status quo ante, retornando-o à lotação de origem, em cargo hoje correspondente ao que ali anteriormente ocupava.

DEVOLVA-SE o Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, 04 de maio de 1994.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 01699/93-PGE (4892/93-5 SPT/SEAD).
INTERESSADO: PETRARCA DE ABREU VIEIRA.
ASSUNTO: Revisão de proventos de aposentadoria

PARECER Nº 002/94-PPE/PGE.

EFEITOS DA TRANSFORMAÇÃO, MEDIANTE RECLASSIFICAÇÕES SUCESSIVAS, DO CARGO DE CONSULTOR JURÍDICO NO DE PROCURADOR DO ESTADO DE 1ª CLASSE.

- Os proventos de aposentadoria devem ser corrigidos para ajustar-se aos vencimentos pagos aos titulares de cargo em que foi transformado o de que era titular o inativo. Aplicação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal. Precedentes da Procuradoria Geral do Estado.

- A correção dos ganhos da inatividade impõe-se desde cento e oitenta dias após a promulgação da Constituição de 1988, por força do disposto no art. 20 de seu ADCT.

SENHOR PROCURADOR-CHEFE:

Em requerimento endereçado ao chefe do Poder Executivo, pretende o ilustre Interessado ver seus proventos de aposentadoria corrigidos para terem como base os vencimentos pagos a Procurador do Estado de 1ª Classe, cargo em que considera haja sido transformado o de que era titular no serviço público estadual a quando de sua transferência forçada para a inatividade.

Na SEAD, para onde o processo foi encaminhado por determinação governamental, pronunciou-se a Consultoria Geral

entendendo dever a matéria vir a esta Procuradoria, porque por ela já analisada anteriormente, objeto do parecer nº 051/85-PP/PGE.

Relatei.

O exame da questão posta pelo digno Consultor jurídico aposentado conduz necessariamente, "data maxima venia", ao que poderia ser havido como a história originária da Procuradoria Geral do Estado, assim resumida:

1. A Lei nº 223, de 18 de junho de 1965, ao organizar a Administração estadual, estabeleceu como competência da Secretaria do Interior e Justiça "opiar sobre assuntos jurídicos de interesse da administração e representar o Governo do Estado em Juízo e fora dele, exceto em matéria fazendária" (art. 13, IX) e criou, na estrutura administrativa da mesma Secretaria, a Procuradoria Jurídica do Estado (art. 14, nº 11).

2. Em 1965, a Lei nº 384 aprovou o primeiro Plano de Classificação de Cargos de que se tem notícia no serviço público do Estado do Amazonas e fixou, no que interessa:

a) criação de cargos de Procurador Judicial, Consultor Jurídico e Assistente Técnico Jurídico;

b) autorização ao Chefe do Poder Executivo para distribuir os cargos nos quadros de pessoal das Secretarias e órgãos diretamente subordinados a seu Gabinete, do que era exemplo o Departamento de Administração e Serviço Público - DASPA, hoje Secretaria de Administração;

c) regras para enquadramento dos funcionários, que deveria ocorrer respeitando as aptidões e habilitações de cada um e respeitar os princípios do mérito funcional e de tempo de serviço.

Com base no que dispõe o Plano, o Governador do Estado aprovou, por via do Decreto 562, de 28 de maio de 1966, o enquadramento dos funcionários da Secretaria do Interior e Justiça, que passou a ter como Consultores Jurídicos os Drs. Felipe Cavalcante, Adrião Severiano Nunes e o Requerente, restando vagos, no quadro, três cargos com essa denominação, além de todos os de Procurador Judicial.

Na mesma data, o Decreto 555 enquadrou em cargo de Assistente Técnico Jurídico do DASPA José Baptista Vital Pessoa e Wandina Araújo Oliveira.

3. O Decreto nº 563, também de 25.05.66, completou a estrutura administrativa da Secretaria do Interior e Justiça, mantendo, dentre outras, as funções de assessoramento jurídico superior da

Administração e de representação do Estado em juízo, salvo em matéria fazendária, o que, aliás, justificava haver o Decreto 562 centralizado naquela Pasta as atividades dos "Consultores Jurídicos que se acham vinculados a outras Secretarias de Estado e órgão em regime de subordinação direta", passando todos os cargos com essa denominação para aquele quadro;

4. A Lei 614, de 04.07.67, modificou para Assistente Jurídico a denominação dos cargos de Consultor Jurídico da Secretaria do Interior e Justiça.

5. O Decreto nº 2250, de 31.01.72, dispôs:

"Os atuais Consultores Jurídicos, com efetivo exercício na Secretaria de Estado de Justiça e Secretaria de Estado de Administração, ficam classificados como Procuradores Judiciais, mantido o mesmo nível de vencimentos até aprovação da tabela de cargos homólogos" (art. 2º).

6. A Lei 1057, de 13.11.72, ao institucionalizar o sistema de apoio jurídico,

a) destinou a coordenação e direção do sistema à Procuradoria Geral do Estado, PGE, "órgão superior, cujos pronunciamentos terão força normativa" (art. 1º);

b) denominou a Procuradoria do Estado de Procuradoria Geral do Estado, "considerando-se automaticamente substituída por esta denominação a menção à anterior, constante de quaisquer leis, regimentos ou decretos" (art. 2º);

c) manteve a subordinação à Secretaria da Justiça e a competência para representar judicialmente o Estado, salvo quanto à atribuição da Subprocuradoria da Fazenda (art. 4º).

A Lei nº 1170, de 19.12.75, fixou:

a) Ficam extintos os cargos vagos de consultor jurídico e assistente jurídico, do quadro de pessoal civil do Poder Executivo" (art. 23);

b) "Os atuais cargos e empregos técnicos-jurídicos lotados na Procuradoria Geral do Estado e Subprocuradoria da Fazenda passam a denominar-se Procurador do Estado" (art. 24);

c) "Os cargos técnico-jurídicos da Procuradoria Geral do Estado ficam fixados em 30 (trinta) e constituirão carreira, conforme a estrutura e os vencimentos estabelecidos na Tabela Anexa IV" (art. 25);

d) "Os cargos de que trata este artigo são classificados em:

I - 10 cargos de Procurador do Estado de 1ª Classe;

II - 10 cargos de Procurador do Estado de 2ª Classe;

III - 10 cargos de Procurador do Estado de 3ª Classe " (art.

25, § 1º);

e) "O Poder Executivo procederá ao enquadramento dos Procuradores do Estado, no prazo de 30 (trinta) dias a contar desta lei, conforme os critérios previamente estabelecidos em decreto governamental: (art. 25, § 2º).

8. O Decreto nº 3317, de 13 de janeiro de 1976, fixou:

a) "O enquadramento dos Procuradores do Estado nas três classes da carreira instituída pelo art. 25 da lei 1170, de 29 de dezembro de 1975, obedecerá aos seguintes critérios:

I - na 1ª Classe serão enquadrados os Bacharéis em Direito que, à data da publicação da lei nº 1170/75, exerciam, em caráter efetivo, os cargos técnico-jurídicos de Procurador Judicial e de Subprocurador-Fiscal, lotados na Procuradoria do Estado (PGE) e na Subprocuradoria da Fazenda (SPF)";

II - na 2ª e 3ª classe serão enquadrados os Bacharéis em Direito que, não abrangidos pelo inciso anterior, exerciam, à data da publicação da Lei 1170/75, cargos ou empregos públicos técnico-jurídicos lotados na PGE e na SPF ..." (art. 1º).

Não há dúvida, "concessa maxima venia", de que os cargos (e até os empregos, posteriormente) de Consultor Jurídico foram transformados em Procurador do Estado. Quando mais não fosse, bastaria mencionar que o enquadramento que se operou pelo Decreto por último referido considerou como Procurador do Estado de 1ª Classe, dentre outros ADRIÃO SEVERIANO NUNES NETO e WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA, os quais, como visto, haviam sido enquadrados, na mesma época em que o Requerente, o primeiro como Consultor Jurídico da Secretaria de Interior e Justiça, e a segunda como Assistente Jurídico do Departamento de Administração e Serviço Público - DASPA.

Tem razão, portanto, o Requerente ao afirmar que não chegou a ser enquadrado como Procurador do Estado exclusivamente porque atingido por aposentadoria obrigatória quando titular do cargo de Assistente Jurídico (ex-Consultor Jurídico) da Secretaria de Interior e Justiça. Não fora o infortúnio da doença que o acometeu em dezembro de 1967, o enquadramento se teria feito em janeiro de 1967, tal como ocorreu com os que lhe eram iguais e até com aqueles que o sucederam no exercício da função, inclusive os não titulares efetivos de cargo público.

É a primeira conclusão que me imponho, já neste ponto da análise.

Aliás, a tese da transformação que me imponho, já havia sido acatada pela Procuradoria Geral do Estado, no exame de pleito

anterior formulado pelo digno Interessado, quando lançado o Parecer nº 051/85-PP/PGE, em cópia nos autos, de onde se extrai:

"Pelo que se colhe dos textos legais os autos, o requerente já estava aposentado quando ocorreu a classificação dos Consultores Jurídicos através do Decreto nº 2250, de 31 de janeiro de 1972".

Na oportunidade, cuidou a inteligente e culta Procuradora Miosótiis Castelo Branco de se arrimar, com precisão, no entendimento consagrado na Súmula 38 do S.T.F., no sentido de que "reclassificação posterior a aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado".

Essa compreensão, entretanto, perfeita quando defendida, haverá de quedar-se ante a regra insculpida no parágrafo 4º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, segundo a qual

"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."

O Superior Tribunal de Justiça, pela palavra de seu eminente Vice-Presidente, Ministro WILLIAM PATERSON, definiu, por exemplo:

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.612-7 -
DISTRITO FEDERAL:**

Com arrimo na alínea "a" do permissivo constitucional, a União Federal manifesta recurso extraordinário a v. acórdão da Egrégia primeira Seção, relatado pelo Ministro Garcia Vieira, cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 152):

**"PROVENTOS - REVISÃO - BENEFÍCIOS
OU VANTAGENS POSTERIORES À APO-
SENTADORIA - REPOSICIONAMENTO.**

Não se trata de faculdade e sim de determinação constitucional: "os proventos da aposentadoria serão revistos..."

Os servidores da Marinha, em atividade, ocupantes dos mesmos cargos ou funções, nos quais os impetrantes aposentaram-se, em 29 de janeiro de 1985, através da Circular nº 0001/85 foram beneficiados com o reposicionamento de até 12 (doze) referências. Não se há de negar aos impetrantes o mesmo posicionamento.

Segurança concedida”.

À recorrente argüi, em síntese, que o r. aresto recorrido aplicou equivocadamente o art. 40, § 4º da Constituição Federal em vigor assim como art. 20 do ADCT que diz respeito ao cumprimento de outro dispositivo constitucional e não à retroatividade do disposto no art. 40 § 4º.

O Voto condutor do acórdão esclarece (fls. 148):

“Como o legislador constitucional, no artigo 20 do ADCT, fixou o prazo de 180 dias para que fosse procedida a revisão “dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas”, além da “atualização dos proventos e pensões e eles devidos a fim de ajustá-los aos disposto na Constituição” e o legislador ordinário não editou nenhuma lei regulamentando o artigo 40, parágrafo 4º citado, ele se tornou auto-aplicável.”

“Comungo com o entendimento exposto no r. aresto atacado, razão por que NÃO ADMITO o recurso.” (D. J. U., 02.04.93).

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.772-7 - DISTRITO FEDERAL:

“A recorrente argüi, em síntese, que o v. aresto recorrido aplicou equivocadamente o Art. 40, § 4º da Constituição Federal, interpretando-o ampliativamente, concedendo o benefício pleiteado pelos impetrantes acolhendo o preceito acima mencionado

sem que haja legislação complementar a respeito.

O voto condutor do acórdão esclarece (fls. 184):

"Vale dizer que a norma do art. 40, tem efeito retro-operante, por força do art. 20 do ADCT, alcançando os servidores que se encontravam em inatividade e pensionistas, como é o caso dos filiados à impetrante.

Entre as vantagens que lhes deverão ser estendidas, incluem-se "quaisquer benefícios ou vantagens posteriores concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria."

Ora, o "reposicionamento" em questão, além de constituir vantagem concedida a servidores em atividade, representa, a rigor, uma retificação da classificação, não havendo óbice, pois, a que, diante do mandamento constitucional, seja estendido aos inativos e pensionistas do Ministério da Marinha, nas mesmas condições previstas para os servidores da ativa, as quais se acham especificadas na Circular nº 1/85, da Diretoria do Pessoal Civil da mencionada Pasta ..."

Comungo com o entendimento expresso no r. aresto atacado, razão porque NÃO ADMITO o recurso." (D. J. U., 16. abr. 93).

Desapareceu, pois ao que proclama a palavra abalisada do STJ, a exigência de lei a que se referiu a eminente Procuradora do Estado no Parecer lançado no pedido anterior, o que adoto como segunda conclusão, bastante para manifesta-se favoravelmente ao deferimento do pleito.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não caminha em desacordo com o STJ, no particular, bastando transcrita a v. decisão unânime da 2ª Turma no AG 141.189-9 (AgRg) - DF, Relator o Ministro **MARCO AURÉLIO**:

"ISONOMIA - ATIVOS E INATIVOS - PAR. 4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICABILIDADE. A garantia insculpida no § 4º do art. 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 pressupõem, 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 e afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se o preceito constitucional a plano secundário, do legislador ordinário como se este fosse possível introduzir, ao cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, dá-se, pela existência da 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.

A Procuradoria Geral do Estado, mais recentemente, definiu:

- No processo de interesse de SOLANO DE MIRANDA SÉRIO:

"A transformação em cargo em Comissão de Função Gratificada incluída em proventos de aposentadoria autoriza a retificação dos proventos. Aplicação da regra do § 4º do art. 40 da Constituição Federal."

- No processo de ADHERBAL ANDRADE DE MENEZES:

"Transformação em comissão de função gratificada incorporada aos proventos de aposentadoria aproveita o servidor inativo.

Inteligência do art. 40 da Constituição Federal."

Não é relevante, pelo que se viu, haja a aposentadoria se consumado antes da promulgação da Constituição Federal, da mesma forma como não é de submete-se o entendimento exclusivamente a leis posteriores a 05 de outubro de 1988. Aliás, nesse pleito formulado por **RAIMUNDO RÔMULO PEREIRA GOMES**:

"PROVENTOS - REVISÃO - PAR. 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VANTAGEM CONCEDIDA AOS SERVIDORES ATIVOS POR LEI ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA C.F. - ART: 2º DO ADCT.

- Editada lei que conceda benefício ou vantagem aos servidores em atividade, opere-se, por força do § 4º do art. 40 da C.F., automática repercussão nos proventos dos inativos.

- A expressão na forma da lei, contida na parte final do § 4º do art. 40 da C. F., "apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa" (Decisão da 2ª Turma do STF no Ag. 141.189-9 - DF, Rel. O Ministro Marco Aurélio).

- O art. 20 do ADCT/88, que determinou a revisão dos proventos e pensões e para tanto estabeleceu prazo certo, buscou tornar efetivo também para inativos e pensionistas o princípio da isonomia, que se irradia sobre o corpo permanente todó da Constituição.

- Não tendo o legislador ordinário editado norma à base da qual se procedesse o estabelecido no art. 20 do ADCT, a efetivação da revisão dos proventos tornou-se devida após os cento e oitenta dias nele fixados (Cf. despacho do Ministro **WILLIAM PATTERSON**, Vice-Presidente do STJ, in D.J.U. de 02/04/93, págs. 5.637.5.638).

E, no deslinde da questão posta em análise, o Parecer 022/

93-PPE/PGE, por último referido, concluiu, a aprovação posterior do Procurador Geral do Estado:

“Quanto às parcelas vencidas, oponho-me ao pagamento nos termos solicitados, pois o pedido ignora, inclusive, a questão prescricional. Em verdade, como foi determinativa a norma do discutido art. 20 do ADCT/88, entendo ser devido, in casu, somente o que venceu a partir do momento em tal que norma se tornou auto-aplicável.”

Do que ficou dito é possível a seguinte síntese, com a necessária vênua:

1. O digno Requerente era Consultor Jurídico, efetivo, do Departamento de Administração e Serviço Público do Amazonas - DASPA, desde 07 de janeiro de 1963;

2. Por essa condição, ostentava situação funcional idêntica à do **Dr. ADRIÃO SEVERIANO NUNES NETO** a quando de seu enquadramento, em 1966, como Consultor Jurídico da Secretaria de Interior e Justiça, oportunidade em que foi também enquadrada como Assistente Jurídico a **Dr^a. WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA**;

3. O Decreto 2250, de 31 de janeiro de 1972, determinou, em seu art. 2º, a classificação como PROCURADORES JUDICIAIS de todos os CONSULTORES JURÍDICOS com efetivo exercício na Secretária de Estado de Justiça e Secretaria de Estado da Administração ;

4. Está aí a primeira reclassificação que se operou com o cargo de que era titular o ilustre Interessado, após sua transferência para a inatividade;

5. A Lei 1057, de 13 de novembro de 1972, transformou em Procuradoria Geral do Estado a Procuradoria Jurídica do Estado, passando para o novel P.G.E., portanto os Procuradores Judiciais em que haviam sido transformados os Consultores Jurídicos;

6. A Lei 1170, de 29 de dezembro de 1975, mudou, para Procurador do Estado, a denominação dos “atuais cargos e empregos técnicos-jurídicos lotados na Procuradoria Geral do Estado e Subprocuradoria da Fazenda”, com o que passaram a ser Procuradores do Estado os Procuradores Judiciais, antigos Consultores Jurídicos como o já aposentado Requerente.

7. O Decreto 3317, de 13 de janeiro de 1976, enquadrou na 1ª Classe da carreira de Procurador “ os Bacharéis em Direito que, à data da publicação da Lei nº 1170/75, exerciam, em caráter efetivo,

os cargos técnicos-jurídicos de Procurador Judicial e de Subprocurador Fiscal, lotados na Procuradoria Geral do Estado (PGE) e na Subprocuradoria da Fazenda (SPF)". Foi o que aconteceu com os ex-Consultores Jurídicos da época de atividade do Requerente, **Drs. ADRIÃO SEVERIANO NUNES NETO e WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA.**

É possível estabelecer, então, "data maxima venia", como inquestionável que sucessivas transformações terminaram por conduzir à condição de PROCURADOR DO ESTADO DE PRIMEIRA CLASSE os CONSULTORES JURÍDICOS do enquadramento de 1966, iguais, portanto, ao inteligente e culto Requerente.

Aliás, e como reforço de argumentação, a Procuradoria Geral do Estado já admitiu, em maio de 1977, que o Procurador Judicial (cargo em que foi transformado o de Consultor Jurídico) passou a denominar-se Procurador do Estado, como se lê do PARECER Nº 035/77, convenientemente aprovado pelo Procurador Geral do Estado, em cópia nos autos. Ali, como a segurança que lhe reconhecem todos os estudiosos do Direito Administrativo, firmou o Dr. Roosevelt Braga dos Santos, comentando a regra da já referida Lei 1170/75:

"Ora, a substituição determinada por esse dispositivo legal operou, de pleno direito, a modificação do cargo em que se encontra, como disponível, o postulante, o qual, por isso, deixou de ser Procurador Judicial "para se denominar de "Procurador do Estado."

É, cuidando de estabelecer parâmetro para fixação de proventos de disponibilidade do Dr. Bento Vital de Oliveira destacou;

"... não podemos concordar em que lhe sejam atribuídos proventos correspondentes ao vencimento do cargo de Procurador do Estado de 3ª Classe. **Tendo o requerente uma folha com mais de 10 (dez) anos de serviço, e tendo sido apanhado em situação hierarquicamente superior no quadro de servidores públicos, é ilógico, irracional e injusto tratá-lo como Procurador de 3ª Classe, eis que tal procedimento provoca um verdadeiro decesso funcional na situação do mesmo, decesso esse que não é autorizado**

pelo instituto da disponibilidade e que, por isso, se nos afigura ilegal, a exigir imediata correção!

São todos argumentos que se ajustam, a molde de figurino francês, à situação em análise, por isso os incorporo, com a necessária venia.

Mais recentemente, o entendimento vigorante no âmbito da Administração estadual, que se compatibiliza, como visto, com a melhor orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, é no sentido de que transformação ou classificação posterior à aposentadoria aproveita o inativo, por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição Federal.

Pelo tanto, compete ao Chefe do Poder Executivo, "data maxima venia", determinar sejam os proventos do eminente Dr. PETRARCA DE ABREU VIEIRA corrigidos, para o fim de se compatibilizarem com os vencimentos dos Procuradores do Estado de Primeira Classe, em atividade, cargo em que resultou reclassificado aquele de que era titular antes de inativar-se.

De outro ponto e para manter coerência também com orientação já definida, como transcrito, deve ser a modificação decretada para vigorar a partir de 05 de abril de 1989, quando se completaram os cento e oitenta dias fixados pelo art. 20 do ADCT/88.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus(AM), 06 de janeiro de 1994.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
Procurador do Estado.

ASSUNTO: Revisão de proventos.
INTERESSADO: Petrarca de Abreu Vieira

DESPACHO

R. hoje.

Como bem visto, o parecer retro, de nº 002/94-PPE/PGE, segue entendimento que esta Especializada firmou com base na mais atualizada jurisprudência dos Tribunais Superiores. Adoto-o, pois, até em coerência com o que sustentei no Parecer 022/93-PPE/PGE. Encaminhe-se.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO DA PGE,
em Manaus (AM), 13 de janeiro de 1.993.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO: Nº 1699/94-PGE
INTERESSADO: PETRARCA DE ABREU VIEIRA
ASSUNTO: REVISÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA.
DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e irretocáveis fundamentos, o ilustrado Parecer de nº 002/94-PPE/PGE, exarado pelo Dr. LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA, em que analisa com percuciência a inteligência do § 4º do art. 40, da Constituição Federal em compasso com a iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores da República, aplicável ao caso concreto, notadamente no respeitante à procedência da revisão dos proventos de aposentadoria do funcionário inativo, os quais deverão corresponder **in casu**, aos vencimentos de Procurador de 1ª Classe, com efeitos retrooperantes a partir de 05 de abril de 1989, data em que escoou o prazo constitucional ditado pelo artigo 20 do ADCT da Constituição Federal.

DEVOLVA-SE À SEAD.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 01 de fevereiro de 1994.

LEONARDO PRESTES MARTINS
Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 01361/94-PGE (114/94 - UTAM - 938/94-0-SPT/SEAD e, juntado, o de nºs 736/94-UTAM e 2200/94-SPT/SEAD).

ASSUNTO: Afastamento remunerado do exercício do cargo para desempenho do mandato de Presidente do CREA-AM/RR. Pedido fundamentado no § 7º do art. 110 da Constituição do Estado.

INTERESSADO: Agamenon Nogueira Nobre

PARECER Nº 023/94-PPE/PGE

SERVIDOR ELEITO PARA CARGO DE DIREÇÃO DE CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. INVOCAÇÃO DO § 7º ART. 110 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. DISPOSITIVO ATACADO POR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

— Não é de ser aplicado dispositivo cuja constitucionalidade está **sub judice**.

— Ainda que não se encontrasse contestado em ação direta de inconstitucionalidade e tivesse eficácia plena, o § 7º do art. 110 da C.E. só poderia autorizar licença remunerada para desempenho de mandato ao servidor eleito para função executiva em instituição sindical **stricto sensu**, não alcançando, pois, dirigente de conselho de fiscalização profissional. Interpretação restritiva de preceito que encerra excepcionalidade.

Professor do quadro do Instituto de Tecnologia da Amazônia-UTAM, deseja o Interessado manter-se afastado das funções de seu cargo — cujo exercício deixou ao ser eleito Presidente do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia-CREA-AM/RR —, pois vem de ser reeleito. Como fundamento legal do pedido, invoca o § 7º do art. 110 da Constituição do Estado, justamente o mesmo dispositivo em que o Chefe do Poder Executivo se arrimara em 1991 ao colocá-lo à disposição da aludida entidade para o mandato recentemente concluído (V. fotocópia à fl. 03).

Submetido o pleito à SEAD, a Consultoria Geral dos Sistemas (às fls. 09 e v.) condicionou o deferimento à comprovação de que o Conselho seja "instituição sindical", como quer o dispositivo constitucional apontado. Em resposta produzida através de autos próprios que foram juntados aos originários, o Requerente argumentou que o alcance do questionado § 7º não se limita à investidura em funções diretas de sindicato **stricto sensu**, mas de "qualquer ou entidade representativa de classes profissionais". E reforça essa compreensão com o registro de que o art. 92 da Lei Federal 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores da União), expressamente, assegura afastamento remunerado por motivo como o seu.

Retornado à SEAD com esses argumentos, o pedido voltou ao exame do CGS, que, às fls. 18/19, aponta para o indeferimento, arguindo, em síntese, o seguinte: 1 - a Lei 8.112/90 não tem aplicação aos servidores do Estado do Amazonas; 2 - a Lei 5.194/66, ao instituir os Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, não lhes deu o caráter de órgão sindical; 3 - a própria jurisprudência trabalhista já firmou o entendimento de que o cargo de presidente de conselho profissional não se equipara a cargo de direção ou representação de sindicato (conf. decisão do RO-2495/92-TRT 14ª Região, in Revista LTR 58-04/461).

Essa opinião contrária da Consultoria da SEAD foi acolhida pelo Secretário da Administração, que, no entanto, solicitou à PGE um pronunciamento a respeito.

É o relatório.

Confrontados os dois argumentos básicos do Interessado com as razões em que a Consultoria Geral dos Sistemas se apóia para rejeitá-los, inevitável é, desde logo, esta conclusão: está juridicamente correto o órgão consultivo da SEAD. Afinal, em relação ao raciocínio de que os conselhos de fiscalização profissional se incluem no conceito de "instituição sindical" expresso pelo § 7º do art. 110 da CE, bastaria opor-se a elementar lição de

hermenêutica que recomenda a exegese restritiva se o preceito legal encerra excepcionalidade. E quanto ao apoio buscado no artigo da Lei Federal 8.112/90 que assegura o direito a licença remunerada para o desempenho de mandato em entidade fiscalizadora de profissão, seria bastante lembrar que tal diploma institui o regime jurídico dos servidores da União, de modo que só a estes — como é óbvio — são dirigidas suas disposições.

Todavia, mais que os judiciosos contra-argumentos da SEAD, pesa em desfavor do pedido um fato ainda não argüido nos autos: o de que tramita no E. Supremo Tribunal Federal uma ação em que o Senhor Governador do Amazonas requer a declaração de inconstitucionalidade do indigitado parágrafo do art. 110 da Carta do Estado.

Trata-se, *in casu*, da ADIn nº 510, proposta por inspiração desta Procuradoria Geral no desfecho do Processo 0519/91-PGE, no qual, aliás, também se considerou não-executável o discutido dispositivo (por dependente de norma infraconstitucional), dados os termos do **caput** do artigo em que está embutido ("O Estado e os Municípios **instituirão**, no âmbito de sua competência, regime jurídico único...") e em face de não encontrar-se editada a lei correspondente.

Assim, já que o discutido parágrafo se encontra contestado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo próprio Chefe do Executivo, impedido está esse Poder de aplicá-lo, sob pena de reconhecer-lhe a eficácia que ele mesmo ataca.

É, s.m.j., o meu parecer, que submeto ao Sr. Procurador-Geral.

Procuradoria do Pessoal Estatutário, em Manaus, 12 de julho de 1994.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 01361/94-PGE**INTERESSADO:** AGAMENON NOGUEIRA NOBRE, PROF. AD-
JUNTO DO UTAM**ASSUNTO:** PEDIDO DE AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DAS FUN-
ÇÕES DE PROFESSOR, PARA O EXERCÍCIO PLENO
DE PRESIDENTE DO CREA-AM/RR.**DESPACHO:**

APROVO, por seus jurídicos argumentos, o PARECER Nº 023/94, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PPE no tocante à aplicação do § 7º, do art. 110 da Constituição Estadual, objeto deste Processo.

Ademais, quanto à situação do interessado, ora no exercício do segundo mandato de Presidente do CREA-AM/RR, precedenteMENTE ocorreu ato governamental (Decreto de 23.07.91), por ocasião do primeiro mandato, o que autorizou o seu afastamento excepcional.

ENCAMINHE-SE o Processo ao Gabinete do Governador, através do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Governo.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 15 de julho de 1994.

LEONARDO PRESTES MARTINS
Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 1498/94-PGE (4566/94-1-SPT/SEAD - 314/94-PMAM

ASSUNTO: Diferença de diárias pagas adiantadamente.

INTERESSADO: Ilmar dos Santos Farias e Odorico Alfaia Filho,
Coronéis do quadro da Polícia Militar do Amazonas.

PARECER Nº 028/94-PPE/PGE

BOLSA DE ESTUDO EM FORMA DE DIÁRIAS PAGAS CERCA DE UM ANO ANTES DO PERÍODO DE SUA DESTINAÇÃO. PEDIDO DE PAGAMENTO DE DIFERENÇA COM FINALIDADE DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

— Mecanismo destinado a atualizar o valor de uma prestação ainda devida, a correção monetária, por sua concepção legal, é inaplicável a situações em que a obrigação foi satisfeita até antecipadamente.

— Não pode a Administração pagar, a título nenhum, diferenças que a lei não autoriza.

— Verificado que o Decreto 11.122/88 não supre a disciplina desfeita com a revogação dos arts. 38 e 39 da Lei 1.502/81, é de recomendar-se a edição de nova lei sobre valores de bolsas de estudo.

Por despacho pessoal do Senhor Governador, volta a esta PGE o processo em epígrafe, pelo qual os Interessados — dois oficiais da PMAM designados para freqüentar curso fora do Estado — buscam receber diferenças de diárias que lhes foram pagas adiantadamente a título de bolsa de estudo. O pedido conforme argumentam os autores, decorreu da constatação de que, tendo

recebido durante o ano de 1993 as parcelas referentes aos meses de julho a dezembro de 1994, acabaram por perceber valores inferiores aos que agora vigem. Aos requerimentos juntaram prova de que, em caso semelhante (Proc. 007.638/90-GAGOV), o Chefe do Executivo deferiu pleito igual.

Por ter sido assim, i.e., por já haver a maior autoridade administrativa do Estado pronunciado decisão em torno da matéria, demonstrei que não competia à PGE reexaminar o tema quando me manifestei às fls. 51/53. Registrei, no entanto, que, se o próprio Hierarca não exercesse tal faculdade, deveria o processo — por força do Decreto 14.059/91 — ser encaminhando à SEAD, para essa Pasta “confirmar o valor da bolsa e depois processar o ajuste de contas” exigido pelo art. 31 da Lei 1.502/81.

Foram os autos, então, levados ao Governador, e sua Excelência, à fl. 54, determinou a volta inicialmente referida, para que esta PGE informe “se os pagamentos feitos **adiantadamente** sofrem correção e em que dispositivo legal esta se apóia.”

É o relatório.

Instrumento destinado a contornar a desvalorização do poder aquisitivo da moeda, a correção monetária, em verdade, sempre buscou apenas atualizar o valor de uma prestação ainda devida. Ela foi concebida só com tal propósito pela Lei 4.357/64 — que autorizou a emissão das OTNs e impôs a correção real e permanente das dívidas fiscais e previdenciárias — e com propósito igual a trataram as posteriores Leis 4.686/65 (que mandou corrigir as indenizações de desapropriação), 5.670/71 (que autorizou calcular a atualização da indenização a partir do diploma que a instituiu) e 6.899/81 (que determinou fosse corrigidos os débitos oriundos de decisão judicial). Seja, pois, relacionado com dívida de dinheiro (pecuniária), seja relacionado com dívida de valor (obrigações), o instituto jamais teve outra finalidade senão atualizar a expressão monetária de um compromisso ainda não satisfeito. É, em suma, um mecanismo de proteção do interesse de alguém que ostentá a condição de credor.

No caso dos autos, todavia, prestação nenhuma está pendente. Ao revés, as que os Interessados deveriam receber no atual semestre, foram-lhes pagas já há cerca de um ano. Afinal, conforme seus próprios requerimentos às fls. 03 e 04, eles sacaram “durante o ano de 1993” as importâncias que se destinavam a indenizar as despesas que viriam a ter no período de “julho a dezembro de 1994”.

Então, já que assim foi, não cabe cogitar-se aqui de correção monetária, até porque inexistente lei que mande aplicá-la a situações como a do processo. É a conclusão.

Poderão os Interessados dizer, porém, que não pediram a correção dos valores recebidos adiantadamente. Consoante escreveram, o que pedem seria a "diferença" entre os valores que vigiam quando receberam as diárias em questão e agora, quando transcorre o período ao qual elas se destinaram. Mera questão semântica! Se presentemente vige outro **quantum**, não é porque o valor da vantagem foi **aumentado**. O que houve, sim, foi apenas a **atualização** dele - por imposição do processo inflacionário — para novas concessões.

A propósito, foi em face da inflação, precisamente, que o Chefe do Executivo editou o Decreto 14.289/91, pelo qual fixou em UBAs os valores de dita vantagem e, entre outras estipulações, concedeu três delas para os Oficiais da PMAM (i.e., 90 UBAs mensais em caso de curso fora do Estado). Daí, por esse prisma, direito mesmo a "diferença" teriam os Interessados somente se, depois do que lhes foi pago, outro decreto houvesse aumentado aquele número de unidades de avaliação.

A outro aspecto, não se procure, nesta passagem, semelhança do caso com o décimo-terceiro salário, cuja metade é adiantada até novembro e o restante pago em dezembro à base da remuneração que estiver em vigência em tal mês. É que, a autorizar isso, há expressa disposição legal (art. 2º da Lei 1.897/89), que diz que a vantagem corresponderá "a um doze avos da remuneração a que o funcionário fizer jus em dezembro, por mês de efetivo exercício, no respectivo ano". Não há, portanto, como igualar o que a legislação desigualou.

Por não se conformar à natureza deste trabalho, deixo de lembrar que, para preservar o poder aquisitivo do dinheiro que estavam recebendo com cerca de um ano de antecedência, bem poderiam os Interessados ter utilizado os mecanismos existentes no sistema financeiro nacional. Contudo, não posso me esquivar de registrar o desacerto em que o legislador incorreu ao revogar pura e simplesmente os arts. 38 e 39 da Lei 1.502/81, os quais estabeleciam criteriosamente os valores que deveriam ser pagos **por mês**, como efetivas **bolsas de estudo**, aos oficiais da PMAM então designados para cursos de duração superior a trinta dias.

Para o lugar de tal disciplinamento foi o Decreto 11.122/88, que atrelou as bolsas à figura das diárias, criando-se conseqüentemente, por força do art. 31 da mencionada Lei 1.502, a possibilidade

de valores serem pagos com antecedência de até um ano em relação ao período ao qual dizem respeito. Isso se tornou possível, sim, mas é de perguntar-se: será também possível, depois de dois anos de curso (como **in casu**), o oficial, "após o regresso à OPM", fazer o "ajuste de contas" que o mesmo art. 31 manda realizar juntamente com o "pagamento da remuneração"? Ora, por esses termos, salta aos olhos que a figura das diárias, realmente, não se presta para deslocamentos tão demorados.

Diante de todo o exposto, sugiro que seja estabelecido mecanismo pelo qual se retome a periodicidade mensal dos pagamentos das bolsas em apreço, fixando-se seu valor num percentual relacionado com o soldo do posto do bolsista. E como provado esteja (fls. 04 **usque 44**) que igual quadro se registra no âmbito da Polícia Civil, sirva ainda tal oportunidade para dar-se tratamento também próprio aos servidores dessa outra instituição.

É, s.m.j., o parecer.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus(AM), 23 de agosto de 1.994.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

Despacho : R. hoje.

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos, o bem lançado Parecer nº 028/94-PPE/PGE, emitido pelo ilustre Procurador R. Frânio A. Lima, zeloso Chefe da PPE/PGE, o qual analisou detidamente o assunto, concluindo que a correção monetária, por sua concepção legal, é inaplicável à espécie dos autos e, ainda, que é defeso à Administração, o pagamento de diferenças não autorizado por lei. Aprovo, igualmente, a recomendação da edição de nova lei sobre valores de bolsas de estudo, constante da parte final do Parecer ora aprovado.

O Parecer que aprovo inviabiliza a pretensão dos interessados, não me restando outra alternativa senão o indeferimento do

pleito.

Devolva-se o Processo ao Gabinete do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado-GAGOV, de onde se origina, com observância das formalidades de praxe.

Em 29.08.94.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

TRABALHOS FORENSES

EXM^o. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.

O ESTADO DO AMAZONAS, anteriormente qualificado nos autos da APELAÇÃO CÍVEL Nº 29300500-1 que foi julgada pela Egrégia 2ª Câmara Cível dessa Augusta Corte de Justiça, na qual figura como apelado NILAMON BARBOSA DE MELO, amparado nas disposições do art. 28, da Lei nº 8.038 de 8 de maio de 1990, vem oferecer AGRAVO DE INSTRUMENTO ao r. despacho de V. Ex^a. que inadmitiu a petição de RECURSO ESPECIAL interposto contra o V. Acórdão que julgou o apelo, sob os fundamentos expostos no curso desta petição.

DOS FATOS E DO DIREITO

Cuida-se de ação de indenização de procedimento sumaríssimo fundada em acidente de trânsito, proposta pelo recorrido contra o Estado. Na contestação foi argüida a inépcia da petição inicial pela FALTA DE PROVA DA PROPRIEDADE DOS VEÍCULOS ENVOLVIDOS NO ACIDENTE, questão preliminar que foi assim levantada:

"A petição inicial da ação que se contesta padece de inépcia, eis que, infringindo as normas cogentes 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, envolvidos 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 VEÍCULO, expedido pelo Departamento de Trânsito dos Estados. Qualquer outro documento de transferência de propriedade só será idôneo, só terá validade, se for acompanhado ou, pelos menos, mencionar expressamente um dos aludidos documentos anteriores. A favor das concessionárias de revenda de determinada marca de automóvel 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 especial da lei, que obriga a existência de seu registro, controle e fiscalização por órgão 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 julgar a apelação interposta pelo Estado, decidiu a egrégia 2ª Câmara Cível:

"Permanece incólume o truismo de que o laudo da Perícia Técnica, no caso de acidente de trânsito, e não infirmado por outra prova idônea, triunfa como presunção **juris tantum** i.e., prevalece até prova em contrário.

Determinada a culpa do motorista que dirigia o veículo da repartição do Estado, causando dano a outrem, cabe àquele a responsabilidade civil pela reparação. (art.15 do Código Civil c/c o art.37, da CF)".

Pela importância que representou no julgamento do apelo, bem como para permitir a demonstração do cabimento deste agravo, transcreve o Estado o teor do voto do ilustre Desembargador, relator do V. Acórdão recorrido:

"O Estado do Amazonas - Secretaria de Estado da Segurança Pública - em recorrendo da decisão monocrática, suscita, de

logo, a preliminar de que a prova de propriedade dos veículos envolvidos no acidente de trânsito não foi juntada aos autos, com a inicial.

Óbvio que o ônus da prova incumbe;

I -

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art.333, II, do CPC)

Logo, caberia ao Estado, réu na ação indenizatória, elidir a afirmação, pelo autor, de que o veículo, apontado como causador do acidente de trânsito, não lhe pertencia.

Todavia, não o fez. O Laudo de Exame Pericial, elaborado por um Oficial (capitão) e um Sargento da Polícia Militar do Estado, detentores de fé pública, portanto, afirmam, fls. 09, no item **DOS EXAMES DOS VEÍCULOS E CONDUTORES**, a propriedade das partes envolvidas no acidente de trânsito, i. e., nomes, características dos veículos, prontuários, n.ºs. de chassis e outros sinais de identificação tão precisos que, em verdade, a ninguém é permitido duvidar que não tenham sido obtidos à vista dos docs. originais dos carros.

Aceito, pois, a prova, como assertiva oficial.

Pela rejeição da preliminar.

Quanto à culpabilidade do motorista da Secretaria de Segurança, preposto do Estado, pessoa jurídica de direito público, o laudo é presunção de verdade, alterando-se assim, nessa concepção, porque não elidido por outro meio idôneo de prova.

A prova testemunhal também não favorece o apelante. Demonstra, enfim, que o excesso de velocidade impermitiu ao condutor do carro oficial freá-lo, a fim de evitar o aciden-

te.

Guarda da distância de segurança entre os veículos, falta de atenção e imprudência no ato de dirigir, foram, sem dúvida, as causas determinantes da culpa do preposto do recorrente" (fls. 137 a 139, dos autos).

Com a devida vênia o V. Acórdão recorrido negou vigência aos artigos 276, 333, inciso I e 396, do Código de Processo Civil, como será reexaminado a seguir.

O primeiro dos dispositivos legais contrariados impõe, nas ações de procedimento sumaríssimo, ao autor que, na petição inicial, indique "as provas, oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos".

Deixando de juntar com a inicial a NOTA FISCAL ou CERTIFICADO DE PROPRIEDADE do automóvel que alega lhe pertencer, o demandante trouxe apenas o laudo pericial do acidente que, embora afirme que o autor é dono do veículo, não fez sequer menção ao número do mencionado certificado junto ao órgão de trânsito. Esse fato foi contestado por escrito em audiência, demonstrando-se a imprestabilidade do mencionado laudo como meio de prova de propriedade, além do fato de os automóveis possuírem registro próprio, nacionalmente controlado, também porque a informação constante do laudo foi fornecida pelo próprio interessado, constatação que abala a idoneidade da informação.

Não há como acatar que o Judiciário aceite uma simples informação inidônea (porque prestada pelo próprio interessado) e tente justificar que ela possa substituir e até se sobrepor a um MEIO DE PROVA ESPECÍFICO ASSIM DETERMINADO POR LEI, como é o caso dos certificados de registro dos automóveis.

Na verdade, se a informação constante do laudo sob análise, tivesse sido retirada do certificado de registro do automóvel (como argumenta de forma inaceitável o Acórdão recorrido), ela declinaria o número do aludido documento.

Nesse mesmo passo, o V. Acórdão negou vigência ao art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, que atribui de forma invidiosa O ÔNUS DA PROVA AO AUTOR, QUANTO AO FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO. Sim, porque, dispensando o autor desse encargo (a prova da propriedade do automóvel), o V. Acórdão contrariou frontalmente esse dispositivo legal, que consagra o princípio universal de direito processual de que **quem alega tem o dever de provar**. Esse princípio é de importância tão grande que ele pode se sobrepor até a revelia e à confissão, PORQUE O DES-

CUMPRIMENTO DELE É CAUSA DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, obrigando o juiz a indeferi-la antes mesmo de mandar citar o réu.

Mas, o V. Acórdão, além de afrontar esse princípio, negando-lhe vigência, com a devida vênia, ainda distorceu a inteligência do inciso II, do mencionado art.333, do estatuto processual, invocando-o de forma impertinente na discussão da questão do ônus da prova quanto ao **fato constitutivo** do direito do autor. A regra do invocado inciso II, refere-se ao **fato impeditivo, modificativo ou extintivo** do direito do autor.

Ou seja, a construção lógica seria constituída das seguintes premissas:

a) ainda que o autor fizesse a **prova da propriedade** do automóvel,

b) a ação deveria ser julgada improcedente, resultando provado que o **demandante agiu com culpa** ao parar o carro de noite no meio da pista, sem qualquer sinalização.

Na premissa a), a **prova da propriedade** é imposta ao demandante por força de lei, por isto nem o juiz pode inverter essa distribuição do **onus probandi**, (porque se refere ao fato constitutivo do direito do autor); em b), o fato impeditivo ou extintivo do direito do autor, é a culpa dele que, mesmo no campo da responsabilidade objetiva - como é a do Estado - exclui ou mitiga a obrigação da Administração, como é pacífica nesse sentido tanto a doutrina como a jurisprudência.

Portanto, é descabida a assertiva de que "caberia ao Estado... elidir a afirmação... de que o veículo... não lhe pertence". Porque essa afirmativa não socorre em nada o fato de o autor não haver se desincumbido do ônus da prova que lhe foi imposto por lei.

Outrossim, não aceita o Estado o argumento de que um Capitão e um Sargento da Polícia Militar possuam "fé pública" para afirmar que um automóvel pertence a alguém. Eles têm fé pública, quando investidos do encargo de peritos para examinar os veículos, declinando número de chassis, número de motor, constantes do próprio automóvel (e não dos documentos de propriedade, porque se assim fosse, a perícia, com a devida vênia, não seria idônea). Mas não possuem fé pública, para atribuir a propriedade dos veículos a alguém. Na verdade, só poderiam prestar essa informação a vista do **CERTIFICADO DE REGISTRO** do automóvel, fato que parece não ter ocorrido, tanto assim que não declinaram o número desse documento.

Cumprê-se lembrar que esse fato foi contestado, circunstân-

cia que retira qualquer possibilidade de se emprestar presunção de veracidade às alegações apresentadas na petição inicial. Ou seja, por mais este motivo, era dever do autor exibir a prova da propriedade em Juízo, que não fez.

É inegável que o V. Acórdão recorrido negou vigência também ao art. 396, do Código de Processo Civil, que obriga "à parte instruir a petição inicial (art. 283)... com os documentos destinados a provar-lhe as alegações", dever que, indubitavelmente, não foi cumprido pelo recorrido, porque, como já ficou exaustivamente demonstrado, a só informação constante do laudo pericial - desacompanhada de qualquer menção a número de certificado de registro junto ao órgão de trânsito - é inidônea para fazer prova da propriedade de automóveis.

Finalmente, entende o Estado que o V. julgado negou vigência ainda aos artigos 348 e seguintes, do Código de Processo Civil, que cuidam da confissão, porque, como ficou expresso com o depoimento do recorrido, às fls. 76, dos autos, ELE FREIOU O SEU VEÍCULO EM UMA PISTA DA ALTA VELOCIDADE, PARANDO-O, À NOITE, SEM USAR QUALQUER SINAL LUMINOSO QUE PUDESSE ALERTAR O VEÍCULO QUE VINHA ATRÁS DELE. Com esse ato o recorrido DEU CAUSA ao acidente, desfigurando totalmente a responsabilidade objetiva da Administração.

Essa causa de exclusão da responsabilidade do Estado foi devidamente demonstrada nas razões de apelação, nesses termos:

"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 "OBS-TRUINDO A PISTA PARA GARANTIR QUE UM VEÍCULO NÃO IDENTIFICADO REBOCASSE O MÓVEL PLACA GMA-1143" (fls. 114, dos autos).

A propósito, diz o Mestre José Cretella Jr.: "**Risco administrativo** não significa que a Administração deve indenizar **sempre e em qualquer caso** o dano suportado pelo particular; significa, apenas, e tão-somen-

te, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas ESTA PODERÁ DEMONSTRAR A CULPA TOTAL OU PARCIAL DO LESADO NO EVENTO DANOSO, CASO EM QUE A FAZENDA PÚBLICA SE EXIMIRÁ INTEGRAL OU PARCIALMENTE DE INDENIZAÇÃO" (Destacques pelo Estado. In "Comentários à Constituição de 1988", v. IV, p.2330. Forense Universitária).

Ao inadmitir a interposição do recurso especial, declinou o r. despacho agravado os seguintes fundamentos:

"Em suas razões, o recorrente limita-se a reclamar contra a falta de comprovação, pelo recorrido, da propriedade do veículo abalroado pelo veículo de sua propriedade. Tal prova está feita no próprio laudo pericial, sendo dispensável, portanto, a anexação, à petição inicial, do certificado da propriedade do veículo.

A questão, neste particular, foi muito bem examinada pela decisão monocrática e pela decisão de segundo grau.

Não vislumbro, no caso, a alegada afronta aos arts. 276, 333, I, e 396 do CPC. Ao contrário, parece-me evidente a intenção do recorrente, de reexame da prova dos autos, o que é vedado em sede de Recurso Especial, em face da força obstativa do enunciado nº 7 da súmula da jurisprudência dominante do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Não demonstrado cabalmente o requisito de admissibilidade, a que alude a letra "a" do dispositivo constitucional em que se arrima o recorrente, não admito o Recurso Especial em exame".

DAS RAZÕES DE REFORMA

Com a devida vênia, mas a bem da verdade, não procede

✶ assertiva de que seria "evidente a intenção do recorrente, de reexame de prova dos autos", pois não se cuida disso. Cuida-se, sim, das questões jurídicas constantes dos artigos 276, 333-I e 396, do Código de Processo Civil, exaustivamente explicitadas desde o primeiro momento em que o Estado se fez presente no feito, ao contestar a ação, assim como ao interpor a apelação e o recurso especial - cuja vigência vem sendo negada, por visível descumprimento dos preceitos ali constantes, por falta de obediência ao dever de produção da prova, quanto ao fato constitutivo do direito do autor e bem assim pela inversão injustificada e inaceitável do ônus da prova, em evidente prejuízo ao erário estadual. Embora essas questões versem sobre prova, elas NÃO SE RESTRINGEM A ISSO, daí não poderem ser tratadas como meras questões probatórias, por isso que envolvem o respeito a PRINCÍPIOS PROCESSUAIS ASSENTADOS EM TEXTO DO DIREITO POSITIVO FEDERAL, do qual é guardião o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela via procedimental do recurso especial, como assegura a Constituição Federal.

Por estas razões, o ESTADO DO AMAZONAS confia que V. Exa., usando o poder de retratação que lhe é outorgado por lei, haverá de rever o teor do despacho agravado, para admitir o mencionado recurso excepcional. Caso assim não entenda, requer-se que ordene a formação do instrumento deste agravo, com a indicação das seguintes peças a serem trasladadas:

- a) a contestação (fls. 46/52, dos autos);
- b) a sentença (fls. 100/102);
- c) a apelação (fls. 106/115);
- d) o Acórdão recorrido (fls. 137/139);
- e) o recurso especial (142/150);
- f) o despacho agravado (fls. 152/153);
- g) a certidão de que o recorrido não apresentou contra-razões (fls. 151);
- h) a certidão de intimação (fls. 154).

Nestes termos
Pede deferimento.

Manaus, 8 de agosto de 1994

PAULO LOBATO TEIXEIRA
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O ESTADO DO AMAZONAS, anteriormente qualificado nos autos do Recurso Extraordinário nº 160.811-4 AM, no qual figuram como recorridos MARIA ELIZABETE MORAES, FRANCISCA DAS CHAGAS BENVINDA, SIBYL VANE FONSECA DAS NEVES e outros, amparado nas disposições constantes dos artigos 330 a 332, do RISTF, vem opor EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA à V. Decisão proferida pela Colenda Primeira Turma dessa Suprema Corte, sob os fundamentos deduzidos nas inclusas razões, rogando a V. Ex^a. que ordene a sua distribuição e processamento, na forma regimental.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 01 de setembro de 1994.

PAULO LOBATO TEIXEIRA
Procurador do Estado do Amazonas.

Razões de embargos de divergência pelo
embargante ESTADO DO AMAZONAS.

COLENDO TRIBUNAL

Merece reforma a V. Decisão recorrida, eis que, com a

devida vênia, divergiu da jurisprudência assente ao longo de várias décadas, expressa em julgados proferidos tanto por ambas as Turmas, como pela Composição Plenária dessa Suprema Corte, como será demonstrado no curso destas razões recursais.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário nº160.811, anteriormente interposto pelo Estado, proferiu a Colenda Primeira Turma o julgado assim ementado:

"Ato administrativo: anulação e revogação. A Administração pode anular seus próprios atos, quando inquinados de ilegalidade (Súmula 473); não obstante se, a pretexto de decretar nulidade, invoca razões de mera conveniência, o que se tem, na verdade, é revogação, que não pode desconstituir situações jurídicas, cuja legalidade, aliás, o recurso extraordinário não questiona".

A essa decisão opôs o Estado Embargos de Declaração em que demonstrou a omissão e a imprecisão material que levou a erro o V. Julgado, concluindo por suplicar que fosse atribuído efeito modificativo àqueles embargos para que o recurso extraordinário fosse conhecido e provido.

Voltando a pronunciar-se, a Turma recebeu, em parte, os embargos referidos apenas para alterar a ementa do Julgado, que passou a ter a seguinte redação:

"I - Embargos de declaração: não há omissão na decisão judicial se o fundamento nela acolhido prejudica a questão da qual não tratou.

II - A administração pode anular seus próprios atos, quando inquinados de ilegalidade (Súm. 473): não obstante, se, para desfazê-lo, invoca razões de mera conveniência, o que se tem, na verdade, é revogação, que não pode desconstituir situações jurídicas geradas pelo ato revogado, cuja legalidade, aliás, o autor da revogação não questiona".

A fim de permitir a análise da divergência, transcreve-se a seguir o seguinte excerto do voto que fundamentou o Acórdão recorrido:

“O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (RELATOR): o voto que proferi, de improviso, é que, acompanhado pela maioria de Turma converteu-se na fundamentação do acórdão, peca efetivamente pela concisão.

Nele não ficou explícito a sua base teórica, qual seja, a vinculação do ato administrativo ao seu motivo determinante.

No caso, como fielmente informado pelo relator originário do recurso, o em. Ministro Ilmar Galvão, o ato do Tribunal de Contas do Estado, questionado no mandado de segurança não se fundou na nulidade da decisão anterior, restabelecida pelo acórdão recorrido, mas, sim, em explícitas razões de conveniência. Documentou-as, com efeito, o ofício do Presidente do Tribunal de Contas ao Secretário de Economia, Fazenda e Turismo do Estado, nos termos seguintes (fls.93):

‘Por fim, informamos a V.Ex^a. que este Tribunal, em Sessão desta data, decidiu, mesmo diante da possibilidade de recurso por parte dos interessados na área judicial, suspender a aplicação do reajuste de 81% pago em fevereiro último às categorias de Auditor Adjunto, Auditor Assistente e Procurador Adjunto, isso diante da grave situação financeira do Estado e do objetivo desta Corte de Contas de colaborar com as medidas de contenção de despesas da atual Administração’.

Esse motivo declarado do ato impugnado basta à sua invalidação: dispensa demonstração que vantagem funcional reconhecida como direito de servidores públicos não pode ser revogada pelo desejo de quem o reconheceu de colaborar com medidas governamentais de contenção de despesas.

Vinculada a revogação ao seu motivo determinante, se este não a autoriza, pouco importa indagar da correção jurídica do ato revogado.

Vícios jurídicos do ato revogado, é claro, tornariam válida a sua anulação, não, porém, a revogação, se os motivos dela não a autorizavam.

Sendo essa a tese subjacente à decisão embargada, é manifesto que não cabe criticá-la por não se ter ocupado com a aferição da validade do ato revogado: não há omissão na decisão judicial, se o fundamento nele acolhido prejudica a questão da qual não tratou.

Há porém, não no acórdão, mas na sua ementa, uma imprecisão a corrigir.

Com efeito, na ementa se afirma que o recurso extraordinário não questionara a legalidade das situações judiciais desconstituídas pelo ato de revogação, o que não é exato: quem não o questionou foi o Tribunal de Contas, ao revogar, por motivos de conveniência, a decisão que tomara".

Com o devido respeito, expressa o Estado do Amazonas o entendimento de que essa decisão divergiu dos seguintes julgados proferidos por essa Colenda Suprema Corte:

"ATO ADMINISTRATIVO - REVOGAÇÃO
- É facultado à administração pública revogar os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois, só na hipótese de ter sido esta obedecida, é que dêles poderia haver nascido um direito público subjetivo. Ao pronunciar-se o Judiciário se provocado, sobre a legalidade do ato revogador, dirá sempre a palavra final e estenderá o seu exame ao ato revogado. Se este era legal, gerando um direito subjetivo, o Judiciário o restabelecerá, anulando o ato revogador. Se, porém, era ilegal, mantê-lo,

apesar disso, só porque a administração o rescindiu, seria falhar o Judiciário à sua missão, que é de contrôles da 'legalidade' dos atos administrativos" (Benedito Francisco de Melo vs. Estado de Mato Grosso. Rec. de mand. de seg. nº 1.543. Decisão unân. do STF, em 29.10.51, in Rev. Forense 142/138. Cópias xerográficas em anexo).

Na parte em que interessa a esta análise, eis o que consta do voto, no qual se fundou esse julgado:

"O SR. MINISTRO LUÍS GALLOTTI (relator): Tenho sempre entendido, com apoio em citações de Mestres que seria longo e escusado reproduzir agora, que é facultado à administração pública revogar os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois, só na hipótese inversa, de ter sido a lei obedecida, é que dêles poderia haver nascido um direito público subjetivo.

Ao pronunciar-se o Poder Judiciário, se provocado, sobre a legalidade do ato revogador, dirá sempre a palavra final e estenderá, é claro, o seu exame ao ato revogado. Se este era legal, gerando um direito subjetivo, o Judiciário o restabelecerá, anulando o ato revogador. Se porém, era ilegal, mantê-lo, apesar disso, só porque a administração o rescindiu, seria, a meu ver, falhar o Judiciário à sua missão, que é de contrôles da legalidade dos atos administrativos. Seria o Judiciário invalidar o segundo ato que restaurou o império da lei e pôr em vigor o primeiro que a violara, com evidente subversão do papel que lhe cabe no regime vigente.

No caso, há que examinar, portanto, se o ato do antigo diretor que efetivou o recorrente, revogado pelo novo diretor, com aprovação do governador, teve apoio na lei" (op. cit. p. 139/140).

Neste caso, está nitidamente configurada a divergência exigida pela norma regimental, eis que presentes os seus elementos configuradores, a saber:

CIRCUNSTÂNCIAS QUE ASSEMELHAM OS CASOS CONFRONTADOS - Em ambos os julgados, cuidam-se da revogação, ou da anulação do ato administrativo, como faculdade outorgada à própria Administração. No caso dos autos, houve a **suspensão** do pagamento do percentual de 81% aos Auditores Assistentes, Auditores Adjuntos e Procuradores Adjuntos do Tribunal de Contas do Estado, anteriormente concedido através de resolução interna, a título de isonomia, mas, na realidade, em **equiparação** (já que não houvera lei autorizativa) aos Auditores Assistentes do Tribunal de Contas dos Municípios; no caso confrontado, ocorreu a **revogação** da portaria de efetivação de servidor que havia sido anteriormente nomeado, também através de portaria, para ocupar o cargo de Chefe da Seção Administrativa da Comissão de Estradas de Rodagem, na qualidade de extranumerário mensalista da mesma Comissão;

PONTOS DIVERGENTES DOS JULGADOS - No Acórdão confrontado, essa Colenda Corte impôs ao Judiciário, quando provocado sobre a legalidade do ato revogador, o dever de estender o seu exame ao ato revogado, sob pena de, omitindo-se, falhar na sua missão "que é de controle da legalidade dos atos administrativos". Adotando posição diametralmente oposta, asseriu o V. Acórdão embargado:

"Vícios jurídicos do ato revogado, é claro, tornariam válida a sua anulação, não, porém, a revogação, se os motivos dela não a autorizavam.

Sendo essa a tese subjacente à decisão embargada, é manifesto que **não cabe criticá-la por não se ter ocupado com a aferição da validade do ato revogado**: não há omissão na decisão judicial, se o fundamento nele acolhido prejudica a questão da qual não tratou" (destacou-se).

É explícita a manifestação da Turma recorrida em furtrar-se ao exame do ato revogado, configurando de forma indubitosa a divergência com o julgado confrontado, de modo a atender satisfatoriamente o pressuposto regimental ao cabimento deste recurso.

A propósito, registra o Estado a sua irrisignação posto que, desde às informações prestadas pela autoridade impetrada, bem

como ao longo da cadeia recursal, sempre foram expressamente argüídos os graves defeitos que viciaram o ato revogado, por inconstitucionalidade tanto formal como material, porque, além de afrontar os princípios proibitivos à equiparação e à vinculação, constituiu esse ato inegável usurpação à prerrogativas reservadas pela Constituição Federal ao Chefe do Poder Executivo. De igual modo sempre foi denunciada a total ausência do direito líquido e certo, (indispensável à impetração da segurança) já que, como sempre repetiu essa Suprema Corte, **DE ATOS ILEGAIS NÃO SE ORIGINAM DIREITOS**.

É princípio de processo que o direito de postular não é privativo do demandante. Por isso que o Estado do Amazonas não aceita que, tendo provocado o Poder Judiciário, inclusive na sua mais Alta Cúpula, não tenha obtido a prestação jurisdicional reclamada, para reconhecer a ilicitude do ato revogado e a total ausência de qualquer direito dos recorridos, muito menos amparável pela via do mandado de segurança. Não aceita, por fim, que o Judiciário - que tem por missão o dever de controle da legalidade dos atos administrativos -, como afirmado no V. Julgado confrontado, furte-se a fazê-lo, preferindo, ao julgar, amparar-se apenas em detalhes conceituais na invalidação do ato revogado.

DIVERGÊNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO STF. O V. Julgado embargado diverge da jurisprudência predominante desse Colendo Supremo Tribunal Federal, sumulada sob o verbete 473, **verbis**:

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Expressando a posição de todos os julgados que serviram de base à edição dessa Súmula, a sua primeira parte diz claramente que **OS ATOS ILEGAIS NÃO DÃO ORIGEM A DIREITOS**. Entretanto, o V. Acórdão embargado, com a devida vênia, asseverou divergentemente. Com efeito, ainda no enunciado da sua ementa, expressou: "não obstante, se, para desfazê-lo, invoca razões de mera conveniência, o que se tem, na verdade, é revogação, que não pode desconstituir **SITUAÇÕES JURÍDICAS GERADAS PELO ATO REVOGADO**, cuja legalidade, aliás, o autor da revogação não questi-

ona" (destaques pelo embargante). E, no voto que embasou a Decisão: "Esse motivo declarado do ato impugnado basta à sua invalidação: dispensa demonstração que VANTAGEM FUNCIONAL RECONHECIDA COMO DIREITO DE SERVIDORES PÚBLICOS não pode ser revogada pelo desejo de quem o reconheceu de colaborar com medidas governamentais de contenção de despesas" (destacou-se).

Ora, está mais do que clara a posição do Acórdão embargado no sentido de que O ATO REVOGADO GEROU DIREITOS, embora sendo ele incontestavelmente viciado de inconstitucionalidade, por contrariedade a vários dispositivos da Constituição Federal, como já ficou assinalado anteriormente, não sendo impossível ignorar-se essa verdade, já que foi permanentemente argüida durante toda a trajetória do processo, insistentemente repisada na interposição dos recursos.

É também indubitoso que A ILEGALIDADE DO ATO NÃO ESTÁ NA SIMPLES IMPUTAÇÃO QUE ÁLGUÉM LHE ATRIBUA, mas A ILEGALIDADE DO ATO RESIDE NO VÍCIO QUE O MACULA. Por isso, que, com a devida vênia, argüida a inconstitucionalidade do ato, perante o Poder Judiciário, não poderia o V. Julgado recorrido, alheando-se ao exame desse vício, asseverar que o ato gerou situações jurídicas que devam ser respeitadas.

Pelas razões expostas e em atenção aos seus jurídicos fundamentos, o Estado do Amazonas confia que este recurso haverá de ser admitido e provido para que, reformada a V. Decisão embargada, seja dado provimento ao Recurso Extraordinário anteriormente interposto.

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília, 01 de setembro de 1994.

PAULO LOBATO TEIXEIRA
Procurador do Estado do Amazonas

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público, já qualificado nos Autos da Ação Popular, Processo nº 211/90, que SERAFIM FERNANDES CORREA move contra VIVALDO BARROS FROTA, JOSÉ BRAZ DE CHERMONT RAYOL e COMAGI - CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO ATAYDE GIRARDE LTDA., vem perante Vossa Excelência, pelo Procurador do Estado abaixo firmado, na forma do art. 132 da Constituição Federal e do art. 12, item I, do Código de Processo Civil, Requerer Reconsideração do Despacho de 16.06.94 determinando ao Estado do Amazonas complementação dos Honorários do Perito, anexado as Razões para fins do competente Recurso de **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, na hipótese de Vossa Excelência não reconhecer que a decisão constituiu uma Execução de Ofício, imprópria inclusive na Ação Popular, além de ter havido ofensa ao princípio constitucional de contraditório, pelo que, data vênua, a alegada complementação dos honorários teria que se subordinar ao adequado Processo de Execução, com natural oportunidade de Defesa.

N. Termos,

P. Deferimento.

Manaus, 23 de agosto de 1994

JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
Procurador do Estado

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

AÇÃO POPULAR

AUTOR: SERAFIM FERNANDES CORREA

RÉUS: VIVALDO BARROS FROTA

JOSÉ BRAZ DE CHERMONT RAYOL

COMAGI - CONST. E COMÉR. ATAYDE G. LTDA.

AGRAVANTE: ESTADO DO AMAZONAS

RAZÕES:

O Estado do Amazonas não é parte neste Processo, porque não figura como autor, réu, litisconsorte, etc.

A decisão do MM. juiz que, invocando analogia, determina ao Estado do Amazonas a complementação dos Honorários do Perito é inteiramente atacável, e improcedente, pelas seguintes razões:

1. O art. 463 do Código de Processo Civil diz textualmente: "Ao publicar a sentença do mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculos; II - por meio de embargos de declarações":

Neste caso concreto nada disto ocorreu.

Na Ação Popular, concluída, por Sentença, e já constituindo coisa julgada, o MM. Juiz despachou determinando ao Estado do Amazonas a complementação dos honorários do Perito, cuja parcela inicial não foi paga pelo Estado do Amazonas e nem isto poderia ocorrer, mas foi paga pelos réus, conforme prova documental nos Autos. Diante do fato de os réus terem logrado êxito na ação e de o autor normalmente não ser onerado com esse tipo de ação, entendeu o MM. Juiz de colocar o ônus no Estado do Amazonas, que, inclusive não é parte na ação. Alegou o ilustre julgador analogia com a assistência judiciária e o dever do Estado do prover recursos para o Poder Judiciário, uma vez que o Perito tem que ser pago, não devendo ser locupletado pelo sistema judiciário.

É certo que o Perito deve ser pago, ou, neste caso concreto, complementado o pagamento. O juiz decidiu pela complementação,

significando então, que alguém depositou a parte inicial. Os autos informam que foram os réus. É evidente, então, que eles, os réus, devem complementar o pagamento, até pelo princípio de que o acessório segue a sorte do principal.

2. Neste caso concreto, parece ao Estado do Amazonas que, nos termos dos arts. 16 e 17 da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular, qualquer interessado, inclusive o próprio perito, poderia no prazo legal promover a Execução da Sentença.

3. Especificamente quanto aos Honorários Periciais, prescreve o art. 585 do Código de Processo Civil que são títulos executivos extrajudiciais: V - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários foram aprovados por decisão judicial.

Então, a conclusão evidente é que, mesmo que sejam devidos honorários periciais, satisfeitas as exigências legais, não poderia o MM. Juiz em despacho posterior a Sentença determinar ao Estado do Amazonas tal complementação, porque o Estado do Amazonas não foi conseqüentemente condenado, e inclusive não tem o MM. Juiz legitimidade para execução ex officio, além de que sucumbente foi o autor.

Diante do exposto, dos fatos e da prova dos Autos, tudo relacionado com a lei processual comum e da ação popular, preiteia o Estado do Amazonas a revogação do MM. Juiz a quo.

N. Termos,

P. Deferimento.

Manaus, 23 de agosto de 1994.

JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
Procurador do Estado

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público, com endereço nesta capital à Rua Ferreira Pena nº 366, sede de sua Procuradoria Geral, nos Autos da Ação de Cobrança de Diferenças de Pensão por Morte Cumulada com Ação de Revisão de Pensão por Morte, proposta por MARIA DOS REMÉDIOS FALCÃO contra o INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DO AMAZONAS e contra o próprio ESTADO DO AMAZONAS, como Litisconsorte, vem perante Vossa Excelência, através do Procurador do Estado que esta subscreve, na forma do art. 132 da Constituição Federal e do art. 12, item I, do Código de Processo Civil, **C O N T E S T A R** o feito, nos seguintes Termos:

1. PRELIMINARMENTE o Estado do Amazonas Requer sua exclusão da lide, uma vez que foi chamado como Litisconsorte, na forma do art. 47 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre o litisconsorte necessário, que entende não ser aplicável neste caso concreto.

Ora, MM. Juiz, o Estado do Amazonas, como é público e notório, criou e dispõe, em sua Administração Indireta, do IPASEA - Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Amazonas, com competência definida de Aposentadoria, Pensão e Assistência Médica-Hospitalar de seu Pessoal Estatutário e respectivos dependentes. É uma Autarquia e, portanto, conforme a Estrutura Administrativa brasileira, dotada de Orçamento próprio e de autonomia administrativa e financeira.

Por ser uma Autarquia, o IPASEA é uma pessoa jurídica distinta do Estado do Amazonas, respondente, diante da ordem

jurídica, por seus próprios atos, notadamente dentro da natureza de sua atribuição previdenciária.

Pleiteia o Estado do Amazonas sua exclusão da lide, que discute Pensão, matéria específica do IPASEA, sua Autarquia, para isto criada.

Entende que, diante da especificidade da matéria, o art. 47 do CPC brasileiro não está adequadamente invocado, citando, entre tantas, as duas seguintes decisões:

1. O litisconsorte necessário "tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo" - STF RT 594/248. Do contrário, ele não ocorre - RTJ 84/267.

2. "Há litisconsorte necessário passivo quando existe comunhão de interesse do réu e do terceiro chamado à lide" - STF 2ª Turma Ag 107.489-2, Ag Rg SP, Rel Ministro Carlos Madeira.

2. NO MÉRITO, o Estado do Amazonas ratifica a Contestação do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Amazonas - IPASEA, Requerendo, também, o recolhimento da carência de Ação e a conseqüente extinção do processo, nos termos do art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

N. Termos,

P. Deferimento.

Manaus, 29 de agosto de 1994.

JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
Procurador do Estado

EXMO. SR. Dr. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Procurador do Estado que adiante assina, na conformidade do art. 132 da Constituição Federal, art. 12, I do CPC combinado com o art. 2º, da Lei Estadual nº 1639, de 30.12.83 (Lei Orgânica da PGE), vem, respeitosamente, à presença de V.Exa. CONTESTAR os termos da AÇÃO ORDINÁRIA que lhe promove MAGDA BARRONCAS RIBEIRO, pelos motivos seguintes:

A autora alega que na condição de exercente de cargo efetivo de professora estadual, em 01.06.1983 foi designada para ministrar aulas em outro expediente, conforme determinação expressa na Portaria GS Nº 742/83, de 13.06.83. Essa designação foi prorrogada por tempo indeterminado através da Portaria GS, nº 273/84, de 26.03.1984.

Alega a autora que "apesar de ter completado um quinquênio em 01.06.88 e dois desde 01.06.93, somente a partir de dez/93 é que o réu passou a pagar o respectivo adicional previsto no art. 61 da Lei nº 1778/87, referente a cadeira assumida desde junho/83 (matrícula nº 017.538-2-b). De forma que fica o réu a dever o pagamento de tais adicionais desde o mês de junho de 1983, no valor correspondente a 5% sobre os vencimentos normais até maio de 1993 e 10% de junho/93 a novembro do mesmo ano".

Requer, finalmente, que o réu seja condenado a pagar a importância correspondente a 1/3 sobre a remuneração das seis férias gozadas pela autora de outubro/88 até a data propositura da ação.

NO MÉRITO

Observa-se, sem dificuldades, que a autora não tem a mais

minima razão em seu pleito lançado na exordial, na medida em que ela mesma assegura que em virtude de ser detentora de um cargo efetivo do quadro de Pessoal estadual, a partir de 01.06.83 foi **designada** para ministrar aulas em outro expediente, **em substituição**, como faculta o art. 61, da Lei nº de 08.01.1987 (Estatuto do Magistério Estadual).

Esclareça-se que a designação da autora para ministrar aulas em substituição, só ocorreu em razão da permissão contida no paragrafo 1º, do art. 61 da Lei estadual nº 1.778/87, que orienta, na hipótese dos autos, que "*O substituto será recrutado dentre os ocupantes dos cargos de Professores, lotados na mesma Unidade Educacional ou na mais próxima*".

Assim, que a autora por exercer um cargo público efetivo, regido por estatuto próprio, sob o Código MP II. EC. D2, cargo 259, matrícula 017.538-a, foi legalmente designada para, eventualmente, em substituição preencher cargos no magistério estadual, percebendo a título de honorários, a importância correspondente ao número de aulas efetivamente dadas, segundo o paragrafo 2º, do art. 61 da Lei citada.

Desse modo a autora não foi contratada para prestar serviços na rede estadual de ensino, mas **designada** para em **substituição** ministrar aulas em razão do cargo efetivo que na época ocupava, não lhe assistindo razão em reclamar o pagamento de quinênios por essa designação.

Alias, diga-se de passagem, que o adicional por tempo de serviço só é pago ao servidor público estadual que tem seu regime jurídico baseado em estatuto próprio, exercendo, portanto, um cargo efetivo.

Na espécie, a autora pretende dar a designação que lhe foi conferida por Lei a partir de 01.06.1983, o Caráter de contratação celetista, querendo com isso desnaturar a figura da substituição prevista no Estatuto do Magistério, cuja designação só pode recair em servidor ocupante de cargo efetivo de professor.

E a autora percebeu regularmente o pagamento pela designação temporal que lhe foi conferida, desde o mês de julho de 1983 até julho de 1993, como se vê nas folhas de pagamento em anexos, correspondente ao código nº 023, visto que a 05 de julho de 1993, foi nomeada em caráter efetivo, à vista de habilitação em concurso público, para ocupar a sua segunda cadeira de professora, recebendo da Administração a matrícula nº 017.538-B (Diário Oficial do Estado de 06.07.93, anexo).

No que pertine a 1/3 das férias, a autora apenas fez jus ao

recebimento dessa vantagem correspondente ao seu cargo efetivo, sob a matrícula nº 017.538-A (1ª cadeira e que nas folhas de pagamentos figura no código 149), na medida em que essa vantagem não pode ser paga ao servidor que exerce atividades funcionais na condição de mero substituto, na razão simplista de que não é detentor de cargo público, mas de uma designação para substituir em servidor ocupante de cargo de igual denominação, como está expresso no parágrafo 1º de art. 61. do Estatuto do Magistério.

Por outro lado, a autora pretende dar, a qualquer custo, ao instituto da designação que lhe foi conferida, motivos para ensejar os efeitos do art. 19 do ADCT

da Constituição Federal, porque no período especificado substituiu outro servidor ocupante de igual cargo.

Decididamente, a autora nesse ponto também não tem razão, visto que a simples execução de um serviço público em substituição a outro servidor, não leva a estabilidade excepcional, tal a clareza como se impõe o art. 19, do ADCT da CF, que diz:

“Art. 19º 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.

artigo 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei, declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para fins do caput deste artigo, exceto se tratar de servidor” (Grifamos).

Extrai-se do mencionado dispositivo que a garantia da estabilidade só é concedida ao servidor público que, embora sem aprovação em concurso público, exercia na data da promulgação da Constituição Federal, há pelo menos cinco anos ininterruptos, cargo público não comissionado ou simples funções públicas de livre exoneração.

No caso em debate, a autora foi designada para substituir

outro servidor ocupante de igual cargo, porque ela, a autora, já pertencia ao quadro efetivo de pessoal do magistério estadual, e a designação aconteceu em razão do consentimento fixado no art. 61 e parágrafo 1º da Lei nº 1.778/83, Estatuto do Magistério.

Em verdade, destaque-se que no magistério estadual, somente quem já for integrante efetivo dele poderá substituir o outro, tanto que por força do inciso II, do art. 63 da Lei nº 1778/87, essa substituição poderá ser facultativa, todavia, o substituto será obrigatoriamente do quadro, pelo que indubiosamente não se caracteriza, na espécie, a chamada estabilidade excepcional.

Vale destacar para a questão ficar definitivamente esclarecida, no tocante a mera designação da autora para substituir outro servidor ocupante de igual cargo efetivo, é que essa substituição não gera a pretendida estabilidade capitulada no art. 19 do ADCT da Constituição Federal, segundo a lição sempre presente do renomado PONTES DE MIRANDA:

“(A Constituição não exclui as interinidades por substituição (para efeito da estabilidade excepcional), salvo, naturalmente, se essa substituição era em virtude de carreira, ou quadro hierárquico, porque, então, o substituto teria o seu cargo efetivo e em consequência disso, e não da nomeação da ínterim, substituída. In Comentários à Constituição de 1967”, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., Tomo VI, 1968. pág. 425).

Nestas condições, o ESTADO DO AMAZONAS requer a V. Exa. que seja decretada a improcedência da ação, com a condenação da autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono de réu a ser arbitrados, protestando, desde logo, pela apresentação de provas admitidas em direito.

Termos em,
Pede Deferimento.

Manaus, 20 de julho de 1994.

JARI VARGAS
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Procurador do Estado que adiante assina, na conformidade do art. 132 da Constituição Federal e art. 12, I do CPC, combinados com o art. 2, I da Lei nº 1639, de 30.12.83 (Lei Orgânica da PGE), nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29400013-5, tendo como impetrante SADY CRUZ PEREIRA DE SÁ FILHO e, impetrado do GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, vem respeitosamente, à presença de V. Exa. interpor o presente RECURSO ESPECIAL do v. acórdão de fls. 156/162, para o Egrégio Tribunal Superior de Justiça, com amparo no art. 26, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, por ter o mesmo ofendido a Constituição Federal, art. 105, III, "a", "c" e o faz objetivando reparar a injustiça expressa na decisão ora recorrida e, afinal, ver restabelecido o direito que lhe assiste, consoante as seguintes motivações:

OS FATOS

Observa-se que o ora recorrido impetrou o *mandamus*, objetivando obter a reparação de suposto direito líquido e certo, sob a alegação de que o processo administrativo disciplinar que resultou na sua expulsão do serviço público estadual está eivado de vícios, porque a Secretária de Administração é autoridade incompetente para determinar a instauração de processo disciplinar, e o recorrido teve cerceado o seu direito de defesa, em contrariedade ao texto da Carta da República.

A autoridade tida como coatora prestou as informações necessárias e indispensáveis ao deslinde de causa, argüindo, em

preliminar, a decadência do direito do recorrido de impetrar a segurança, visto que o prazo para a impetração é insusceptível de interrupção ou prorrogação.

No mérito, a autoridade impetrada demonstrou claramente que inexistente direito líquido e certo pleiteado pelo recorrido, nem se caracterizou a ilegitimidade ou abuso de poder, uma vez que a Secretária de Administração do Governo do Estado do Amazonas é autoridade competente para determinar a instauração de processo disciplinar, e o recorrido teve, sem dúvida alguma, o amplo direito de defesa.

Ocorre que o Egrégio Tribunal Pleno, *a quo*, decidiu a questão anulando o processo disciplinar e, em consequência, o Ato Demissório do recorrido, cuja ementa é a seguinte:

“Processo disciplinar. Demissão de autárquico.

Incompetência de Secretário de Estado para instaurá-lo. Imprecisa acusação. Tempestividade do pedido. Concessão da ordem.

- Ao cotejo da data da publicação do ato demissório e do ajuizamento da ação mandamental, tem-se por infundada a arguição de decadência do direito de agir, porque a petição inicial foi protocolada no último dia do prazo legal.

- Concede-se mandado de segurança para anular o procedimento disciplinar e, de consequência, o ato demissório de servidor autárquico, pela inobservância de formalidades essenciais que se consubstanciam em ofensa ao direito líquido e certo de resposta a processo legal que lhe assegure a plenitude de defesa”.

Assim, data venia, o v. acórdão impugnado contrariou, sobretudo, a prova dos autos, pelo que precisa ser reformulado, para vicejar o direito e a justiça.

DO CABIMENTO DO RECURSO E RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA

Objetivamente o v. acórdão recorrido contrariou o disposto 18 da Lei nº 1.533, de 31.12.1951, e ao mesmo tempo deu ao

mencionado dispositivo interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Observa-se que o mencionado art. 18, orienta que o direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

O recorrido impetrou o *mandamus* irresignado contra o ato que o demitiu do cargo de Cirurgião Dentista do Quadro de pessoal do Instituto de Previdência a Assistência dos Servidores do Estado do Amazonas - IPASEA, representado pelo Decreto Estadual de 02.10.1993, publicado no Diário Oficial do Estado de **08 de setembro de 1993**, que circulou no dia seguinte.

O ato da Administração impugnado, em verdade, foi publicado no Diário Oficial de **08 de setembro de 1993, que circulou no dia 09.09.93**, exaurindo-se o prazo legal da impetração, em **06 de janeiro de 1994**. O Mandado de segurança em destaque, contudo, só foi protocolizado, junto ao Egrégio Tribunal Amazonense, em **07 de janeiro de 1994**, complementemente a destempo.

Assim, não há a menor dúvida de que se operou, na espécie, pela consumação da decadência, a extinção do direito de valer-se do remédio heróico do mandado de segurança contra o ato que excluiu o impetrante do Quadro de Pessoal do Instituto de Previdência Estadual - IPASEA, o qual produziu imediatas consequências no âmbito jurídico, desde a publicação no Diário Oficial do Estado.

Salienta-se que o termo inicial, **dies a quo**, do prazo decadencial de 120 dias constante do art. 18 da lei de regência começou a fluir, para efeito da impetração do *mandamus*, a partir da data em que o ato do Poder Público, formalmente divulgado no Diário Oficial apresenta-se capaz de gerar efeitos lesivos na situação jurídica do impetrante.

Logo, o prazo para a impetração da segurança se iniciou no dia da circulação da publicação do ato impugnado no Diário Oficial do Estado, ou seja a **09 de setembro de 1993**, e não no dia seguinte da circulação como entendeu erroneamente, **data venia**, o v. acórdão ora combatido.

Consequentemente, não tem sido outra a orientação da Suprema Corte, quando assinala que o **dies a quo** do prazo decadencial para a postulação do mandado de segurança tem início com a publicação, no Diário Oficial, do ato impugnador:

"Mandado de Segurança. Decadência.

- O prazo decadencial para requerer mandado de segurança **conta-se a partir do dia da publicação**, no Diário Oficial, do ato impugnado. A comunicação pessoal posterior, feita pela autoridade coatora ao impetrante, não reabre aquele prazo, pois é de decadência, fatal e improrrogável quanto ao seu início. Mandado de Segurança que se não conhece"(RTJ 103/965, Pleno, Min. SOARES MONOZ). *grifamos*.

"Mandado de Segurança.

- O prazo de decadência para requerer-se mandado de segurança se conta da publicação do ato no Diário Oficial, não reabrindo por comunicação pessoal que, posteriormente, seja feita ao impetrante. Mandado de Segurança não conhecido (RTJ 110/71, Pleno, ref. Min. MOREIRA ALVES). *Grifamos*.

Nessa mesma ordem decidiu à unanimidade o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mandado de Segurança nº 1.812-4 - DF, que teve como impetrante José Omar Gomes, conforme a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. O prazo decadencial para impetrar mandado de segurança conta-se a partir do dia da publicação, no Diário Oficial, do ato impugnado. (Julg. em 22.10.1992, pub. no D.J.U, de 09.11.1992). *Grifamos*.

Logo, fácil é concluir que além do v. acórdão ora impugnado contraria o art. 18, da Lei nº 1.553/51, divergiu da orientação da Suprema Corte, porque o prazo inicial para a impetração da segurança começa a fluir do dia da publicação, como entendeu o Egrégio Tribunal local.

E, na espécie, o ato de expulsão do serviço público autárquico do recorrido publicado no Diário Oficial do estado de 08.09.93, que circulou no dia seguinte, ou seja a 09.09.93, data considerada inicial para impetração da segurança, expirando-se, portanto, o prazo de 120 dias no dia 06.01.94, enquanto a petição

inicial foi protocolizada do Egrégio Tribunal de justiça do Estado do Amazonas, no dia 07 de janeiro de 1994, extemporaneamente (fls 02).

No mais, deve ser observado o disposto no parágrafo 1º, do art. 219 do Código de Processo Civil, aplicável ao instituto da decadência por força do art. 220 do mencionado estatuto formal, que orienta no sentido de que a interrupção da prescrição ocorre a partir da data do despacho que ordenar a citação.

Conseqüentemente, não é suficiente a simples propositura da ação para impedir que se consuma a decadência, é indispensável a lavratura de despacho ordenando a requisição das informações, o que, no caso em apreciação, só ocorreu no dia **10 de janeiro de 1994** como se vê às fls. 53, dos autos.

Outro não é o entendimento do Egrégio Tribunal de justiça do Estado de São Paulo, em caso absolutamente idêntico e do qual o Tribunal a quo divergiu, decisão que ficou assim ementada:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Distribuição no 119 dia - despacho solicitando informações vários dias depois - Decadência ocorrida - Recurso impróvido - Não é a distribuição que detém o prazo de decadência, mas o despacho judicial que ordena a citação, ao qual equivale o despacho que requisita informações, na ação de mandado de segurança" (RT, 471/84).

Por outro lado, o recorrido impetrou a segurança pleiteando a nulidade do processo disciplinar que apurou sua responsabilidade judicial e resultou na pena de demissão, argumentando que a secretária de Administração não tinha competência para determinar instauração do mencionado processo disciplinar, bem como teve cercado o seu direito de defesa.

Ledo engano. Observa-se que a iniciativa para determinar a instauração do Processo Disciplinar destinado a apuração de responsabilidade funcional do recorrido, partiu da própria Diretora-Presidente do IPASEA (fls, 25), conforme está explicitado nas informações que integram o presente recurso.

"Com efeito, consta do despacho às fls.

"Considerando que o **servidor SADY CRUZ PEREIRA DE SÁ FILHO, vem infringindo as Normas estatutárias prejudicando o serviço com conduta incompatível com**

o desempenho da função pública conforme documentos anexos **solicito** a V.Exa., **abertura de Inquérito Administrativo** afim de ser apurada a responsabilidade do referido servidor”.

Assim, pela simples leitura do despacho supra-transcrito constata-se que fora a Diretora-Presidente do IPASEA, motivadamente, quem tomou a iniciativa para instauração do Processo disciplinar em epígrafe.

Ademais, o fato do Processo Administrativo Disciplinar em tela ter sido instaurado por portaria da Exma. Secretária de administração e processada pela comissão de Regime Disciplinar, integrante da estrutura daquela secretaria, é decorrente da própria legislação estadual pertinente a matéria. Se não vejamos:

Dispõe o art. 180, do Estatuto dos Funcionários públicos do Estado do Amazonas (lej nº 1.762/86):

“Art. 180 - Além do Governador, dos Presidentes dos Poderes Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Secretário de Estado, são competentes para determinar a instauração do inquérito disciplinar os dirigentes dos órgãos diretamente subordinados ao Chefe do Poder executivo e os dirigentes de autarquias, **respeitadas as atribuições estabelecidas em regulamento, regimento interno ou lei orgânica**”.
(destacamos)

Pois bem, o Decreto nº 11.081, de 26 de abril de 1988, que disciplina a estrutura, finalidade e funcionamento da Comissão de Regime Disciplinar, atribui competência a esse órgão, integrante da estrutura de Secretaria de Administração, para apurar as infrações e os ilícitos praticados por servidores públicos, inclusive das Autarquias da estrutura administrativa do Poder executivo.

Prevê o art. 1º, do Decreto nº 11.081/88, supra-citado:

“Art. 1º - **A Comissão de Regime Disciplinar** órgão de deliberação coletiva, **integrante da estrutura da Secretaria de Administração, destina-se a apurar, mediante processo regular, as informações ou ilícitos administrativos imputados ou**

cometidos por funcionários públicos e, desde que de natureza grave, as faltas praticas ou atribuídas a servidores contratados.

Paragrafo 1º - **A competência da Comissão de Regime Disciplinar abrange os órgãos da Administração Direta e as autarquias da estrutura administrativa do Poder Executivo, com exceção das Entidades que possuem comissões processantes de natureza permanente**".

Vale esclarecer, que o IPASEA não possui Comissão processante de Caráter permanente.

Demonstrada, de forma transparente a competência da Exma. Secretária de administração para instaurar o Processo administrativo Disciplinar **sub judice**, solicitado pela Diretora-Presidente do IPASEA, passemos a analisar a segunda alegação do impetrante, qual seja, de que fora cercado no seu direito de defesa, ao argumento de que a Portaria nº082/93 - SEAD, que determinou a instauração do processo administrativo disciplinar, bem como o termo de indiciamento, que faz parte do mandado de citação foram omissos aos fatos configuradores do ilícito administrativo lhe imputado.

Aduz, ainda que fora indeferido pelo Presidente da Comissão de Regime disciplinar, a inquirição e requisição de testemunhas, o que, segundo entende, caracterizou outro cerceamento de defesa.

Ora, consoante se depreende do termo de Indiciamento, bem como do Mandado de Citação, consta expressamente estar o impetrante "**incurso no art. 161, V, INSUBORDINAÇÃO GRAVE EM SERVIÇO DA LEI Nº 1.762/86**".

Quanto aos fatos que motivaram tal indisciplinamento, é importante destacar, o impetrante tinha pleno conhecimento, tanto assim que seu depoimento prestou esclarecimentos a respeito da 1ª imputação, qual seja, conduta profissional insubordinada e inadequada, bem como a respeito da 2ª imputação, concernente a sua recusa em dar plantões diurnos sem cumprimento integral de suas horas de trabalho e suas faltas ao serviço.

E mais, sobre os fatos acima referidos o impetrante não só prestou esclarecimento em seu depoimento pessoal, como também juntou prova documental e arrolou testemunhas, o que, demonstra ter ele perfeito conhecimentos dos fatos que motivaram a instauração do Processo Administrativo Disciplinar que apurou sua responsabilidade.

Ressalte-se, outrossim, que foi assegurado ao impetrante indicar e produzir provas, constante se verifica dos documentos anexos, abaixo especificados:

- 1º - petição do patrono do impetrante apresentando o rol de suas testemunhas (Doc.01);
- 2º - intimações as testemunhas do impetrante (Doc. 02/94);
- 3º - petição do patrono do impetrante requerendo juntada de prova documental (Doc.05);
- 4º - termos de depoimento das testemunhas arroladas pelo impetrante (Doc. 06/09);
- 5º - termos de requisição de testemunhas requerida pelo impetrante (Doc.10/11).

Vale ressaltar, ainda que fora assegurado ao impetrante a apresentação de defesa prévia, comõ faz prova documentos anexos. (Doc.12/14)

Ante o exposto, temos por indiscutível que **in casu** foi plenamente assegurado ao impetrante o direito de defesa, com a observância do devido processo legal.

Esclarecemos, outrossim, que o Presidente da Comissão Processante indeferiu o pedido do impetrante de oitava de novas testemunhas, com respaldo no art. 188, parágrafo 3º, Lei nº 1.762, de 14.11.86, **in verbis**:

"Art. 188.....(omissis)
Paragrafo 1º.....(omissis)
Paragrafo 2º.....(omissis)
Paragrafo 3º -Compete ao presidente da Comissão indeferir, mediante despacho fundamentado, as diligências de caráter procrastinatório ou manifestamente desnecessárias".

Assim considerando que já havia sido assegurado ao impetrante a produção de prova testemunhal e, conseqüentemente, que o seu pedido visava tão-somente tumultuar e procrastinar o andamento do processo administrativo, o Presidente da Comissão Processante, com respaldo no dispositivo legal acima transcrito, indeferiu o pedido de oitava de novas testemunhas, o que, evidentemente, não caracteriza cerceamento de defesa."

Por último, vale enfatizar que foi devidamente comprovado, pela Comissão Processante, todos os fatos imputados ao impetrante, concernentes a sua conduta insubordinada por faltar com o devido respeito com os superiores hierárquicos, bem como o não cumprimento integral de seu horário de trabalho prestado no Pronto Socorro do IPASEA, local em que a presença do profissional de plantão é imprescindível face ao caráter emergencial do atendimento, como faz prova documentos anexo (Doc. 15/39).

Ressai, portanto, ter o impetrante incorrido em falta grave e, conseqüentemente, passível da aplicação da pena de demissão, razão pela qual não há se falar ilegalidade ou abuso de poder pela prática do ato impugnado, através da presente segurança".

A par disso, em tendo sido a pena imposta após a instrução de regular processo administrativo, instaurado e decidido por autoridade pública competente, no qual o autor, teve, inquestionavelmente, o amplo direito de defesa, descabe ao poder judiciário apreciar a questão aventada, segundo orientação do administrativista Hely Lopes Meirelles (13º ed. Direito administrativo, pag. 591.603.604).

"Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal.

Essa verificação importa em conhecer os motivos da punição e em saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e a contestação da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto sem colher o discricionarismo da administração quanto a escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, a graduação quantitativa da sanção e a conveniência ou oportunidade de sua imposição.

O que se nega ao judiciário é o Poder de substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal e deve ser confirmada, ou é ilegal e há que ser anulada; inadmissível é

a substituição da discricionariedade legítima do administrador, pelo arbítrio ilegítimo do Juiz”.

.....
“Ao poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade, para descobrir e pronunciar nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao judiciário é o pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial o mérito administrativo, relacionado-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, foge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou na sua falta, com os princípios gerais de Direito”.

Assim, pois, está claramente demonstrado nos autos a legalidade da punição, proferida por autoridade competente, ante o resultado do regular processo disciplinar instaurado, no qual, inegavelmente, o impetrante teve o amplo direito de defesa.

Assim, não há dúvida de que o v. acórdão impugnado negou vigência ao art. 18. da Lei nº 1.533/51, bem como divergiu da orientação de outros Tribunais, pelo que o Egrégio Superior tribunal de Justiça haverá de corrigir o equívoco.

Finalmente, o ESTADO DO AMAZONAS requer que o presente recurso seja devidamente processado, com imediata remessa à apreciação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a fim de restabelecer o DIREITO que foi comprometido pelo v. acórdão recorrido.

Termos em que,
pede deferimento.

Manaus, 15 julho de 1994

JARI VARGAS
Procurador do estado do Amazonas

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MANAUS.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, legalmente representado pela Procuradora do Estado infrafirmada, na forma prevista no art. 12, II, do C.P.C., combinado com o art. 2º, I, da Lei Estadual nº 1.639/83, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA DE RETIFICAÇÃO DE APOSENTADORIA** - proposta por **ROBERTO DE LIMA CAMINHA - PROCESSO Nº 0129404608-7**, comparece respeitosamente perante V. Exª. para oferecer **CONTESTAÇÃO** à referida Ação, pelas razões e fundamentos de direito a seguir aduzidos:

I - DO PEDIDO

Pretende o autor a retificação do Ato de sua aposentadoria para os fins de lhe ser assegurado proventos equivalentes ao "DE JUIZ DE DIREITO DA CAPITAL, **COM TODOS OS SEUS ACRÉSCIMOS**" (destacamos).

Respalda seu pedido no art. 40, inciso III, alínea "a", combinado com o art. 37, inciso XI, da Carta Magna, e art. 110, § 1º, da Constituição Estadual.

Nas razões expostas na exordial, alega o Autor, em síntese, que fora aposentado com proventos estabelecidos na Lei nº 1.834-B, de 30-12-87, "quando deveria tê-o feito com base no determinado no § 3º do art. 246, da Lei nº 1.503, de 30-12-81, equiparados aos de JUIZ DE DIREITO DA CAPITAL".

Aduz, ainda, que recentemente o Exmº. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca "julgou PROCEDENTE

a ação ordinária intentada por DIMAS TELES RODRIGUES e outros, versando assunto semelhante ao do Autor", constante da sentença às fls. 47/49.

II - MERITORIAMENTE

Improcede o pedido do Autor de que lhe seja assegurado "PROVENTOS DE JUIZ DE DIREITO DA CAPITAL, COM TODOS OS SEUS ACRÉSCIMOS".

Observe-se, mesmo se admitindo, à teor da Súmula 359-STF, que o Autor tem direito aos proventos calculados na forma do § 3º, do art. 247, da Lei nº 1503, de 30.12.81, impõe destacar que o referido dispositivo legal assegura tão-somente proventos dos Serventuários de Justiça inativos no valor correspondente ao VENCIMENTO MAIS A REPRESENTAÇÃO DOS JUÍZES DE DIREITO DA CAPITAL.

Desde logo, nota-se que a Lei Estadual supramencionada usa a expressão **vencimento**, que possui um sentimento técnico próprio. Vejamos.

O ilustre administrativista HELY LOPES MEIRELLES, sempre invocado com louvor nessa matéria, esclarece que:

"Quando o legislador pretende restringir o conceito ao padrão do servidor emprega o vocábulo no singular - vencimento; quando quer abranger também as vantagens conferidas ao servidor usa o termo no plural - vencimentos. Essa técnica administrativa é encontrada nos estatutos e foi utilizada no texto constitucional nas várias disposições em que o constituinte aludiu genericamente a retribuição dos agentes públicos - servidores e magistrados estipendiados pela Administração, e não deixa qualquer dúvida quando ao significado de vencimento, no singular" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 17ª ed., 1992, p. 398).

Pois bem, o § 3º, do art. 246, da Lei Estadual nº 1.503, de 30.12.81, usou a expressão VENCIMENTO, no singular e, sendo assim, implica dizer que é assegurado ao Autor proventos equivalen-

te ao vencimento (padrão) mais representação, excluída qualquer outra vantagem.

É sabido e inquestionável, que nenhuma norma jurídica contém em seu texto palavras supérfluas ou desnecessárias.

Portanto, o dispositivo legal acima citado ao referir-se expressamente a VENCIMENTO MAIS A REPRESENTAÇÃO quis, indubitavelmente, assegurar proventos equivalentes as referidas parcelas que compõem a remuneração do Cargo de Juiz de Direito.

Destarte, não pode o Autor invocar direito adquirido para reivindicar vantagens diversa daquela que lhe foi deferida, com fundamento em norma de caráter legal.

Como prova incontestável que o Autor pretende seja incluída em seus proventos de aposentadoria outras vantagens integrantes da remuneração dos Juizes, além do vencimento mais representação, ressaltamos sua afirmação categórica de que a Ação intentada por DIMAS TELES RODRIGUES e outros versa sobre assunto semelhante ao pleiteado nesta Ação.

Ora, consoante se verifica da sentença às fls. 47/49, os autores da referida Ação pretendem que seja acrescida nos seus proventos básicos de aposentadoria (vencimento mais representação) a gratificação de representatividade, instituída pela Resolução Interna nº 20/92, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Urge destacar, que a gratificação de representatividade foi instituída, através da Resolução nº 20/92-TJE, aos ocupantes do cargo de Juiz de Direito, para melhor representatividade dos membros do Poder Judiciário perante os demais Poderes público, o que leva inexoravelmente a conclusão que o Autor, **permissa venia**, não possui os requisitos necessários ao auferimento da vantagem retroaludida.

Por outro lado, impende observar que o Autor não exerceu quando em atividade o Cargo de Juiz de Direito, posto que pertencia a outra categoria funcional, qual seja, Tabela de Notas. Passou a perceber proventos equivalentes ao Vencimento mais representação do Cargo de Juiz, por ficção Jurídica. Logo, não pode pretender que seja incorporado aos seus proventos, uma gratificação que fora instituída para os ocupantes do Cargo de Juiz de Direito.

Ademais, descabe **in casu** também a invocação do princípio da isonomia, porquanto o Autor exerceu cargo diverso das do Juizes que percebem a gratificação de representatividade pretendida. O princípio da igualdade perante a lei - ou na lei, como propugna alguns - consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os

diversos, usando a lei, por vezes, de critérios desigualadores para atingir esse equilíbrio na norma.

E mais, não se argumente com o art. 40, parág. 4º, do texto Supremo; não há suporte para tanto. E assim é:

Primeiro, porque conforme já exaustivamente demonstrado o Autor quando em atividade pertencia a categoria diversa do Cargo de Juiz, e o dispositivo constitucional acima referido, visa precipuamente estabelecer a igualdade remuneratória entre os ativos e os inativos desde que tenham ocupado o mesmo cargo, ressalvado as hipóteses de transformação e reclassificação.

Segundo, porque a gratificação de representatividade é vantagem específica só concedida aos Juizes em razão do exercício da função jurisdicional, visando melhor representatividade dos membros do Poder Judiciário.

Na verdade, o exame dessa vantagem revela tratar-se de vantagem modal ou condicional, no dizer do renomado administrativista HELY LOPES MEIRELLES. Ensina o doutor jurista:

“As vantagens pecuniárias podem ser concedidas tendo-se em vista unicamente o tempo de serviço, como podem ficar condicionadas a determinados requisitos de duração, modo e forma de prestação de serviço (vantagens modais e condicionais). As primeiras tornam-se devidas desde logo e para sempre com o exercício do cargo pelo tempo fixado em lei; as últimas (modais ou condicionais) exigem além do exercício do cargo, a ocorrência de certas situações, ou o preenchimento de determinadas condições ou encargos estabelecidos pela Administração” (in ob. citada, p.403).

Por último, resta acrescentar que a pretensão do Autor viola flagrantemente o art. 37, inciso XIII, da Carta Magna, porquanto ao se admitir que as vantagens atribuídas ao Cargo de Juiz devem obrigatoriamente compor a base de cálculo dos proventos dos serventuários de justiça, indubitavelmente se estará vinculando os proventos em exame a remuneração do Cargo de Juiz, caracterizando-se assim a vinculação repudiada pela jurisprudência, doutrina e vedada expressamente pela própria Constituição da República.

Comentando o referido dispositivo constitucional, preleciona o doutor prof. PINTO FERREIRA:

"A Paridade é constitucionalmente obrigatória, e mediante o princípio da paridade os funcionários dos três poderes deverão perceber vencimentos iguais, deste que exerçam cargos e atribuições iguais ou assemelhadas.

Outra norma constitucional é a vedação de equiparação ou vinculação, seja qual for a sua natureza, para finalidade de remuneração do servidor público.

Deve-se distinguir entre vinculação e equiparação, para efeito de vencimentos.

Vinculação é a relação que torne um funcionário ou grupo de funcionários dependentes de regras jurídicas concernentes a outros funcionários ou grupo de funcionários" (Comentários à Constituição Brasileira, 2º vol Ed. Saraiva, p. 376).

Ante o exposto, emerge de forma cristalina não só a improcedência, mas efetivamente a inconstitucionalidade do pedido, razão pela qual a pretensão do Autor há de ser indeferida por esse respeitável Juízo.

Protestando provar o alegado por todos os meios e provas em direito admitidos, o Estado do Amazonas requer seja julgada totalmente improcedente Ação, condenando o Autor nas custas processuais e honorários advocatícios, tudo em respeito a fiel observância da Constituição Federal e a correta aplicação da Lei, com o que V. Exa^a. estará prestigiando a tão almejada.

J U S T I Ç A.

Termos em que,
Pede Deferimento.

Manaus, 21 de setembro de 1994.

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
Procuradora do Estado

EXM^o. SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR DO V.
ACÓRDÃO
PROFERIDO NOS AUTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº
160.811-1 AM.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado na forma prevista no art. 132, da Constituição Federal, pelo Procurador do Estado infrafirmado, com atribuições expressas na Portaria nº 037/92-GPGE, de 22 de junho de 1992, publicada no Diário Oficial do dia 25 daquele mês, amparado nas disposições dos artigos 535, I e II, do Código de Processo Civil, e 337 a 339, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vem opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** ao V. Acórdão que não conheceu do **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** (RE nº 160.811-1-Am) interposto contra decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça local, no qual figuram como recorridos **MARIA ELIZABETE MORAES, FRANCISCA DAS CHAGAS BENVIDA, SIBYL VANE FONSECA DAS NEVES** e **OUTROS**, sob os fundamentos a seguir submetidos à sábia apreciação de V.Ex^a.

SUMA DOS FATOS

Cuida-se de mandado de segurança em que os impetrantes, todos **AUDITORES ASSISTENTES DO TRIBUNAL DE CONTAS** deste Estado, relataram em sua petição inicial que quiseram administrativamente a "percepção paga aos Auditores Assistentes do Tribunal de Contas dos Municípios, ressalvadas as vantagens individuais, com base no princípio da **ISONOMIA** garantia constitucionalmente... o que lhes foi deferido, 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... publicada no Diário Oficial do dia 21 de março de 1990".

Disseram mais que, no mês de março de 1991, foi retirado dos seus vencimentos o percentual de 81% pago em fevereiro daquele ano, também por decisão Plenária daquele órgão, razão porque impetraram a segurança contra o **TRIBUNAL PLENO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS**, pedindo que fosse restabelecido aquele acréscimo aos seus vencimentos.

Tanto por oportunidade das informações prestadas pelo ilustre Presidente do órgão impetrado, como na resposta oferecida pelo Estado - citado na qualidade de litisconsorte passivo, foi demonstrado que os impetrantes não tinham direito líquido e certo e que, opostamente, a sua pretensão **contrariava o texto dos artigos 37, XIII, e 39, Párag. 1º, da Constituição Federal**. Sim, porque a alegada **ISONOMIA** com os Auditores Assistentes do Tribunal de Contas dos Municípios, foi-lhes concedida **administrativamente**, e **não através de lei**, em sentido formal, como expressamente impõe o último dos dispositivos mencionados, por isso que tal concessão configurou **vinculação vencimental**, proibida pelo comando do inciso XIII, do aludido art. 37, da **Carta Magna**.

Firmara-se portanto a **litis contestatio** em torno da indagação da existência da **isonomia** alegada pelos impetrantes, mas contestada em face da inexistência de lei que a autorizasse, assim como da ocorrência de simples **vinculação**, também expressamente repudiada pelo texto constitucional. Fugindo totalmente a esses temas controvertidos nos autos, eis que o douto Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça local, em evidente e inaceitável paralogismo, julgou a causa sob o fundamento sintetizado na seguinte 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".

Diante da ostensiva omissão do julgado, o Estado opôs embargos de declaração a fim de que o Tribunal enfrentasse as questões que lhe foram suscitadas pelas partes, com base nos dispositivos constitucionais invocados, tudo com a finalidade de ver o V. Acórdão declarado naqueles pontos em que não se pronunciara.

Com a interposição do recurso extraordinário, expressamente fundado na **contrariedade a dispositivos da Constituição Federal** (art. 102, III, alínea a), como se constata do preâmbulo de sua petição inicial, o Estado do Amazonas, sob os títulos **"INEXISTÊNCIA DE LEI CRIANDO A ISONOMIA"** e **"VINCULAÇÃO DE VENCIMENTO E NÃO ISONOMIA"**, demonstrou exaustivamente a afronta aos artigos 37, inciso XIII e 39, § 1º, da Constituição da República, concluindo por dizer:

"O acórdão recorrido, na prática, foge do julgamento do mérito da causa, apegando-se a inexistente exigência de devido processo legal, **PARAMANTER VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS**, que já foi refutada diretamente em liminar de ação direta de inconstitucionalidade concedida pelo Supremo Tribunal Federal.

A VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS FERRE O TEXTO MAGNO, RAZÃO PELA QUAL O PRESENTE RECURSO DEVE REFORMAR O ACÓRDÃO RECORRIDO, para negar a segurança pretendida" (14ª lauda da petição de interposição do RE, sem os destaques no original).

Antes disso, na mesma petição já se havia demonstrado a ausência de direito líquido e certo dos impetrantes, bem como a inexistência de ilegalidade do ato increpado, ou de abuso de poder da autoridade impetrada, pela suspensão do pagamento de diferença de vencimentos decorrentes de **vinculação**, concedida administrativamente através de resolução interna do Tribunal de Contas do Estado, em frontal contrariedade ao texto constitucional, dada a faculdade outorgada à Administração, de **anular ou revogar** seus próprios atos, nos termos da Súmula 473, desse Colendo Supremo Tribunal Federal, destacando neste ponto a má interpretação dada pelo julgado recorrido aos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Carta Federal.

Em seu parecer, às fls. 303/305, dos autos, o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **ARTHUR DE CASTILHO NETO**, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, merecendo destaque os seguintes excertos de sua promoção que o Estado roga vênia para transcrever:

"Sustenta o recorrente que a v. decisão

recorrida, ao desconstituir o ato do Tribunal de Contas com base no **due process of law**, na realidade deu interpretação errônea ao art. 5º, incisos LIV e LV da CF.

Por outro lado, não se cuidava, na realidade, de aplicar a isonomia consagrada no art. 39, § 1º da CF, mas de restabelecer **equiparação de vencimentos**, expressamente proibida pelo inciso XIII do art. 37 da referida Carta.

.....

A questão constitucional relativa aos arts. 39, § 1º e 37, XIII, CF, foi suscitada nas informações e nos embargos de declaração, e a relativa ao **due process of law**, somente nos embargos, porque surgiu com a decisão recorrida.

ENTENDO, POIS, QUE HOUE O INDISPENSÁVEL PREQUESTIONAMENTO (destacou-se agora).

Auditores Assistentes do Tribunal de Contas do Estado requereram a concessão de isonomia de vencimentos com os auditores assistentes do Tribunal de Contas dos Municípios, o que foi concedido por decisão de fls. 86.

Posteriormente essa decisão foi suspensa por outra (fls. 92/93). A motivação dessa última, pelo que se lê, teria sido a de falta de recursos financeiros por parte do Estado e a intenção da Corte de Contas em colaborar com a contenção de despesas.

Creio eu que poderia fazê-lo, porque a decisão anterior era totalmente nula. Primeiro, porque aumentou vencimentos sem **lei formal** exigida para tanto (art. 61, § 1º, letra "a", **in fine**, CF) e, depois, porque estabeleceu **equiparação** vedada pela CF (art. 37, XIII). E poderia fazê-lo sem processo administrativo.

Nem se diga, como se disse na decisão

recorrida, que houve ofensa ao **due process of law**. Tanto não houve que a Justiça está examinando a pretensão dos recorridos. Por outro lado, na esfera administrativa nada impedia à Administração reconhecer a imperiosa necessidade de desconstituir seu ato, independentemente de processo administrativo, particularmente no caso, como o destes autos, onde ocorreu flagrante nulidade (Súmula 473 - STF).

Reconhecendo, como reconheceu a decisão recorrida a afronta à cláusula do **due process of law, data venia**, interpretou equivocadamente e aplicou mal o art. 5º, incisos LIV e LV da CF".

Pelo esclarecimento que propicia, sobretudo no que toca à atribuição e à posterior suspensão do aumento questionado pelos Auditores do TCE - objeto nuclear da questão -, o Estado do Amazonas pede permissão para anexar a estas razões o Ofício nº 022/94-GP/TC, dirigido ao Procurador-Geral do Estado pelo Presidente da Corte de Contas estadual. Bem se vê, à luz das informações constantes do referido expediente, que a matéria controvertida é de cunho eminentemente de direito constitucional, atinente à isonomia de vencimentos estabelecida sem lei autorizativa, à revelia do Governador do Estado, com usurpação de competência privativa deste. Ademais, o ato guerreado pelo Estado do Amazonas, desenganadamente atenta contra a vedação constitucional de vinculação e equiparação de vencimentos para fins de remuneração de pessoal do serviço público, não sendo demasiado reiterar que toda essa matéria foi oportuna e exaustivamente prequestionada na instância ordinária, sendo também suscitada, de maneira clara e direta, no recurso extraordinário, não tendo entretanto merecido o indispensável exame e pronunciamento desse Egrégio Supremo Tribunal.

DA V. DECISÃO EMBARGADA

Apreciando o Recurso Extraordinário, decidiu essa Colenda Turma:

"Ato administrativo: anulação e revogação.
A Administração pode anular seus próprios

atos, quando inquinados de ilegalidade (Súmula 473); não obstante se, a pretexto de decretar nulidade, invoca razões de mera conveniência, o que se tem, na verdade, é revogação, que não pode desconstituir situações jurídicas, cuja legalidade, aliás, o recurso extraordinário não questiona".

Para melhor compreensão do assunto é interessante transcrever, pela importância que tiveram na decisão agravada, os seguintes votos:

DO MINISTRO ILMAR GALVÃO - "O Senhor MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR). O Ato considerado abusivo ao direito dos impetrantes consistiu na suspensão "da aplicação do reajuste de 81% pago em fevereiro último às categorias de Auditor Adjunto, Auditor Assistente e Procurador adjunto, isso diante da grave situação financeira do Estado e do objetivo desta Corte de Contas de colaborar com as medidas de contenção de despesas da atual administração", conforme expressa o ofício dirigido pelo Presidente do Tribunal de Contas ao Secretário de estado da Economia (fls. 93).

O de que tratou o ato impugnado foi de suspensão dos efeitos da isonomia quanto aos vencimentos dos Auditores Assistentes e Auditores Adjuntos.

Portanto, não cabe aqui apreciar se a concessão administrativa da isonomia significou, ou não, uma vinculação de vencimentos dos Auditores Assistentes aos dos Auditores Adjuntos - vedada expressamente pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição Federal e repelida veementemente pela jurisprudência desta Casa - ou se foi ela concebida de forma afrontosa ao § 1º do art. 39 da Carta Federal, que prevê que "a lei assegurará... isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mes-

mo Poder, ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário".

Aliás, o aresto atacado não abarcou tais questões, limitando-se ao argumento de que o ato de revogação questionado não fora precedido de processo legal, com contraditório e ampla defesa, embora não abordado na impetração, a qual se ateve, exclusivamente, à tese da irredutibilidade de vencimentos. Instado a manifestar-se sobre as referidas questões, nos embargos de declaração, preferiu a Corte rejeitá-los, aproveitando para reforçar, mais uma vez, o fundamento da negativa de vigência dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição.

No tocante à controvérsia constante dos autos, cumpre notar que a decisão recorrida, ao asseverar que somente mediante processo administrativo, no qual seja assegurada a defesa dos interessados, seria possível a anulação ou revogação do reajuste aplicado por vinculação de vencimentos, vedou à Administração a faculdade de invalidar seus próprios atos, quando eivados de nulidade, poder esse que o recorrente diz coarctado pelo **decisum**.

A conclusão do acórdão impugnado, em relação ao **due process of law**, carece de sustentação, nos termos da Súmula 473, fundamento do recurso extraordinário.

Assiste razão ao recorrente em sua postulação.

Conheço do recurso e lhe dou provimento".

DO VOTO PROFERIDO EM PRELIMINAR
- "O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA
PERTENCE: Senhor Presidente, das informações do eminente Relator, concluí que o ato questionado no mandado de segurança não foi de anulação, vale dizer, de declaração de invalidade legal do reajuste,

mas, expressamente, de suspensão do seu pagamento, como ato de colaboração do Tribunal de Contas à administração do Estado do Amazonas.

Isso, contudo, pode ser fundamentação de revogação de ato administrativo, jamais de sua anulação.

Ora, o recurso extraordinário se funda na doutrina subjacente à Súmula 473, que valida a anulação de ato administrativo e não a sua revogação.

Por isso, peço vênia ao eminente Relator para não conhecer do recurso”.

A fim de demonstrar, desde logo, a ocorrência de **omissão e imprecisão material** que levou a erro e, até, a **contradição** do julgado, transcreve-se ainda o trecho do RELATÓRIO do eminente Ministro Ilmar Galvão, onde, após haver transcrito a ementa do Acórdão do Tribunal de Justiça desde Estado, narra:

“Os embargos de declaração foram rejeitados.

O Estado do Amazonas interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, a e c, da Constituição. Sustentou que o acórdão recorrido aplicara equivocadamente os incs. LIV e LV do art. 5º da Carta Federal, tendo em vista que a anulação dos atos ilegais pela administração não é precedida de um devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, tendo agido a autoridade impetrada nos limites da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Em outra linha de argumentação, alegou que **INEXISTE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS RÉCORRIDOS, POSTO QUE**

A ISONOMIA REFERIDA NO ART. 39, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE SERVIU DE FUNDAMENTO AO PEDIDO, É NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA, DESTITUÍDA DE AUTO-APLICABILIDADE, POIS DEPENDE DE LEI, E QUE TAL FORMALIDADE NEM SEQUER FORA COGITADA

PELO JULGADO, QUE SE LIMITARA A VALIDAR MERA DECISÃO ADMINISTRATIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS. ADUZIU QUE, NA REALIDADE, A PRETENSÃO É DE VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS, VEDADA EXPRESSAMENTE PELO ART. 37 XIII, DA LEI MAIOR" (destaques pelo embargante).

DOS PONTOS OMISSOS DA DECISÃO EMBARGADA

É, com devida vênia, visível a omissão em que incidiu o Venerando Acórdão ao deixar de apreciar a contrariedade aos artigos 37, inciso XIII, e 39, § 1º, da Constituição Federal, questões que foram argüidas tanto com as informações prestadas pela autoridade impetrada, como com a resposta oferecida pelo Estado, que foram objeto de prequestionamento e expressamente invocadas como fundamento da interposição do apelo extremo, constatação que levou o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Arthur de Castilho Neto, a manifestar-se pelo atendimento do "indispensável prequestionamento".

Por isso que, com todo o respeito, o Estado não concorda com o voto do ilustre Ministro Ilmar Galvão, de que não cabia "apreciar se a concessão administrativa da isonomia significou, ou não, uma vinculação de vencimentos dos Auditores Assistentes aos dos Auditores Adjuntos - vedada expressamente pelo art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal...". Sim, porque a circunstância do ato impugnado ter tratado de "suspensão dos efeitos da isonomia", não desfigura de forma nenhuma a ocorrência de contrariedade aos mencionados dispositivos constitucionais, tanto por parte do ato administrativo anterior que a concedeu, como pelo Acórdão do Tribunal de Justiça que, convalidando a sobrevivência de ato viciado de inconstitucionalidade, também afrontou o texto constitucional.

O fato de o aresto do Tribunal local não haver abarcado tais questões é indiferente, diante da constatação de que contra essa omissão o Estado opôs embargos de declaração, prequestionando a matéria, como exige o comando constitucional, condicionante do cabimento do recurso extraordinário.

DA CONFIGURAÇÃO DE OBSCURIDADE

Deseja ainda o Estado, respeitosamente, manifestar sua

irresignação com o fundamento do voto vencedor, proferido por V. Ex^a., de que "o recurso extraordinário se funda na doutrina subjacente à Súmula 473, que valida a anulação de ato administrativo e não a sua revogação", a uma, porque o recurso se fundou, como já foi visto, na contrariedade aos artigos 37, XIII e 39, § 1º da Constituição, bem como na aplicação distorcida dos incisos LIV e LV, do art. 5º, da mesma **Carta Magna**, fato que, inegavelmente, também importa em afronta a ela (o que se fundou na doutrina subjacente à Súmula mencionada foi o ato guerreado); a duas, porque, mais uma vez, com a permissão de V. Ex^a., não é certo que a doutrina da Súmula em apreço "valida a anulação de ato administrativo e não a sua revogação". Na verdade, expressa o verbete 473, da Súmula da jurisprudência predominante desse Colendo Tribunal, **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 motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Não há dúvida de que a norma sumulada valida tanto a anulação, como a **revogação** do ato administrativo, como consta de forma clara da segunda parte de seu enunciado. Neste ponto, ao afirmar que a Súmula não valida a revogação do ato administrativo, o V. Acórdão embargado laborou em **equivoco** que autoriza o acatamento deste recurso, a fim de desfazer a **obscuridade** gerada desse erro.

Há, **data venia**, erro evidente a fato relevante quando o V. Acórdão, em sua ementa, assevera que o recurso extraordinário não teria questionado a legalidade das **situações jurídicas** desconstituídas pelo ato administrativo atacado pelo mandado de segurança, sugerindo que não teria havido o necessário prequestionamento da matéria. Ora, como já foi examinado, houve, sim, esse questionamento, demonstrando-se exaustivamente, na petição de interposição do recurso extraordinário a inconstitucionalidade da majoração vencimental concedida aos impetrantes, em frontal contrariedade aos artigos 37, XIII e 39, § 1º, da Constituição Federal, nos termos seguintes:

"INEXISTÊNCIA DE 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 semelhantes 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 lhes 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.

A concessão da pretendida 'isonomia', portanto 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 e esta Corte de Contas' e que 'estende-se aos Procuradores De Contas, Auditores e Auxiliares Adjuntos, o disposto no art. 1º desta Resolução'.

Quanto aos Auditores Assistentes a vinculação está expressa na Ata da Seção de 22.02.90, quando decidiu 'para terem seus vencimentos estabelecidos em percentual de 10% a menos que os outros Auditores Adjuntos'.

Tais vinculações são expressamente vedadas pelo texto constitucional em seu art. 37, XIII, CF/88, que reza:

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 (11ª a 13ª. laudas da petição de recurso extraordinário), às fls. dos autos).

É indubitoso, diante da transcrição que se fez, que o recurso extraordinário suscitou o assunto, questionando-o, assim como também é indubitoso que, não tendo sido considerado esse fato existente nos autos, ocorreu **imprecisão material** suficiente para conduzir, como efetivamente conduziu, o julgamento a erro que justifica a oposição e o provimento destes embargos com a conseqüente anulação do V. Acórdão recorrido, como lembra oportunamente Theotonio Negrão:

"O STF admite a anulação, através de embargos de declaração, de acórdão proferido por evidente erros; v.g.:

.....
- se o recurso extraordinário não foi conhecido, sob fundamento de não ter havido prequestionamento, que entretanto, ocorreu (RTJ 103/1.210; STF-1ª. Turma, RE 90.472-7-EDcl-RJ, j. 4.12.79, DJU 21.12.79, p. 9.666, 2ª col., em.; STF-2ª. Turma, RE 108.124-4-EDcl-SP, rel. Min. Carlos Veloso,

j. 24.6.86, receberam os embargos, v. u., DJU 15.8.86, p. 13.903, 2ª. col., em.; STF-2ª. Turma, Agr. 97.807-I-AgRg-EDcl-MG, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 31.10.86, recebidos os embs. de declaração, v. u.; DJU 28.11.86, p. 23.463, 2ª. col., em.; STF-1ª Turma, RE 113.005-9-EDcl-SP, rel. Min. Neri da Silveira, j. 16.06.87, receberam os embs. de declaração, conheceram do recurso extraordinário e lhe deram provimento, v.u., DJU 16.10.87, p. 22.419, 2ª. col., em.). In "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 25ª. edição, Malheiros Editores, p. 1.305.

EFEITO MODIFICATIVO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

É pacífico o entendimento, tanto da doutrina como da jurisprudência, em torno da admissibilidade dos embargos de declaração com efeito modificativo. Todos os Tribunais de Justiça, os Tribunais Superiores, o extinto Tribunal Federal de Recursos, assim como essa Corte Suprema, há várias décadas, proferem decisões nesse sentido. Theotonio Negrão registra, com propriedade:

"Verifica-se, assim, que o STF atribui, excepcionalmente, maior elasticidade aos embargos declaratórios, em face da circunstância de não caber outro recurso de suas decisões (RTJ 94/1.167; neste sentido: RTJ 114/351). Essa maior elasticidade, nos casos de erro evidente ou de manifesta nulidade do acórdão embargado, representa enorme economia de tempo e maior prestígio para a Justiça, que só tem a perder com o trânsito em julgado de acórdãos proferidos por equívoco manifesto" (op. cit. p. 1.305).

Lembra o ilustre Mestre Humberto Theodoro Júnior:

"A jurisprudência considera - para efeito de embargos de declaração - o erro material evidente como uma forma de **grave con-**

tradição cometida pelo julgador, sempre que, abstraído o equívoco, fatalmente o resultado do julgamento seria diverso.

Diante do erro manifesto, os embargos declaratórios têm sido acolhidos, também pela doutrina, como instrumento hábil a ensejar ao juiz oportunidade de corrigir seus decisórios (cf. ULDERICO PIRES DOS SANTOS, 'Dos Prazos e recursos no Processo Civil', Rio, Forense, 1962 nº 217, nº 366).

O TJ do Rio de Janeiro segue essa doutrina:

'O STF tem assentado que, por motivo de erro material ou de fato em julgamento seu, é lícito, acolhendo-se os embargos declaratórios, corrigir-se o equívoco, ainda que tal importe modificação da decisão embargada' (TJRJ - Embs. Dec. nº 14.092, ac. 20.3.81, in 'RT' 565/173).

Outra não é a posição do Colendo TJ de São Paulo:

'São admissíveis e procedentes embargos de declaração, tendo por fim a alteração do julgado, quando este resultou de manifesto equívoco ao ser apreciada a prova dos autos' (TJSP - Emb. 46.177, Rel. Des. CUSTÓDIO DA SILVEIRA, ac. de 2-06-50, in 'RF' 134/485". In "RECURSOS Direito Processual ao Vivo", p. 93/4. Aide Editora.

REQUERIMENTO

O Estado do Amazonas confia em que essa Colenda Turma haverá de acatar as razões aqui expostas e, em atenção aos seus jurídicos fundamentos - reconhecendo que houve o necessário prequestionamento das matérias relativas à contrariedade dos artigos 5º, incisos LIV e LV; 37, XIII e 39, § 1º, da Constituição Federal -, reconhecendo ainda que a falta de apreciação dessa matéria configurou a **imprecisão material** que constituiu o fundamento da V. Decisão embargada, roga que, em homenagem ao entendimento

dessa Colenda Suprema Corte, seja atribuído efeito modificativo a estes embargos para que o Recurso Extraordinário seja conhecido e provido, como de direito.

Nestes termos,

Pede deferimento.

De Manaus para Brasília, 12 de abril de 1994.

PAULO LOBATO TEIXEIRA
Procurador do Estado do Amazonas

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado do Amazonas

EXMO. SR. DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.

A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio do Procurador do Estado infrafirmado, vem perante V.Exa., requerer o recebimento das anexas **contra-razões ao Recurso Especial** interposto por **SEMP TOSHIBA AMAZONAS S/A**, para os fins especificados na Lei nº 8030/90, requerendo ainda, o oportuno encaminhamento ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Pede deferimento.

Manaus, 05 de outubro de 1993.

SANDRA Mª DO COUTO E SILVA
Procuradora do Estado

CONTRA-RAZÕES A RESP.

RECORRENTE: SEMP TOSHIBA AMAZONAS S/A.

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS.

Impõe-se a manutenção do v. acórdão que, com esmerado acerto, mande a decisão do Juízo **A QUO**, complementada por Embargos Declaratórios, sob a seguinte ementa:

"AÇÃO CONSIGNATÓRIA - PAGAMENTO DO ICMS EM CRUZADOS NOVOS BLOQUEADOS PELO BANCO CENTRAL DO

BRASIL. JUSTA RECUSA DO AGENTE ARRECADADOR. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO IMPROVIDO. O pagamento de tributo (ICMS) em cruzados novos, contrariando as normas legais pertinentes, torna justa a recusa do agente arrecadador em receber a oferta, restando improcedente a consignatória. Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível em que é Apelante SEMP TOSHIBA DO AMAZONAS S/A e Apelados a Fazenda Pública do Estadual e o Banco do Estado do Amazonas S/A. ACORDAM os Desembargadores da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Amazonas, por unanimidade de votos e de acordo com o Parecer Ministerial, em negar provimento ao apelo."

Incontestes os fundamentos fáticos e jurídicos da decisão do Juízo AD QUEM.

Infere-se, de forma cristalina, o descabimento da pretensão da Recorrente em quitar, antecipadamente, em 18.05.90, ICMS com data de vencimento para 20.05.90, como bem deixou demonstrado a ora Recorrida, quando da Contestação apresentada, sendo lícito o pagamento pretendido até a data de 21.05.90.

E não se diga que a recusa decretada justa, tanto que improcedente a Consignatória proposta, feriu o artigo 13 da Lei nº 8024 de 12.04.90 que dispunha:

"O pagamento de taxas, impostos, contribuições e obrigações previdenciárias resulta na autorização imediata e automática para se promover a conversão de cruzados novos em cruzeiros de valor equivalente ao crédito do ente governamental, na respectiva data do vencimento da obrigação, nos próximos 60 dias".

Infere-se que o pagamento de tributos mediante conversão de cruzados novos em cruzeiros expirava em 18.05.90 e não nos sessenta dias seguintes à publicação do texto legal, sendo justa a recusa da Recorrida em receber o débito na data de 18.05.90, sobretudo porque tal data estava assinalada na Instrução Normativa

nº 61 da Secretaria da Fazenda Nacional¹ e estabelecia pagamento exclusivo de imposto na data de seu vencimento ou já vencido, como se vê:

"1. Até 18 de maio de 1990, os impostos, taxas e contribuições federais poderão ser pagos em cruzados novos.

1.1. Os pagamentos referidos nos neste item somente poderão ser efetuados em cruzados novos no vencimento da obrigação ou quando se tratar de débitos já vencidos."

E em arremate a tal questão, foi editada a Circular nº 1.709 que determinou:

"É vedado o pagamento em cruzados novos dos impostos e multas abaixo relacionados, de acordo, com os respectivos períodos de apuração conforme definido na legislação própria:"

I

II - Impostos sobre operações relativas a circulação de mercadorias e serviços (ICMS), exceto em relação aos períodos de apuração encerrados até 31.03.90."

Vê-se, de maneira cristalina, a impossibilidade jurídica da Recorrida receber o pagamento de ICMS cujo período de apuração ocorreu em abril; portanto em data posterior a 31.03.90 e, ainda, sobretudo, com vencimento para 20.05.90, admitindo-se o pagamento até 21.05.90, sem qualquer acréscimo de mora para a devedora.

Resta ainda, destacar, que embora a Medida Provisória nº 184/90 tenha revigorado a Lei nº 8024/90, o prazo para pagamento de impostos nela previsto manteve-se em 18.05.90, desde que atendido o item 1.1 da IN nº 61/90.

Dêscabidas as alegações de que as normas editadas pelos órgãos competentes para disciplinarem a política econômica e os sistemas monetários e financeiros do país não devem prevalecer para efeito de fundamentar a decisão recorrida. Sabe-se que tais normas especificam os procedimentos a serem adotados em virtude da edição do plano econômico do Governo Federal, que se fez através da lei nacional, ou seja, obrigatória a todos. A discussão

acerca do artigo 13 da Lei nº 8424/90 se encontra pacificado na jurisprudência da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, através do parecer nº 308/90, anexo às fls. 46/48.

Cabe ainda enfatizar que à Recorrida era dado recusar o pagamento, em cruzados novos, de ICMS oriundo de operações efetuadas em cruzeiros.

De tudo que ficou evidenciado, impossível acatar-se o REsp: interposto por negativa de lei federal, especificamente do artigo 13 da Lei nº 8024/90, porque, como provado, o pagamento de ICMS, pertinente a abril de 90, com vencimento em 20.05.90, pretensamente foi oferecido em 18.05.90, em dia útil anterior à data de seu vencimento e em cruzados novos, circunstâncias que não encontram acolhida no próprio artigo 13 da citada Lei nº 8024/90, combinado com a Instrução Normativa nº 61 da Secretaria da Fazenda Nacional, aviso nº 282 de 02.05.90 do Ministério da Economia e Circular nº 1709/90 - do BACEN.

À vista da argumentação aqui exposta confia a Recorrida que esse Colendo Superior Tribunal de Justiça tomando conhecimento do REsp, lhe negue provimento, para o fim de confirmar, **in totum**, o escoreito veredicto recorrido, expressando Vossas Excelências suas elevadas culturas jurídicas e aplicando a mais lidima.

J U S T I Ç A !

Manaus, 05 de outubro de 1993.

SANDRA Mª DO COUTO E SILVA
Procuradora do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por sua Procuradora, infra-assinada, nos autos de **AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO** que lhe move **A. RIBEIRO DA COSTA & CIA LTDA.** (proc. nº 285/93), ciente da r. sentença de fls. 51/52 e com ela não se conformando, vem, respeitosamente, perante V.Exª, interpor recurso de **APELAÇÃO**, consubstanciado nas inclusas razões, requerendo sua juntada e, após cumpridas as formalidades legais, a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, para apreciação.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Manaus/AM, 06 de junho de 1994.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE
Procuradora do Estado

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

EXMOS. SRS. DESEMBARGADORES DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS,

RAZÕES DE APELAÇÃO

APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS

APELADA: A.RIBEIRO & CIA LTDA.

Cultos Julgadores,

1. Cuida-se de ação de repetição de indébito ajuizada pela apelada contra a apelante, pleiteando a restituição dos recolhimentos efetuados indevidamente a título de adicional de imposto de renda, sob o argumento da inconstitucionalidade da lei estadual que exigiu a nova exação, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 28, em 06.10.93.

2. Citada, a apelante reconheceu a procedência do pedido e requereu a devolução através de crédito tributário a ser compensado futuramente.

3. A ação foi julgada procedente, condenando a apelante à devolução das "parcelas indevidamente recebidas, consistentes no recolhimento do Adicional Estadual do Imposto de Renda, acrescidas de juros de mora e da correção monetária, ficando ainda a suplicada, por via de consequência condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários do advogado do Autor, que fixo desde já na base de 20% (vinte por cento) sobre o total das restituições corrigidas", com o que não pode concordar a apelante.

4. **Data máxima venia**, merece ser reformada a r. sentença de fls. 51/52, como se passa a demonstrar.

5. Reza o § 4º do art. 20 do CPC:

"Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das letras a a c do

parágrafo anterior.

6. As alíneas "a" a "c" do § 3º do CPC referem-se a:

- a) grau de zelo do profissional, que se revela no interesse, na dedicação e no cuidado dispensados à causa pelo patrono;
- b) lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

7. No caso **sub judice**, tendo a apelante reconhecido a procedência do pedido, o trabalho do nobre patrono da apelada se resumiu na produção da exordial.

8. Destarte, entende a apelante que a fixação da verba honorária em 20% sobre o valor da condenação ultrapassa os limites legais, pois o MM. Juiz **a quo** não fez a apreciação equitativa, como determina o § 4º do art. 20 do CPC.

9. A lição do renomado Prof. Humberto Theodoro Júnior, em sua obra Curso de Direito Processual Civil (vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1990, 2ª edição, p. 102) se aplica como uma luva ao caso em tela:

"Há, então, de prevalecer um **critério de equidade**, em função do qual o juiz agirá com prudente arbítrio, fora dos limites do § 3º do art. 20, para evitar aviltamento da verba, nas pequenas causas, e adotar mais moderação nas sucumbências da Fazenda Pública." (grifos da Apelante).

10. A jurisprudência não discrepa desse entendimento, como se vê pelas decisões abaixo transcritas:

"A regra do art. 20, § 3º, 'há de ser temperada no seu rigor, em cada caso, sob pena de os honorários advocatícios serem fixados com exagero, com o que a administração da Justiça faltaria ao seu objetivo primordial e à própria seriedade dos seus julgamentos" (Ap. 270.205, 1º TACSP in "O novo CPC nos Tribunais de Alçada Cível de São Paulo", p. 39, Lex, 1975).

(In Código de Processo Civil Anotado, de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1992, 4ª edição, p. 19).

"O § 4º, do art. 20, do CPC, expressa que os

honorários advocatícios devem ser fixados por equidade e na consideração dos fatos referidos no § 3º do mesmo artigo. Trata-se de equidade jurídica, porque baseada em fatos, isto é, objetiva, e não a de tipo subjetivo, extralegal, por vezes confundida com o árbitro judiciário" (RE 8556, Rel. Min. Antônio Neder, Juriscível 102/105). (In op. cit., p. 19).

11. Ora, a finalidade da regra insculpida no § 4º do art. do CPC é reduzir o ônus da Fazenda Pública, quando vencida na demanda. **In casu**, tal objetivo não foi alcançado.

12. Resultou claro que o arbitramento da verba advocatícia em 20% sobre o valor da condenação fugiu do critério estabelecido no § 4º do art. 20 do CPC.

13. Portanto, o MM. Juiz **a quo** não procedeu com justiça ao desconsiderar o reconhecimento da procedência do pedido pela apelante, com conseqüente diminuição do trabalho do advogado da apelada, pois fixou os honorários da sucumbência no percentual máximo estabelecido no Código de Processo Civil, propiciando uma visível desproporcionalidade entre o trabalho feito e a respectiva retribuição, fato esse que impõe o indispensável reparo dessa Egrégia Corte, que não deve consentir na iniquidade, em detrimento dos valores protegidos pelo Direito e em prejuízo do Erário Estadual.

14. Assim, impõe-se a reforma da r. sentença de primeiro grau, sob pena de se negar vigência ao § 4º do art. 20 do CPC, ficando a matéria prequestionada.

Ante o exposto, espera seja conhecido e provido o presente APELO, para o fim de reformar a r. sentença **a quo**, fixando-se honorários advocatícios conforme apreciação equitativa, atendidos os critérios do § 3º do art. 20 do CPC, com o que se estará praticando a almejada.

JUSTIÇA!

Manaus/Am, 06 de junho de 1994.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE
Procuradora do Estado

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DA ADIN 1.089-1/600.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DO AMAZONAS, assistido pelo PROCURADOR GERAL DO ESTADO e pela PROCURADORA DO ESTADO, subfirmados, nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 1089-1/600, proposta pelo Excelentíssimo Senhor PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA, vem, nos termos do artigo 170 e parágrafos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, apresentar suas

INFORMAÇÕES

1 - A POSTULAÇÃO

1 - O Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República desencadeou a presente Ação Direta perante este Excelso Tribunal, buscando a declaração de inconstitucionalidade e suspensão liminar da vigência dos seguintes atos normativos:

- "a) parcial das expressões serviços de transporte interestadual e intermunicipal, constantes do art. 10, bem como do inciso IX do art. 2º, do Convênio ICM nº 66, de 14 de dezembro de 1988, para que se exclua da compreensão daquela cláusula e deste último preceito a navegação aérea;
- b) dos incisos V e X do art. 1º bem como dos anexos "Modelo 10" e "Modelo 15", a que se referem esses incisos dos arts. 30 a 36 e 51 a 54 e ainda da expressão "aeroviário" do inciso IV do art. 67, todos do Convênio

- SNIEF nº 06, de 21 de fevereiro de 1989;
- c) do Convênio ICMS nº 54/89, de 29 de maio de 1989, que dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS aos estabelecimentos prestadores de serviços de transporte aéreo;
- d) do Convênio ICMS nº 72, de 22.08.89, que dispõe sobre obrigações aeroviárias, prazo de apresentação de documento do ICMS no transporte aéreo;
- e) dos Convênios ICMS nº 109, de 7 de dezembro de 1989, e 89, de 12 de dezembro de 1990, que prorrogaram o regime especial concedido às empresas de transporte aéreo;
- f) do Convênio ICMS nº 06, de 25 de abril de 1991, que prorroga de serviço de transporte aéreo; e
- g) dos Convênios ICMS nºs 25, de 25 de junho de 1991, e 92 de 5 de dezembro de 1991, que concederam redução da base de cálculo na prestação de serviço de transporte aéreo;"

2 - A iniciativa atendeu à postulação do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias formulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.083-2-DF.

Entendendo "verdadeiramente duvidosa a legitimidade do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias e considerando a importância e a urgência reclamada para a solução da questão constitucional", o digno representante maior do **parquet** Federal tomou a iniciativa da ação, adotando como fundamento jurídico do pedido os expostos na inicial da ADIN nº 1.083-2-DF, os quais se embasam em parecer jurídico do Professor **Ives Gandra da Silva Martins**, em parte reproduzido e ao todo anexado.

3 - Na ADIN 1.083-2-DF, é sustentada a inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados sob os seguintes aspectos:

- "a) A União tem competência privativa para explorar diretamente ou por concessão os serviços de navegação aérea e para legislar sobre a matéria (arts. 21, XII e 22, X C. F.). Essa atividade privativa da União ex-

clui os Estados de poderem atuar sobre tais atividades;

b) A navegação aérea tem natureza de serviço público e como tal subordina-se ao regime de direito público (art. 175, § único, C.F.) e portanto não alcançado pelo ICMS (Art. 155, II C.F.). A incidência do imposto estadual, recai tão somente sobre os serviços de transporte interestadual decorrentes de contrato de âmbito privado;

c) A navegação aérea, por ser serviço público, está imune de tributação por taxa (art. 145, II C.F.);

d) Ainda que assim não fosse, não poderia haver incidência de ICMS. Deveras, o Convênio ICMS 66/88 e demais Convênios posteriores: "Convênio SINIEF nº 06/89; Convênio ICMS 54/89; 72/89; 109/89; 89/90; 06/91, e 92/91, são veículos inadequados para exigência do ICMS no caso da navegação aérea. A Lei Complementar é necessária, por força do art. 146 C.F., e para as exceções que foram abertas (§ único, art. 22 C.F.), para o estabelecimento das normas gerais em matéria tributária, especialmente a definição dos impostos discriminadas na Constituição, assim como dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

e) Além dos fundamentos acima, deve também ser considerado o mandamento constitucional da isonomia tributária."

4 - Na ADIN 1.089-1/600, além da fundamentação jurídica esboçada na ADIN 1.083-2-DF e acima reproduzida, que adotou como sua, o Senhor Procurador Geral da República deu os seguintes fundamentos jurídicos ao seu pedido:

"4. O Convênio ICM nº 66/88 não menciona expressa e destacadamente a navegação aérea no âmbito de incidência do ICMS. Os convênios posteriores, no entanto, revelam que seus signatários consideraram que essa

atividades estava compreendida nas expressões genéricas "serviços de transporte interestadual e intermunicipal", empregadas nos arts. 1º e 2º, IX, daquele primeiro Convênio.

5. A locução "serviços de transporte interestadual e intermunicipal", constante do art. 155, I, alínea b, da Constituição Federal, contudo, não compreende a navegação aérea. Demonstra-o o elemento histórico, seja pelo significado que se atribui a expressões idênticas nos textos constitucionais precedentes, especificamente para efeito de incidência de imposto sobre serviços de transportes, seja pelos trabalhos da Assembléia Constituinte, que revelam o objeto de ampliar o campo de incidência do antigo ICM, nele incluindo os serviços de qualquer natureza, anteriormente submetidos à tributação municipal, e os serviços de transporte rodoviário interestadual e intermunicipal de passageiros e cargas, até então sujeitos à tributação federal. Demonstra-o, igualmente, a própria dicção constitucional, em que se utiliza as expressões "serviços de transporte" para referir o transporte rodoviário e ferroviário (CF/88, art. 21, XII e XIII, e 22, IX) e "navegação aérea e aeroespacial", no tocante à exploração dos serviços aéreos e aeroespaciais (9CF/88, arts. 21, XII, e 22, X).

6. Ademais, a competência para legislar sobre navegação aérea é privativa da União, à qual também compete a exploração desse serviço, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (CF/88, arts. 22, I e X, e 21, XII, "c"). Nenhuma ressalva inequívoca existe no texto constitucional que permita aos Estados legislar para o exercício do pretendido poder impositivo na matéria.

7. Mesmo que a Constituição admitisse a imposição tributária estadual, o seu exercício dependeria de lei complementar, cuja falta não poderia ser suprida mediante convênio celebrado com fundamento no art. 34, § 8º, do ADCT da Constituição Federal, como demonstra a inicial da ADIn 1.083-2-DF".

II - DO DIREITO

1. DA INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO À LUZ DA CF/88.

Dispõe o artigo 155, inciso I, alínea "b", da CF/88:

"Art. 155 - Compete aos Estados e ao Direito Federal, instituir:

I - impostos sobre:

.....
b - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual a intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

A Constituição Federal de 1988, originária da convocação da Assembléia Constituinte efetuada pela Emenda Constitucional de nº 26, promulgada em 27.11.85, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal, a competência para instituir um imposto integrado de três fatos geradores distintos:

- a) circulação de mercadorias;
- b) prestação de serviços de transportes intermunicipal e interestadual de passageiros;
- c) prestação de serviço de comunicação.

Como ensina **GERALDO ATALIBA** (Hipótese de Incidência Tributária, RT, 1990, pág. 46), "o conceito jurídico de tributo é eminentemente formal. Como todos os conceitos jurídicos - positivos - tal como conceituados por **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO** (v. *Natureza de Regime Jurídico das Autarquias* pp. 77 e ss.) só pode ser formulado a partir do desenho legal construído discricionariamente pelo legislador constituinte (já que no Brasil, a Constituição adotou implicitamente um conceito de tributo, que o legislador infraconstitucional não pode alterar)".

Em sendo assim, para aferição da regra matriz de hipótese de incidência, para se utilizar a expressão correta, deve interpretar-se a Constituição e somente esta, desprezando-se quaisquer outras normas porventura existentes anteriormente à sua promulgação, ainda mais na hipótese vertente, na qual a norma constitucional deriva de uma convocação de uma Assembléia Constitucional livre e soberana, tanto qu batizada pelo saudoso **DEPUTADO ULYSSES GUIMARÃES** como a "Constituição Cidadã".

Em conseqüência, para apreciação do tema em debate, devem ser arredadas quaisquer discussões acerca da Carta anteriormente em vigor. Tanto é, assim, que para verificação da recepção de norma infraconstitucional pela nova Constituição, em honra ao princípio da continuidade das leis, o que importa é a compatibilidade das leis infraconstitucionais com as novas constitucionais, sem que se indague sobre a sua origem. Nesse ponto, é de se trazer à colação os ensinamentos de **VICENTE RAO** in **O Direito e a Vida dos Direitos**, volume I, tomo II, Ed. Resenha Universitária 1976, SP, pág. 294.

O artigo 155, o inciso I, alínea "b", refere-se a "prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal", não fazendo qualquer distinção sobre o meio de através do qual se efetua o transporte, delimitando-o apenas geograficamente.

Diante da norma constitucional, imperioso é concluir-se que qualquer serviço de transporte está abrangido pela regra-matriz de hipótese de incidência descrita na CF/88.

Assim, completamente descabida a ponderação feita pelo Exm^o. Sr. **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA** em petição que originou a ADIn nº 1089-1-DF de que a CF/88 objetiva excluir da incidência do ICMS a navegação aérea, porquanto o antigo imposto sobre transportes rodoviários (ISTR) não recaía sobre a navegação aérea.

Aliás, a inclusão do transporte aéreo no campo de incidência do ICMS é de tal forma irrefutável, que se pronuncia sobre o tema, com sua autoridade, **SACHA CALMON NAVARRO COELHO** **Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, Forense**, pág. 225):

"Impende observar, ainda que os impostos sobre os serviços de transportes e comunicações, transplantados da competência da União para a dos Estados-membros, estavam parcialmente implantados. O de transporte sobre serviços de cargas e pessoas

por meio rodoviário e o de comunicações sobre telefonia e telex. Há campo, teoricamente, para a expansão dos fatos jurígenos. A outorga constitucional permite sejam tributados os serviços de transporte por via ferroviária, aérea, lacustre, fluvial e marítima. Os serviços de comunicações podem dilargar-se tributariamente à televisão e à radiodifusão. Resta saber se operacionalmente ou economicamente é conveniente a expansão da área tributável. A competência constitucional não é um poder-dever e sim poder-faculdade, para lembrar a terminologia de Santi-Romano. Que o Estado-membro pode, querendo, alcançar tais fatos com o ICMS é indubitável, mera questão de oportunidade e conveniência no exercício de competência constitucional".

Assim, diante da regra-matriz da hipótese de incidência do ICMS, pode a lei complementar definir como fato gerador do ICMS, nos termos do artigo 146, III, "a" combinado com o artigo 155, XII da CF/88, a execução dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal, como o fez o artigo 2º, IX, do Convênio ICM nº 66/88.

E, nem se argumente que ao se incluir o transporte aéreo no campo de incidência do ICMS estar-se-ia atribuindo aos Estados competência para legislar sobre essa atividade que é privativa da União, por força do artigo 21, XII, "c" c/c o artigo 22, X da CF/88, uma vez que se distingue constitucionalmente a competência dos entes federativos para instituir tributos (competência tributária) da competência para regular serviços (competência administrativa).

2 - DA REGULAMENTAÇÃO E EXPLORAÇÃO DA NAVEGAÇÃO AÉREA E A INCIDÊNCIA DO ICMS.

Como intróito para esclarecer o conteúdo lingüístico da expressão transportes interestadual e intermunicipal, traz-se à liça os ensinamentos de DE PLÁCIDO E SILVA, contidas em seu Vocabulário Jurídico Forense, 10º ed., 1987:

"TRANSPORTE. De transportar, do latim transportare (levar além, conduzir para outro lugar), gramaticalmente exprime a ação

de conduzir, ou de levar coisas e pessoas, em aparatos apropriados, de um a outro lugar. Assim, **transporte** é a própria condução, ou a deslocação de coisas, ou pessoas, em veículos ou meios apropriados a esse mister.

TRANSPORTE. Geralmente, é a expressão atual usada no plural **transportes**, empregada para designar os próprios meios usados nos transportes e a organização dos serviços destinados a esse mister.

Neste aspecto, tomados em consideração não somente os **meios transportativos**, como o **espaço** por onde se deslocam, os transportes dizem-se **marítimos, fluviais, lacustres, aéreos e terrestres**, distinguindo-se estes em **ferroviários e rodoviários**. Quando os transportes se executam dentro de uma cidade dizem-se propriamente **urbanos**. E se intercomunicam entre vários Estados, Municípios ou países, distinguem-se em **interestaduais, intermunicipais e internacionais**".

Com isso, evidenciado está que a nova CARTA FEDERAL, ao conceder aos Estados Federados competência para instituir ICMS sobre serviços de transportes interestadual e intermunicipal, inclusive por força do Convênio ICM 66/88, igualando-o à Lei Complementar, deixou os entes federados com total liberdade para sobre tal imposição tributária dispor seja, através de um ou sucessivos convênios, ou tantos quantos bastem para o aperfeiçoamento do imposto estadual, ou ainda, seja através da edição de uma ou mais leis estaduais, baseadas nos convênios, pois se assim não fosse, estar-se-ia retirando dos Estados a possibilidade de aperfeiçoar sua legislação tributária, adequando-se às situações fáticas e jurídicas que se alteram, mudam e evoluem dia-a-dia. Os Estados Federados não podem ficar à margem das transformações sócio-econômicas que se operam diuturnamente no cotidiano das comunidades e cabe a eles acompanhá-las e ajustá-las à sua legislação e aos novos acontecimentos, mormente em matéria tributária.

Assim, sendo de amplo alcance a expressão "serviços de transporte interestadual e intermunicipal", contida no artigo 155,

inciso I, letra "b", da LEX MAGNA, e reproduzida no artigo 1º, do Convênio ICM 66/88, entenderam por bem os Estados Membros identificá-la em seus pormenores nos Convênios ICMS posteriores, acompanhando inclusive, a agitação e a acomodação naturais que a entrada em vigor de uma nova CARTA CONSTITUCIONAL acarreta em toda a sociedade.

Retomando a discussão sob o ângulo doutrinário, ensina **AMILCAR FALÇÃO** que, fato gerador é o fato ou conjunto de fatos, ou estado de fato ao qual o legislador vincula o nascimento de obrigação jurídica de pagar um tributo"(apud, **ALIOMAR BALEEIRO**, **Direito Tributário Braisleiro**, Forense, p. 455).

Ora, esses fatos ou conjunto de fatos, podem muito bem ter como origem relações jurídicas disciplinadas única e exclusivamente pela União, sem que essa circunstância os tornem impassíveis de tributação pelos Estados e Municípios e implique violação ao princípio federativo "Ad exemplo", compete à União, em caráter privativo, legislativo sobre energia, informática, telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV, CF/88), sendo que a energia elétrica e os serviços de comunicação são tributáveis pelo ICMS. Já compete também à União legislar privativamente sobre propaganda comercial (art. 22, XXIX, CF/88, sendo tributáveis pelo ISS esses serviços (item 85 da Lista Anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação da Lei Complementar nº 56/90).

Também a circunstância de ser a navegação aérea explorada direta ou indiretamente pela União não se mostra suficiente para afastar a incidência do ICMS.

Outros serviços prestados pela União são passíveis de tributação pelo ICMS, como o de comunicações, energia elétrica e transporte rodoviário, sem que isso resulte interferência dos Estados nas atribuições da União. Reafirme-se.

Ademais, não se tem conhecimento de nenhuma manifestação da União no sentido de entender como ingerência em suas atribuições, a tributação pelo ICMS do transporte aéreo de passageiros e cargas realizado por seus concessionários.

A regulamentação e a execução dos serviços de transporte aéreo não sofre com a tributação do ICMS nenhuma alteração, exercendo a União "tout court" as suas competências constitucionais.

Interferência haveria, se os Estados, a pretexto de tributar o serviço estatuissem novas obrigações aos concessionários ou descaracterizassem a natureza de determinado serviço em face do que prevê o Código Brasileiro da Aeronáutica.

Aliás, cabe frisar que questões econômicas ou de má gerência administrativa escapam ao conhecimento do direito tributário, assim como as de política de governo, tais como as ventiladas por **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** (parecer anexo ADIn nº 1083-2-DF) acerca dos subsídios governamentais às empresas aéreas e outros tais.

Também cabe destacar, que o art. 177 da Constituição instituiu como monopólio da União a pesquisa, a lavra e as jazidas de petróleo e gás natural, a importação e exportação e o transporte de petróleo e seus derivados, sem que sequer se tenha imaginado que a tributação pelo ICMS desses produtos implicasse em ingerência dos Estados sobre essas atividades e atentado à segurança nacional.

Ademais, a doutrina de Segurança Nacional invocada no parecer mencionado, nascida nos albores de Revolução de 1964, foi sepultada pela Assembléia Nacional Constituinte.

Por outro lado, os serviços de transporte aéreo não são prestados por órgão da administração federal, mas, sim, concedidos a empresas privadas, sujeitas, portanto, ao regime de direito privado (art. 170, IV CF/88).

Se as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas nas obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1º, CF/88) e não gozam de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (art. 173, § 2º, CF/88) não se afigura lógico e razoável o entendimento de que as empresas exploradoras do transporte aéreo estariam indenizadas à tributação do imposto previsto constitucionalmente. Por força do artigo 174, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7565, de 19.12.86), à exploração do transporte aéreo público é inequivocamente serviço concedido a particulares, porquanto os serviços aéreos compreendem os serviços aéreos privados (art. 177 a 179) e os serviços aéreos públicos (art. 180 a 221), abrangendo estes os serviços aéreos especializados públicos e os serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular e não regular, doméstico ou internacional (artigo 175).

E o artigo 180, do Código Brasileiro de Aeronáutica estatui que a exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre de prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular ou de autorização, no caso de transporte aéreo não-regular ou de serviços especializados.

Também o Código Brasileiro de Aeronáutica estabelece as exigências a serem observadas para a outorga da concessão (art.

181) requisitos esses comuns às empresas privadas, bem como regulamenta a relação jurídica entre o concessionário e o usuário do serviço (art. 175, § 2º), prescrevendo ser essa relação da natureza contratual e, evidentemente, de cunho privado no que tange à política tarifária.

3. DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE RECÍPROCA E AS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O artigo 150, VI da CF/88 consagra o princípio da imunidade recíproca que é uma decorrência do princípio federativo e da isonomia entre os entes públicos.

O princípio de imunidade recíproca, contudo, não tem a dimensão que se lhe atribui nas ADIn's nº 1089-1DF e 1083-2 DF, não se estendendo às empresas públicas, sociedades de economia mista e muito menos a particulares, concessionários de serviços públicos.

Como ensina **ALIOMAR BALEEIRO** (ob. cit pág. 85) alude a Constituição de 1946 é expressa a não extensão a particulares dos benefícios de imunidade recíproca.

Para concluir-se nesse sentido, basta uma leitura atenta e serena do artigo 150, § 3º, da CF/88:

"Art. 150 -
§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda, e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários, nem exonera o promitente comprador de obrigação de pagar imposto relativamente a bem imóvel".

Sobre o tema, confira-se o magistério de **PAULO DE BARROS CARVALHO** (Curso de Direito Tributário, Saraiva, pág. 120):

"A imunidade recíproca é extensiva às autarquias federais, estaduais e municipais, por obra de disposição contida no art. 150, § 2º, no que atina ao patrimônio, renda

e serviços vinculados às suas finalidades essenciais, **mas não se aplica aos serviços públicos concedidos**, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar o imposto que grava a promessa de venda e compra de bens imóveis".

Assim, totalmente inaplicável à hipótese o princípio de imunidade recíproca e, ainda que por amor ao debate, fosse a União que explorasse diretamente o serviço pela natureza de imposto indireto do ICMS, onde ocorre o fenômeno da repercussão financeira do imposto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é unânime no sentido de que o princípio de imunidade recíproca não se aplica aos chamados impostos indiretos, onde o contribuinte de direito transfere ao contribuinte de fato o ônus financeiro do imposto. (Revista Trimestral de Jurisprudência nº 57/244, 55/188, 55/580 e 55/110).

O fenômeno da repercussão econômica erige os beneficiários de imunidade recíproca à condição de contribuintes. O Decreto-lei 406/68 previa em seu artigo 6º, § 1º, inciso III, que são contribuintes do antigo ICM, órgãos de administração direta ou indireta. Por seu turno, o artigo 21, parágrafo único, incisos VII e VIII do Convênio ICM nº 66/88 estabelece que são contribuintes do ICMS órgão de administração direta e indireta e concessionários ou permissionários de serviço público de transporte, de comunicação e de energia elétrica.

Concluindo, as empresas exploradoras de transporte aéreo concessionárias de serviço público da União, por força do que dispõe a CF/88, o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Convênio ICM nº 66/88, contribuintes do ICMS devem ser consideradas, conseqüentemente.

4 - DA TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS ATRAVÉS DE TAXA.

Um dos frágeis argumentos elencados nas ADIn's nºs 1083-DF e 1098-DF é o de que os serviços prestados pelas empresas concessionárias dos serviços de transporte aéreo subordinam-se ao regime público e, portanto, somente são passíveis de tributação através de taxa, nos termos do art. 145, inciso II da CF/88 e art. 77 do Código Tributário Nacional estando, livres da incidência do ICMS.

Esse raciocínio é, cristalinamente, equivocado. O art. 175

da CF/88 prescreve que ao Poder Público cabe prestar diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, devendo a lei dispor dentre outros temas, sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, inciso III). Assim, os serviços públicos concedidos são remunerados pela tarifa devida pelo usuário ao concessionário.

Ademais, a taxa é tributo vinculado, cuja incidência é cabível sobre serviços prestados por ente público e cujo sujeito passivo é o usuário do serviço. Inconfundível com tributo não vinculado (imposto) que incide sobre serviços prestados por particulares, caso do ISS e ICMS, em que o sujeito passivo é o prestador do serviço.

Em sendo os serviços de transporte aéreo serviço público objeto de concessão, a relação entre o poder concedente e o concessionário e entre este e o usuário do serviço é de natureza contratual, não se imaginando que haja a espécie de atividade estadual específica prevista no art. 145, II da CF/88 e o art. 77 do CTN que deriva sempre de um ato administrativo unilateral ou provimento jurisdicional ou administrativo decorrente de função pública. (Cf. **HELLY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro**, RT, pág. 338).

Ao conceder o direito de exploração de transporte aéreo, a União celebra um negócio jurídico (contrato) que, não obstante tenha por objeto autorizar a concessionário a execução de serviço público reservado constitucionalmente à sua exploração, está, por motivo de conveniência e oportunidade, a outorga a particular, tendo a avença cláusulas de interesse público (regulamentares) e cláusulas de interesse privado do concessionário (econômicas), sendo que somente sobre o aspecto econômico do contrato é que incidem as normas regulamentares do ICMS.

5 - DA CONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO ICM Nº 66/88

Argumenta-se, ainda, nas ADIn's nºs 1083-DF e 1089-DF, que padeceria o Convênio ICM nº 66/88 de inconstitucionalidade à luz do art. 146 c/c o art. 155, § 2º, XII da CF/88.

Em sendo o ICMS um imposto novo, de competência dos Estados e, diante da possibilidade de não serem editadas as normas gerais viabilizadas de sua instituição e cobrança, o legislador constituinte autorizou, no art. 34, § 8º do ADCT, celbrassem os Estados e o Distrito Federal convênio, nos termos da Lei Complementar nº 24/

75, para regular provisoriamente a matéria. Esse ato normativo é o Convênio ICM nº 66/88 que, materialmente, têm força de lei complementar. Os públicos concedidos, nem exoneram

A previsão expressa de celebração de convênio no ADCT, cujas normas têm o mesmo valor jurídico da parte permanente da Constituição, conforme vedada na

JOSÉ AFONSO DA SILVA
(Aplicabilidade das Normas Constitucionais - RT, 1968, p. 162)
 Assim, grande parte dos Estados e do Distrito Federal evitou, problemas imensuráveis no que concerne à instituição e cobrança do ICM pelos Estados e Distrito Federal. Caso não houvesse a previsão do ADCT correriam os Estados e o Distrito Federal o risco de não poderem exercer sua competência tributária ou exercendo a terem esse ato tido como inconstitucional, tal como ocorreu em relação ao Adicional de Imposto de Renda, cujas leis estaduais instituidoras foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, justamente por inexistirem normas gerais disciplinando os conflitos materiais de competência.

Assim, o artigo 34, § 8º do ADCT, tem como corolário o princípio federativo, postulado esse de fundamental relevância no que tange ao ICM, tributo esse cujo produto é a principal receita tributária dos Estados Membros e do Distrito Federal correspondendo no Estado do Amazonas, em caráter estimativo, a 1,81% de suas receitas, até o mês de julho do exercício fiscal de 1994, conforme demonstrativo nesta petição.

O princípio federativo é tão fundamental à ordem constitucional, que o constituinte o erigiu a cláusula pétrea ao dispor que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda à Constituição tendente a abolir a forma federativa de Estado (art. 60, § 4º CF/88), o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Convênio ICM nº 65/88, contendo normas de ordem pública e de interesse financeiro.

De outra parte, é também indiscutível que a autonomia financeira, entendida como a capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, (JOSÉ AFONSO DA SILVA),

Direito Constitucional Positivo - 5ª edição, RT, PÁG. 539) é uma das bases em que se assenta a autonomia dos Estados Membros e somente pode ser alcançada pela instituição e arrecadação de tributos.

Um dos frágeis argumentos elencados nas ADIn's nº 1083-DF e 1039-DF e o art. 34, § 8º do ADCT, tem como desiderato consagrar o princípio federativo e assegurar a autonomia financeira dos Estados e do Distrito Federal diante da competência tributária que lhe foi outorgada constitucionalmente. Assim, negar eficácia ao art. 34, § 8º do ADCT é incompatível com o princípio federativo, porque importa em atribuir ao Congresso Nacional poderes para, por 5

omissão, restringir a competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, haurida da própria Constituição.

Não é demais lembrar que CELSO RIBEIRO BASTOS, em sua obra **Lei Complementar**, Saraiva, 1985, págs. 43/44) editada na vigência da anterior Carta Federal, já ensinava que a lei complementar não constitui pré-requisito à edição de lei ordinária em duas hipóteses:

a) nos casos em que o próprio texto constitucional limitou-se a prevê-la, mas sem requerê-la;

b) nos casos em que requerida pelo texto constitucional, acaba por se tornar indispensável ante a vigência de um princípio maior que repila sua omissão.

Conclui-se, portanto, que a norma do artigo 34, § 8º do ADCT decorre de uma providencial cautela do legislador constituinte em honra ao princípio federativo no que tange ao ICMS, imposto esse que por ser de competência de todos os Estados e do Distrito Federal demanda uniformidade de regramento no que tange à descrição de fato gerador, contribuinte e, principalmente local de prestação de serviço, como ocorre com os serviços de transporte.

Por fim, o argumento é superado em função das inúmeras decisões proferidas pela Corte Suprema desde a entrada em vigor da Constituição Federal, como, por exemplo, na ADIn, nº 715-7-DF (Relator para o acórdão Sr. Ministro CARLOS VELLOSO), 429-8-DF (Relator Sr. Ministro CÉLIO BORJA), na ADIn 54-DF, (Relator Sr. Ministro CARLOS MADEIRA), na ADIn nº 33-DF, (Relator Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO) e na ADIn 128.1-AL, (Relator Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE).

Recentemente, o Sr. Ministro CELSO DE MELLO, ao despachar o RE nº 158-327-4-SP, assim ponticou:

"O Convênio nº 66/88, não obstante a provisoriedade do regramento normativo que veicula, qualifica-se, nos termos do artigo 34, § 8º do ADCT, como sucedâneo constitucional da lei complementar exigida pelo artigo 146, III, "a" de Carta Política. Daí a exata observação de HUGO BRITO MACHADO (**Curso de Direito Tributário**, p. 253, 7ª ed., 1993, Malheiros), no sentido de que" "...o constituinte federal substituiu a lei complementar pelo convênio interestadual, para o fim específico de viabilizar a instituição do ICMS". (DJU, seção I, 29/06/94, p.

17.210).

Remarque-se que, o Convênio ICM nº 66/88 não padece de inconstitucionalidade, quer formal, quer material, sendo o instrumento adequado para o estabelecimento de regras gerais disciplinadora de instituição e cobrança do ICMS pelos Estados e Distrito Federal.

Em consequência, também são constitucionais os Convênios SINIEF nº 6/89 e ICMS nº 54/89, 72/89, 109/89, 89/90, 6/91, 25/91 e 92/91 que dispõem sobre tributação do transporte aéreo pelo ICMS.

6 - DA ALEGADA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

No que concerne à alegação de aplicabilidade à hipótese do princípio de isonomia é que a pretensão veiculada na ADIn nº 1083-2-DF chega às raias do absurdo, pois não especifica a aplicação desse postulado em relação a uma situação concreta e definida.

A inicial da ADIn nº 1083-2-DF alude ao princípio da isonomia "in abstrato", sem que se tenha efetuado o confronto analítico da tese exposta e a que se crê lhe sirva como paradigma.

A ausência desse confronto preocupa, máxime menção ao postulado constitucional pelo **Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República** na petição inicial que deu origem à ADIn nº 1089-1-DF, onde foi proferida a decisão concessiva de medida cautelar pelo Sr. Ministro REZEK, "ad referendum" do Plenário da Corte.

Contudo, se a pretensa isonomia é pleiteada em função das decisões do Supremo Tribunal Federal, no que toca ao Adicional de Imposto de Renda, cabe destacar que a extensão de tais julgados em relação ao ICMS encontra óbice no artigo 34, § 8º do ADCT da CF/88, que prevê a edição de convênio pelos Estados e Distrito Federal para estabelecimento de normas gerais necessárias à instituição de cobrança do imposto.

Enfim, as soluções para o caso do ADIR e para o caso do ICMS não podem ser idênticas, porque a CF/88 deu às hipóteses, que são distintas, tratamento também distinto: no art. 34, § 8º do ADCT autorizou a celebração de convênio para instituição do ICMS, inexistindo disposição semelhante em relação ao ADIR, segundo declarado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Se os casos merecerem tratamento distinto na CF/88, não pode o intérprete dar a eles idênticas soluções, porque aí, sim,

· haveria à regra de isonomia, que compreende não só atribuir tratamento diferenciado aos iguais, mas também ignorar as diferenças entre situações tratadas pelo texto constitucional.

7 - DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS: PREJUÍZO AO DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA ARRECADAÇÃO DE ICMS, NA FORMA DO ARTIGO 158, INCISO IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A Constituição de 1988 obriga os Estados a partilharem com os municípios localizados em seu território vinte e cinco por cento do produto de arrecadação de ICMS no Estado, na forma do artigo 158, inciso IV, em transcrição.

"Art. 158 - Pertencem aos Municípios:

.....
.....
.....

IV - vinte e cinco por cento de produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadoria de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações.

Parágrafo Único - As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionados no inciso IV, serão creditados conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo na proporção do valor adicional nas operações relativas à circulação de mercadoria e nas prestações de serviço realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal".

Cabe lembrar que através da Constituição de 1988, os Municípios receberam 5% de acréscimo ao percentual de arrecadação de ICM a que faziam jus, ampliando para 25% do produto de

arrecadação do agora ICMS, tributo que ampliou o seu campo de incidência atingindo as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação proporcionando assim significativa melhoria na arrecadação desses entes políticos.

As finanças municipais saíram, sem dúvida fortalecidas no texto da Constituição. A autonomia dos municípios, por outro lado, ficou melhor fortalecida pela técnica de distribuição de receitas tributárias entre entidades políticas que constitui o chamado deferalismo cooperativo que começou com a Constituição de 1934, evoluindo até sua manutenção no texto da Carta Magna de 1988.

A nível de Estado do Amazonas, a partir de 1992 e 1993 a arrecadação do ICMS sobre transporte aéreo tem assumido expressão em sua receita tributária, como se projeta petição, a seguir:

... não que concerne a negação de responsabilidade a apose-
to pagamento de imposto é que a referência é em R\$ CR\$,

1992	Transporte Aéreo	%	ICMS Total
Janeiro	344.214,45	1,09	31.526.960,15
Fevereiro	494.180,38	1,42	34.721.057,50
Março	541.063,02	1,15	47.262.890,25
Abril	713.386,31	1,26	56.729.595,78
Maior	621.507,80	0,98	63.641.181,43
Junho	1.119.492,19	1,33	84.269.524,24
Julho	180.621,06	0,16	109.800.074,13
Agosto	668.427,19	0,49	136.018.522,91
Setembro	1.640.107,91	1,07	152.853.804,10
Outubro	3.116.471,64	1,55	201.037.834,91
Novembro	3.977.307,32	1,73	229.428.904,39
Dezembro	5.516.268,56	1,82	302.858.075,91
Total Geral	18.933.747,83	1,31	1.450.148.725,76

Fonte: PRODAM

1993	Transporte Aéreo	%	ICMS Total
Janeiro	7.754.253,59	2,08	372.573.586,30
Fevereiro	9.102.164,21	1,98	460.105.936,79
Março	20.357.019,58	3,88	524.199.742,93
Abril	13.180.567,30	1,50	879.844.307,44
Maiο	22.117.946,26	2,12	1.044.842.048,08
Junho	24.392.747,57	1,78	1.372.153.168,00
Julho	47.367.533,27	2,34	2.024.258.961,00
Agosto	62.077.966,25	2,16	2.872.354.012,00
Setembro	50.937.324,16	1,50	3.406.034.861,00
Outubro	47.186.310,35	1,02	4.639.769.918,00
Novembro	215.456.065,65	3,19	6.745.565.814,00
Dezembro	223.892.046,74	2,28	9.810.624.147,00
Total Geral	743.821.967,93	2,18	34.152.326.502,54

Fonte: PRODAM

Verifica-se assim, que a arrecadação de ICMS sobre transporte aéreo, como destacado no demonstrativo a seguir, relativo ao exercício fiscal de 1994, per fez até o mês de julho o valor de R\$ 3.564.067,61 (Três milhões, quinhentos e sessenta e quatro mil, sessenta e sete reais e sessenta e um centavos), correspondente a 1,81% da arrecadação total de ICMS do Estado do Amazonas.

R\$

1993	Transporte Aéreo	%	ICMS Total
Janeiro	739.532,69	2,55	29.049.872,42
Fevereiro	588.974,56	2,42	24.331.164,73
Março	475.149,81	2,09	22.705.753,73
Abril	477.788,53	1,85	25.870.534,90
Maiο	498.279,44	1,87	26.611.612,48
Junho	469.615,92	1,50	31.273.898,87
Julho	314.726,65	0,85	37.233.537,00
Total Geral	3.564.067,61	1,81	197.076.374,27

Fonte: PRODAM

Destaque-se, ainda, que a perda dessa parcela de ICMS também se reflete na partilha desse tributo para os municípios localizados no Estado do Amazonas.

É sabido que a extensão territorial do país termina por criar muitos "Brasis": o de São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Curitiba, Salvador, Recife e o dos tão ignotos Municípios da região Norte, especificamente no ESTADO DO AMAZONAS carentes de recursos econômicos à ausência de exploração de atividades econômicas, comerciais, industriais, dentre outras.

No entanto, ao Poder Público cabe propiciar através da partilha das rendas tributárias para esses Municípios, a prestação de serviços públicos, tais como educação, saúde, saneamento entre outros. Assim, somente a lucidez e a sabedoria dos Excelsos - Ministros do Colendo Supremo Tribunal Federal serão capazes de evitar que à pobreza e ao abandono sejam relegados os habitantes desses rincões distantes, inóspitos e paupérrimos do ESTADO DO AMAZONAS, pelo julgamento da improcedência da ADIn proposta para excluir parcela considerável de ICMS arrecadada pelo ESTADO DO AMAZONAS e demais Unidades da Federação.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, confia e requer o REQUERIDO e os PROCURADORES DO ESTADO DO AMAZONAS que a esta também subscrevem, o reconhecimento da constitucionalidade do Convênio ICM 66/88 e posteriores Convênios ICMS aqui enumerados, pela translúcida juridicidade das razões fundamentadas nestas INFORMAÇÕES, julgando-se, assim, IMPROCEDENTE a ADIn nº 1.089-1/600 proposta pelo douto PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA para afirmação da mais ampla e lúdima.

JUSTIÇA FISCAL!

De MANAUS para BRASÍLIA, em 26 de agosto de 1994.

FRANCISCO OLIVEIRA PINHEIRO
Secretário de Estado da Fazenda

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
Procuradora do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por sua Procuradora infra-assinada, nos autos de **EMBARGOS DE TERCEIRO**, opostos por **AVCIL AUTO VIAÇÃO CIDADE INDUSTRIAL LTDA** (proc. nº 94/94), vem, respeitosamente, perante V.Ex^a. apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, expondo e requerendo o que segue:

1. Alega a Embargante, em síntese, que:

a) o ônibus de placa ZB 2134, de sua propriedade, fora penhorado para garantia da execução fiscal que a ora Embargada move contra Macc Burgguer Lanchonete Ltda (proc. nº 246/90), em trâmite perante esse r. Juízo e respectivo Cartório, tendo juntado cópia do Certificado de Registro expedido pelo Detran/AM;

b) o referido ônibus fora avaliado por preço vil e sem nenhum critério técnico, tendo juntado avaliação procedida pela empresa Benarrós Diesel.

2. São totalmente improcedentes os presentes embargos de terceiro, como se passa a demonstrar.

PRELIMINARMENTE - INÉPCIA DA INICIAL

3. A Embargante não fez prova dos fatos alegados na inicial, ou seja, não juntou o auto de penhora e o laudo de avaliação, descumprindo o disposto no art. 283 do CPC, que reza:

"A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação."

4. A Embargante limitou-se a distribuir os embargos por dependência e mencionar os documentos da execução fiscal. Ocor-

re que são processos distintos, isto é, os embargos de terceiro caracterizam procedimento autônomo, razão por que devem ser instruídos com os documentos comprobatórios dos fatos alegados extraídos do processo principal.

5. Neste sentido, vale destacar a decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 21.962-4-AM (Rel. Min. Garcia Vieira, j. 10.06.92, negaram provimento, v.u., DJU 03.08.92, p. 11.269, 1ª col., em.):

“É obrigação da parte, e não do juiz, instruir o processo com os documentos tidos como pressupostos da ação que, obrigatoriamente, devem acompanhar a inicial ou a resposta (art. 283 do CPC).”

In Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, de Theotônio Negrão, São Paulo: Malheiros, 24ª ed., nota 2h ao art. 284, p. 242.

6. Assim, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, diante da inépcia da inicial, que pode ser reconhecida após a contestação, consoante jurisprudência dominante (STF-RT 636/188, RT 501/88, 612/80, RJTJESP 45/185, JTA 105/286, 107/415 - in Theotônio Negrão, op. cit., nota 7 ao art. 295, p. 248), o que se requer, condenando-se a Embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20%.

MÉRITO

7. No mérito, melhor sorte não tem a Embargante, pois seus argumentos carecem de fundamento.

8. Em primeiro lugar, a alegação de que a avaliação fora feita por preço vil e sem nenhum critério técnico é matéria impertinente, que não cabe ser discutida em sede de embargos de terceiro.

9. **Ad argumentandum tantum**, como a Embargante não juntou o laudo de avaliação, não há como verificar a veracidade de suas alegações, pois não se sabe a data em que o bem fora avaliado. A Embargante apenas mencionou que a avaliação fora feita às fls. 14 da execução e juntou avaliação da empresa Benarrós Diesel, de 30.03.94.

10. Assim, diante da ausência de documentos comprobatórios das alegações da Embargante, verifica-se a dificuldade de produzir defesa, eis que a Embargante, maliciosamente,

oculta dados, na tentativa de se beneficiar de sua própria inércia, pois deveria ter impugnado a avaliação no momento oportuno e não em embargos de terceiro.

11. Por outro lado, os embargos de terceiro não merecem prosperar, pois a penhora pode recair sobre bem particular de sócio-gerente, independentemente de apuração prévia de responsabilidade, como bem decidiu a Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 14.904-0/MG (Rel. Min. Garcia Vieira, unânime, publ. no DJ de 23.03.92, cuja ementa abaixo se transcreve:

"459. Processual Civil - Execução Fiscal - Penhora de bens particulares de sócio-gerente - Desnecessidade de prévia apuração de responsabilidade pessoal.

Infringe a lei o sócio-gerente que deixa de recolher, tempestivamente, os tributos devidos pela firma devedora e, como responsável tributário, pode ser citado e ter seus bens particulares penhorados, mesmo que seu nome não conste da certidão de dívida ativa.

Inexigibilidade de prévia apuração de responsabilidade.

Recurso provido."

(In Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 3, nº 5, p. 193, janeiro/abril de 1993).

12. A decisão acima aplica-se como uma luva ao caso em tela. Senão, vejamos.

13. Como se vê do incluso contrato social da executada Macc Burgguer Lanchonete Ltda e das relações de sócios expedidas pelo Sistema de Cadastro de Sócios da Sefaz em anexo, os Srs. Leão Arão Ohana e Arão Ohana são sócios da ora embargante e da executada retro referida.

14. Portanto, o ônibus penhorado no processo nº 246/90 caracteriza-se como bem particular representativo das quotas sociais que os sócios da executada Macc Burgguer Lanchonete Ltda detêm junto à ora Embargante.

15. A respeito da penhorabilidade de quotas sociais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, ao julgar o REsp. nº 16.540-0/PR (Rel. Min. Waldemar Zveiter, unâni-

me, publ. no DJ de 08.03.93), decidiu que:

"621. Processual Civil - Quotas sociais - Penhorabilidade - Matéria de fato.

I - Doutrina e jurisprudência dominante são acordes em que a penhora de quotas sociais não atenta, necessariamente, contra o princípio da **affectio societatis** ou contra o da **intuitu personae** da empresa, eis que a sociedade de responsabilidade limitada dispõe de mecanismo de autodefesa.

II - Matéria de prova ou de interpretação de contrato não se reexaminam em Especial (Súmulas nºs 05 e 07 do STJ).

III - Recurso não conhecido."

(In Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 3, nº 7, p. 245, setembro a dezembro de 1993).

16. A decisão acima se aplica como uma luva ao caso em apreço, a demonstrar a responsabilidade dos sócios da ora Embargante e a conseqüente improcedência dos embargos de terceiro.

17. Destarte, o ônibus de placa ZB 2134, de propriedade da Embargante, penhorado nos autos da execução fiscal movida pela ora Embargada contra Macc Burgguer Lanchonete Ltda (proc. nº 246/90) representa bem particular dos sócios Leão Arão Ohana e Arão Ohana, ou seja, quotas sociais que os sócios da executada detêm junto à ora Embargante.

Ante o exposto e

Considerando que a petição inicial é inepta, uma vez que não instruída com os documentos comprobatórios dos fatos alegados e indispensáveis à propositura da ação;

Considerando que a impugnação ao valor da avaliação não pode ser feita em sede de embargos de terceiro, por ser matéria impertinente;

Considerando que o ônibus penhorado representa as quotas sociais detidas pelos sócios Leão Arão Ohana e Arão Ohana junto à Embargante;

É a presente para requerer a V.Ex^a. a extinção do processo sem julgamento do mérito, acolhendo-se a preliminar de inépcia da inicial, condenando-se a Embargante nas verbas sucumbenciais.

Caso assim não entenda V.Ex^a, requer sejam julgados

totalmente improcedentes estes Embargos, acolhendo-se as razões aqui aduzidas, condenando-se a Embargante nas verbas sucumbenciais.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exclusão de nenhum.

Nestes Termos,

Pede Deferimento

Manaus-Am, 17 de junho de 1994.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE
Procuradora do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO, brasileiro, casado, Governador Constitucional do Estado do Amazonas, assistido pelos Procuradores do Estado que esta também subscrevem, vem perante Vossa Excelência, respeitosamente, para nos termos do artigo 102, inciso I, alínea "a" e 103, inciso V da Carta Política Federal, propor, com pedido de concessão de cautelar, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** do Decreto nº 36.656/93 editado pelo Chefe do Poder Executivo do ESTADO DE SÃO PAULO, para disciplinar diferimento do imposto incidente nas operações realizadas com componentes de equipamentos do sistema eletrônico de processamento de dados, através do seu Regulamento do ICMS, que ofende, com seus efeitos jurídicos, a **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL** como se há de demonstrar:

I. PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ATO IMPUGNADO.

A norma impugnada atinge de cheio as seguintes regras integradoras do sistema tributário nacional expressas pelos arts. 152 e 155, I, "b" e § 2º, I e II, "a" e "b" e inciso XII, "g" da CF e 34 caput e §§ 5º e 8º e 40 do ADCT da LEX MAGNA, esta última pertinente à Zona Franca de Manaus, modelo desenvolvimentista projetado para a região Amazônica, através do Decreto-Lei nº 288 de 28 de fevereiro de 1967; artigo 1º da Lei Complementar nº 24 de 07 de janeiro de 1975 norma expressamente recepcionada pelo artigo 34, § 8º da Carta Federal, autorizando, assim, a concessão de LIMINAR.

Antes, porém, visando a comprovar, de maneira sintética e rápida, o grave dano que a regra impugnada acarreta não só às finanças do ESTADO DO AMAZONAS pela concorrência com a

Zona Franca de Manaus que se encontra escamoteada no Decreto nº 36.656/93 mas, sobretudo, pela vulnerabilidade a que expõe a existência equilibrada dessa área de exceção fiscal constitucionalmente protegida, traz-se, à baila, as sempre atuais preocupações dos mestres GERALDO ATALIBA e CLEBER GIARDISO, que tomadas por empréstimo, certamente fundamentarão a concessão da CAUTELAR ora rogada à essa Excelsa Corte:

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

Dai o espírito estimulante da vasta e ampla legislação que veio implantar tais objetivos, implicando sacrifícios à União e até a Estados alheios à região, a bem da realização daqueles desígnios. O desenvolvimento da Amazônia foi, nesse momento, qualificado acertadamente, **como de interesse nacional.**" (destacou-se).

E continuam os eminentes mestres:

"É com esse espírito", arremataram os mestres, que deve ser e vem sendo aplicada tal legislação, assim administrativamente como judicialmente."

Tomado do mesmo espírito, à vista dos imperativos de segurança nacional e do excepcional interesse público de que ainda se reveste a Zona Franca de Manaus, veio o constituinte de 1988 e averbou no artigo 40 do ADCT:

"É mantida a ZONA FRANCA DE MANAUS, com sua característica de área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte

e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição." (destacou-se).

Consolidou-se, por conseguinte, através da regra supratranscrita, até o ano de 2013, a manutenção da ZONA FRANCA DE MANAUS, pelos enforques jurídicos, econômico-social e até de segurança nacional circunscritos à questão, ficando, ainda, recepcionado por força do artigo 34, § 5º da Constituição Federal todo o regfamento específico desse modelo, inclusive a Lei Complementar nº 24/75, editada para tornar aplicável o artigo 23, parágrafo 6º da Emenda Constitucional nº 1/69 à Carta Constitucional Federal de 67, que se compatibilizava com o novo sistema tributário nacional.

Vale destacar, que já se afiguram patentes e inobjetáveis a relevância e a plausividade jurídica do pedido (FUMUS BONI JURIS), à medida que o Decreto nº 36.656/93 configurou ato que investe, inconstitucionalmente, contra o único instrumento político de desenvolvimento de que dispõe o ESTADO DO AMAZONAS para sua região pois, estando a conceder, unilateralmente, benefício fiscal aos importadores de bens intermediários estrangeiros e a indústria de bem final de equipamentos do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados estabelecidos em seu território diferindo para saída e reduzindo para 50% o ICMS incidente sobre tais operações, está concedendo, via transversal, ISENÇÃO que deveria submeter à apreciação do CONFAZ, como se há demonstrar.

No tocante à irreversibilidade do dano não mais iminente e sim real (PERICULUM IN MORA), não está ele presente apenas na repercussão dos efeitos do ato impugnado sobre a política fiscal exercitada pelo ESTADO DO AMAZONAS para atrair capital e assim reduzir sua desigualdade econômica-regional e erradicar a pobreza da população dessa área de exceção fiscal, mas se apresenta, também, na quebra da confiança que desmotivará o empresário, daqui para frente, a investir na AMAZÔNIA, caso permaneça eficaz o Decreto nº 36.656/93 que concorre com o modelo desenvolvimentista ZONA FRANCA DE MANAUS, infringindo a isenção paulista, a Carta Política Federal e causando ao Erário Amazonense prejuízo de difícil reparação.

II. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 152 DA CARTA FEDERAL DE 1988

O regramento do Decreto nº 36.656/93, aparentemente regular, constitui, em verdade, ato inconstitucional que atinge o artigo 40 do ADCT da CF/88, diretamente voltado para proteger e

manter a política fiscal do ESTADO DO AMAZONAS e seu modelo de desenvolvimento econômico, cuja intocabilidade repousa neste artigo da CARTA POLÍTICA FEDERAL. Disso decorre que o ESTADO DE SÃO PAULO está discriminando, ostensivamente, com legislação protecionista as operações comerciais realizadas pela praça comercial do ESTADO DO AMAZONAS ou de qualquer outro Estado-membro, inclusive afetando a política de livre comércio interestadual e ferindo frontalmente o artigo 152 da Constituição Federal que tem por princípio a vedação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de estabelecerem diferença entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino, consoante transcrição a seguir:

"É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino."

Vale salientar que essa proibição impede eventual "guerra tributária" e afirma a unidade geográfica do território nacional.

Nas palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, comentando regra idêntica na Constituição anterior, afirma:

"Este preceito, portanto, se destina a assegurar a unidade econômica da Federação e livre circulação de bens por todo o território nacional, vedando que interesses regionais ou locais prejudiquem o interesse nacional."

.....
.....
.....
não é lícito aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios embaraçar a circulação de bens pelo território nacional, o que importa em proibir discriminação entre os mesmos em decorrência de sua proveniência ou seu destino".

(Comentários à Constituição Brasileira, Emenda Constitucional nº 1 de 17 de abril de 1969", vol. 1, pág. 174/175).

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, In "O Controle de Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição

de 1988, Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 2ª ed., pág. 426, no capítulo "A VEDAÇÃO QUE PROÍBE AOS ESTADOS E AOS MUNICÍPIOS ESTABELECEREM DIFERENÇAS TRIBUTÁRIAS EM RAZÃO DA PROCEDÊNCIA OU DESTINO DE BENS E SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA, assim explana a questão:

"O art. 152 constitui uma vedação que se destina a Estados e Municípios. Partícipes, não lhe é permitido estabelecer barreiras fiscais dentro do território nacional, eis que o mercado brasileiro é comum. O país é uno, embora politicamente dividido em Estados, subdivididos em Municípios. Não fora a regra vedatória, é bem possível que os Estados, para proteger suas respectivas economias, imaginassem fórmulas fiscais protetivas e discriminatórias, em verdadeira "guerra fiscal" em que não faltariam leilões de favores tributários. Certa feita, o secretário FERNANDO REIS, economista e administrador público de invejável competência, lamentavelmente falecido, intentou a utilização de fórmula discriminatória para partejar o desenvolvimento da indústria de laticínios de Minas Gerais, quando secretário da Fazenda do Estado. Destarte, concedeu "créditos fiscais presumidos" de ICM para os produtos mineiros relativamente ao leite remetido a indústrias mineiras, favor este inexistente para as operações que destinassem dito leite para fora do Estado, com destino a indústrias sítas noutras Unidades da Federação. Como o dispositivo constitucional sob comento já existia na Constituição de 1967, diversos mandados de segurança impetrados por indústrias de laticínios paulistas e fluminenses obtiveram liminares favoráveis, removendo a legislação discriminatória do Estado de Minas Gerais, que distinguia pela origem e

pelo destino da mercadoria.

O princípio vedatório, no entanto, não entra em testilha com dispositivos constitucionais que imunizam certas operações ou permitam alíquotas diferenciadas em razão precisamente da origem ou do destino das mercadorias. É o caso, v. g., das remessas de produtos industrializados para o exterior e também da imunidade do ICMS nas remessas de energia elétrica do Estado produtor para o Estado consumidor. Tais previsões são constitucionais. Significa que as discriminações da Lei Maior são harmônicas com a vedação in examen. O objeto da limitação, pois, cifra-se em obstar "políticas" fiscais por parte de Estados e Municípios, capazes de ofender o espírito federativo e o mercado comum brasileiro, quando acentuadas em discriminações quanto à origem ou destino de serviços e mercadorias."

Conclui-se, portanto, do exame do Decreto nº 36.656/93, que suas regras ferem o artigo 152 da LEX MAGNA, à medida que implantou política fiscal protecionista para operações realizadas com matérias-primas, produtos intermediários, partes e peças utilizados na industrialização de equipamentos de processamento eletrônico de dados, prejudicando a busca de novos mercados pelos contribuintes do ICMS, e estabelecendo concorrência desleal para com a política fiscal dos outros Estados-membros, e, sobretudo, com a do ESTADO DO AMAZONAS.

Sim, porque o ESTADO DE SÃO PAULO, sob o manto da figura do diferimento, concede, unilateralmente, ou seja sem a celebração de Convênio ratificado pelos demais Estados da Federação, verdadeira isenção de ICMS, pois difere o lançamento do imposto da entrada da mercadoria no estabelecimento importador para a saída dessa; mas quando se trata de saída para a indústria de bem final, novamente persiste o diferimento do lançamento do ICMS e nenhum valor de ICMS é cobrado, ferindo assim, também, o artigo 34, §§ 5º e 8º e o artigo 40, ambos do ADCT, que estruturam a compatibilização das regras anteriores com as do sistema tributário nacional implantado pela CF/88, entre as quais se encontra a Lei

Complementar nº 24/75, expressamente recepcionada pela Carta Magna.

III. LEGISLAÇÃO EDITADA PELO ESTADO DE SÃO PAULO INFRINGE ART. 155, I, "b" e § 2º, I e II, "a" e "b" e XII, "g" DA CARTA FEDERAL.

Aparentemente, o Decreto nº 36.656/93 veio alterar através do artigo 1º, o Regulamento do ICMS do ESTADO DE SÃO PAULO aprovado pelo Decreto nº 33.118, de 14.03.91, acrescentando no Capítulo V do Título I do Livro II, a Seção XVII, composta do artigo 380-A, que recebeu a seguinte redação:

"Art. 380-A - O lançamento do imposto incidente nas operações a seguir mencionadas, com matérias-primas, partes, peças, componentes e outros produtos de equipamentos de processamento eletrônico, de dados, indicados em relações de insumos e de produtos acabados elaborados pela Secretaria da Fazenda, fica diferido (Lei nº 6.374 de 1º de março de 1989, artigo 8º, inciso XIII e § 4º). (destacado).

No inciso I do artigo 380-A, do Decreto alterador do RICMS/SP aprovado pelo Decreto nº 33.118/91, o diferimento ficou assim estabelecido:

"I - tratando-se de recebimento de mercadoria importada do exterior constante da relação de insumos, para o momento em que ocorreu a subsequente saída do estabelecimento importador da mesma ou de outra mercadoria resultante de sua industrialização, desde que indicada esta na relação de produtos acabados, ressalvada a aplicação do disposto no inciso seguinte", (destacado).

O diferimento suspende o lançamento do ICMS até a próxima circulação da mercadoria importada do exterior ou de outra proveniente de sua industrialização desde que conste esta em relação de produtos acabados.

O inciso II do mesmo artigo 380-A, do Decreto nº 33.118/91, alterado pelo Decreto nº 36.656/93, ora impugnado, prevê ainda,

diferimento nos seguintes termos:

"II - tratando-se de saída interna de mercadorias indicadas nas relações de insumo e de produtos acabados com destino a estabelecimento industrial classificado no Código de Atividade Econômica (CAE) 48.000 com a finalidade de fabricação de mercadoria indicada na relação de produtos acabados, bem como sua utilização na prestação de assistência técnica, para o momento em que ocorre a saída da mesma mercadoria desse estabelecimento ou de outra resultante de sua industrialização, desde que indicada esta na mencionada relação de produtos acabados." (destacado).

O exame da legislação transcrita resulta no reconhecimento de que seus efeitos jurídicos afrontam dispositivos constitucionais.

O indigitado artigo 380-A do Decreto nº 33.118/89 prevê nos incisos I e II diferimento do lançamento do ICMS incidente sobre as operações ali especificadas, considerando duas hipóteses:

1º) a hipótese relativa a operações de recolhimento de mercadorias do exterior, constante da relação de insumos em que o lançamento do ICMS ficará diferido para o momento da subsequente saída do estabelecimento importado da mesma ou de outra mercadoria resultante da sua industrialização;

2º) a hipótese referente à saída interna de mercadorias indicadas na relação de insumos e de produtos acabados com destino a estabelecimento industrial classificado no Código de Atividade (CAE) 48.000 para o momento em que ocorrer a saída da mesma mercadoria ou de outra resultante de sua industrialização, desse estabelecimento.

Tais operações, de fato, embora tratadas de ICMS diferido, constituem, sim, isenção unilateral de ICMS concedido pelo ESTADO DE SÃO PAULO, que consoante demonstrativo contábil-fiscal adiante, apresenta-se insofismável além de constituir esse procedimento concorrência desleal com todos os Estados da Federação pelo atrativo fiscal que oferece.

Dessa sorte, não há como descaracterizar que o diferimento do ICMS concedido pelo ESTADO DE SÃO PAULO no art. 380-A do Decreto nº 35.656/93 constitui ISENÇÃO FISCAL que somente pode

ser concedida ou revogada através de convênio ratificado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, estabelecido pela Lei Complementar nº 24/75, sendo esse Colegiado constituído por um representante de cada Estado e do Distrito Federal, na forma de seu Regimento, aprovado pelo Convênio ICMS 17/90.

Por conseguinte, sabia o ESTADO DE SÃO PAULO lhe ser defeso legislar fora do Convênio para conceder isenção. Se o fez, seu ato legislativo afronta dispositivos e princípios da LEX MAGNA.

Outrossim, no artigo 1º, item II do Decreto nº 33.656/93 que acrescentou ao Decreto nº 33.118/89 a Tabela I do Anexo III, item 2, com a redação abaixo transcrita, verifica-se que o ESTADO DE SÃO PAULO adota política fiscal que fere regras constitucionais.

Estabelece o item 2 retrocitado:

"Na saída interna e interestadual promovida por estabelecimento industrial classificado no Código de Atividade Econômica (CAE) 48.000 dos produtos finais do sistema eletrônico de processamento de dados de que trata o inciso II do artigo 380-A deste regulamento, poderá aquele estabelecimento creditar-se da importância equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto devido na operação (Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, artigo 112)". (destacado).

Como se vê, o Decreto nº 36.656/93 trouxe para o RICMS/SP, inclusive, crédito fiscal presumido no percentual de 50% (cinquenta por cento) para as hipóteses de saídas interna e interestadual promovidas por indústria de equipamentos do sistema eletrônico de processamento de dados, codificado sob o nº 48.000 do CAE da Tabela I do Anexo VII do mesmo RICMS/SP.

Numa interpretação sistemática das regras do artigo 380-A do RICMS/SP combinadas com a previsão contida no artigo 1º do Decreto nº 36.656/93, item II relativo à Tabela I do Anexo III, item 2, conclui-se que além de tentar descaracterizar a isenção concedida sob o manto do diferimento, o ESTADO DE SÃO PAULO burla norma constitucional e confere às indústrias sob o Código 48.000, crédito fiscal presumido em 50%, incentivo fiscal cujo deferimento exige a celebração de convênio na forma do artigo 155, § 2º XII, "g" do CR/88, combinado com o artigo 34, §§ 5º e 8º do ADCT da MAGNA CARTA.

Assim, em tendo a LC nº 24/75 sido expressamente recepcionada pelo artigo 34, §§ 5º e 8º do ADCT da CF/88 tomando-a integrante do sistema tributário nacional, qualquer afronta a essa legislação complementar resulta em confronto com a LEI MAIOR evivando de inconstitucionalidade o dispositivo legal oposto à LEX MAGNA.

E é esse efeito máximo que vicia o RICMS/SP, referentemente às normas introduzidas pelo Decreto nº 36.656/93 e as próprias deste mesmo Decreto, em sua totalidade.

De igual modo, deve ser decretada a INCONSTITUCIONALIDADE do artigo 2º do Decreto nº 36.656/93, em virtude de ferir o artigo 155, § 2º, II "a" e "b" da CF/88.

Diz o artigo 2º do Decreto nº 36.656/93.

"Art. 2º - O crédito acumulado em decorrência do diferimento do lançamento do imposto nos termos do artigo 380-A do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações, aprovado pelo Decreto nº 33.118, de 14 de março de 1991, acrescentado por este Decreto, poderá ser transferido, a partir da ocorrência do correspondente fato gerador do imposto, para os estabelecimentos e fins previstos no artigo 70 do mencionado regulamento, na forma a ser estabelecida pela Secretaria da Fazenda." (destacado).

Por sua vez, normatiza o artigo 155, § 2º, II, "a" e "b" da CF/

88:

"Art. 155.

§ 2º - O imposto previsto no inciso I, "b" atenderá ao seguinte:

I -

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensa-

ção com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;"

O transcrito artigo 2º prevê:

- acumulação de crédito em decorrência de diferimento nos termos do art. 380-A do RICMS/SP.

Ora, com o diferimento concedido na forma dos incisos I e II do artigo 380-A do RICMS/SP, nenhum débito de ICMS é apurado conforme demonstrativo às fls.... Tem-se configurado, em verdade, ISENÇÃO DE ICMS concedida sem amparo legal, via convênio, como especificado no artigo 155, XII, "g" da CF/88, combinado com o artigo 34, §§ 5º e 8º do ADCT da CF/88. Por conseguinte, a previsão de crédito acumulado em razão do diferimento (?) esbarra no óbice constitucional do art. 155 § 2º, II, "a" retrotranscrito.

Por outro ângulo e ainda seguindo o mesmo regramento constitucional, a isenção, travestida de diferimento, deve acarretar a anulação do crédito relativo às operações anteriores que forem isentadas e não geram crédito acumulado como previsto no artigo 2º do Decreto nº 36.656/93, de sorte a evitar confronto com o art. 155, § 2º, II, "b" da CF/88.

Por último, a hipótese de transferência de crédito acumulado decorrente do diferimento moldado nos incisos I e II do artigo 380-A do RICMS/SP fere o princípio da não-acumulatividade do ICMS tratado no art. 155, § 2º, I, da CF/88 que estabelece que o ICMS será não-cumulativo compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Ora, se as operações efetivadas deixaram de gerar débito em decorrência da isenção caracterizada de diferimento, impossível transferir crédito que não tem correspondência a débito, isento que foi pelo "diferimento", e que, desse modo, deixou de ser apurado e não se acumulou para propiciar transferência de crédito da mesma ordem, ou seja, acumulado. Essa circunstância esbarra no regramento do artigo 155, § 2º, II, "b" da Carta Federal e se configura mais uma inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse, somente para argumentar, a acumulação de crédito fiscal presumido na legislação paulista, este regramento deveria resultar de convênio celebrado e ratificado pelas demais unidades da Federação, para atender a

dispositivo constitucional, especificamente o art. 155, § 2º, XII, "g" da CF/88, combinado com o artigo 34, §§ 5º e 8º do ADCT da CF/88, que em conjunto com outras regras da LEX MAGNA, compõem o sistema tributário nacional.

E é esse o entendimento que se infere do art. 155, § 2º, XII, "g", da CF/88 que enuncia:

"Art. 155.....

§ 2º - O imposto previsto no inciso I, "b", atenderá ao seguinte:

I -

XII - cabe à lei complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados;"

Igual eiva, acomete o item II do artigo 1º do Decreto nº 36.656/93, no tocante à concessão de crédito fiscal presumido, à ausência de convênio para validar o deferimento desse incentivo fiscal.

Novamente tal política fiscal afronta o artigo 155, § 2º, XII, "g" da CR/88 pelos motivos anteriormente expostos quando da demonstração da inconstitucionalidade do artigo 380-A do RICMS/SP.

Aduza-se a esses argumentos, a circunstância inobjetable de que, segundo o artigo 1º da LC nº 24/75, expressamente recepcionada pelo art. 34, §§ 5º e 8º do ADCT da CF/88, somente mediante convênio celebrado e ratificado por todos os Estados da Federação poderão ser concedidas ou revogadas as isenções de ICM, hoje ICMS, sendo ainda obrigatório o convênio para os casos de concessão de crédito presumido, na forma do parágrafo único do mesmo artigo 1º da LC nº 24/75. E é essa figura jurídico-fiscal tratado no referido item II do artigo 1º do Decreto nº 36.656/93, a torná-lo, nesse regramento, também INCONSTITUCIONAL.

Para deixar aclarada a evidente ISENÇÃO concedida e ainda o CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO deferido pelo ESTADO DE SÃO PAULO, projetou-se o ciclo fiscal das operações especificadas no Decretos nº 33.118/89, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 36.656/93, que culmina com sua INCONSTITUCIONALIDADE.

A dizer-se, em considerando os efeitos do Decreto nº 36.656/93 nas operações entre dois estabelecimentos, a indústria de bens intermediários importando insumos do exterior e remetendo os correspondentes componentes à indústria de bem final, resulta em operações isentas de ICMS, conforme demonstrado no item 5, em que se tem uma diferença para a carga tributária de importação prevista no artigo 380-A, I do RICMS/SP em 12%. Essa operação evoluindo no mesmo demonstrativo, para circulação dos bens intermediários para a indústria de bem final (art. 380-A, II) gera uma diferença de carga tributária favorável aos contribuintes estabelecidos em território paulista, no montante de mais 12%. Conclui-se, portanto, que a desoneração tributária, inconstitucionalmente concedida, alcança três fatos geradores: na entrada do insumo (item 03), na saída do bem intermediário (item 08) e, finalmente, na saída do bem final com crédito fiscal presumido (itens 18 e 20). Disso resulta que, ao final do ciclo contábil-fiscal das operações projetadas no demonstrativo, o ESTADO DE SÃO PAULO concede verdadeira ISENÇÃO DE ICMS com violação ao artigo 1º da LC nº 24/75, que, por sua vez, integra o sistema tributário nacional, em conformidade com o artigo 34, §§ 5º e 8º do ADCT, tornando esse diploma legal paulista maculado de inconstitucionalidade.

E ainda, prosseguindo-se com a aplicação dos efeitos do Decreto nº 36.656/93, no caso de entrada de bem intermediário na indústria de bem final, importa dizer que o ICMS destacado na saída, pelo aparente diferimento concedido na entrada gera um débito de ICMS, que por força do crédito fiscal presumido reduz esse ICMS apurado em 50% (item 18).

De consequência, a política fiscal adotada pelo ESTADO DE SÃO PAULO desonera em mais de 100% (item 22) a carga tributária resultante da aplicação do regramento do Decreto nº 36.656/93 em operações ali descritas.

Assim, desnecessário destacar-se que o Decreto nº 36.656/93 ora atacado afeta a política fiscal exercida pelo ESTADO DO AMAZONAS que concorre com "favores" fiscais concedidos pelo ESTADO DE SÃO PAULO ao arripio da Constituição Federal, através dos quais busca levar para o território paulista investimentos para o setor do pólo de informática como especificado no Decreto nº 36.656/93, num desleal procedimento não só com a política econômica do ESTADO DO AMAZONAS como também com a das demais unidades da Federação.

Assim, amplamente demonstrada que a atitude do ESTADO DE SÃO PAULO ferê, frontalmente, princípios e normas consti-

tucionais aqui destacados, resultando, sobretudo, em desestímulo ao investidor de buscar o ESTADO DO AMAZONAS para nele se estabelecer ou no pior, no deslocamento dos investimentos econômicos deste Estado para o ESTADO DE SÃO PAULO, à vista da diminuição na carga tributária propiciada pelo Decreto nº 36.656/93 em mais de 100%, ao desamparo do sistema tributário nacional.

III - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO FEDERATIVO.

O Decreto nº 36.656/93 atenta contra o princípio federativo consagrado no artigo 1º da LEX MAGNA e elevado à cláusula pétrea pelo seu artigo 60, parágrafo 4º, I.

Com efeito, o tema em discussão não é meramente tributário, mas envolve o próprio relacionamento entre Estados da Federação, outorgando legitimidade para que cada Estado-membro, por si ou em litisconsórcio, comparecessem perante esse E. Supremo Tribunal Federal para buscar a decretação da inconstitucionalidade do Decreto nº 33.656/93.

A atitude do ESTADO DE SÃO PAULO no sentido de regular, por si só concessão de isenção que entende cabível em defesa da economia paulista e para evitar êxodo das indústrias do setor de equipamentos de processamento de dados, fere o princípio federativo, estruturado com base nos princípios da homogeneidade, solidariedade e isonomia entre as pessoas políticas, e lealdade entre os outros integrantes da Federação.

Ora, se o ESTADO DE SÃO PAULO entendia que poderia conceder isenção para a atividade que menciona no Decreto nº 36.656/93, cabia-lhe levar tal matéria fiscal ao conhecimento e à ratificação dos demais Estados-Membros e do Distrito Federal, no CONFAZ, como determinado pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 24/75, recepcionada que foi, pela Constituição Federal como também todo o conjunto normativo específico a isenções de ICM, hoje ICMS, por força do artigo 34, § 5º e 8º da CF/88.

O ato legislativo de SÃO PAULO, de consequência, feriu a Constituição Federal e comprometeu o Pacto Federativo.

Em palavras sempre ponderadas, Tércio Sampaio Ferraz Junior, em parecer sobre o assunto diz:

"Os Estados-membros estão obrigados a respeitar os princípios constitucionais (CF. art. 25), dentre os quais o da homogeneidade é constitutivo da Federação, base da federação solidária. Es-

tes princípios impõem aos Estados-membros o dever de lealdade, que os obriga a renunciar a atos unilaterais quando o exercício de sua autonomia afeta a autonomia do outro."

Admitir que um Estado (como fez SÃO PAULO), possa unilateralmente impor as regras que bem entender sobre a matéria.

"... e sugerir que os Estados-membros prossigam seus conflitos na base de agressões e represálias, o que destrói a Federação.

(Tércio, pág. 11).

Em síntese, a atitude unilateral de SÃO PAULO compromete a própria Federação, violando, dentre outros, os princípios da homogeneidade, lealdade e solidariedade que imperam entre os Estados-membros.

Celso Antonio Bandeira de Mello, citado na obra PRINCÍPIO CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS E COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, de Roque Antonio Carrazza, Ed. RT, pág. 12, S.P., assim expressa seu entendimento sobre o assunto:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção do princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque, representa insurgência contra todo o sistema, subversão da seus valores fundamentais contarmélia irremissível a seu arrebanço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".

Conclui-se portanto, que todas as leis e demais atos normativos de igual ou inferior hierarquia, devem obedecer às regras constitucionais, precisam ser interpretados e aplicados da forma mais congruente possível com os princípios encartados no Código Magno que conferem ao ordenamento jurídico estrutura e coesão.

Outrossim, impõe-se registrar que o ESTADO DE SÃO PAULO também editou a Portaria CAT nº 85/93 e a Resolução SF 52/

93 para regular idêntico procedimento vedatório e discriminatório às operações interestaduais efetivadas entre contribuintes de ICMS do ESTADO DO ESPÍRITO SANTOS e do ESTADO DE SÃO PAULO, restringindo essas operações sem ter comparecido ao Poder Judiciário e em afronta ao princípio federativo anteriormente destacado. Diante de tais atos administrativos ilegais e abusivos ao direito líquido e certo do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO de desenvolver sua política econômico-fiscal, essa unidade da Federação buscou proteção jurisdicional ao seu direito perante este E. Supremo Tribunal Federal e obteve LIMINAR em Mandado de Segurança processado sob o nº 21.863-ESPÍRITO SANTO que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, cuja fundamentação se expressou:

"Os fundamentos da petição inicial - a que aditaram os do lúcido parecer do Prof. Tércio Ferraz - são de relevância inequívoca e de patente gravidade institucional no contexto do nosso complicado federalismo tributário.

Certo a relevância da fundamentação do pedido não logra obscurecer a evidência de que a controvérsia é de solução intrincada, sobretudo, em função da necessidade de demarcar os limites do conceito de "incentivos e benefícios fiscais", para os fins do artigo 155, § 2º, XII, "g" da Constituição, preceito em que se pretende fundar o ato do governo paulista.

Não obstante, é de ponderar, primeiro, que os atos questionados rompem o status quo de quase vinte anos; em segundo lugar, que as conseqüências fiscais e econômicas derivadas da ruptura do protocolo afetam em dimensões incomensuravelmente maiores e de modo irreparável o Estado requerente do que a manutenção provisória do status quo ante poderia afetar o poderoso Estado dirigido pela ilustre autoridade coatora.

Por isso, defiro a liminar.

Solicitem-se informações não apenas ao Sr. Governador, mas também, ad cautelam, ao Sr. Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo, signatário dos atos normativos que a impetração questiona."

Brasília, 17 de dezembro de 1993

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE -
Relator

IV. CONTEÚDO, ALCANCE E EXTENSÃO DO ARTIGO 40 DO ADCT DA CARTA FEDERAL DE 1988.

À vista da fundamental e destacada importância social, econômica e de segurança nacional emprestada à ZONA FRANCA DE MANAUS como instrumento de modelo de desenvolvimento para a região Amazônica, levou o constituinte de 1988 a preservar-lhe a existência por mais vinte e cinco anos como "área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais...".

Desta forma, todo o ordenamento jurídico relativo à Zona Franca de Manaus foi recepcionado pelo art. 40 do ADCT, inclusive e sobretudo, regramento sobre isenção de ICM, hoje ICMS, previsto na EC nº 1/69 à Carta Federal de 1967, bem com a Lei Complementar nº 24/75 que foi editado para tornar auto-aplicável o art. 23, § 6º da CF/67 com a EC. nº 1/69.

Por outro lado, reforça esse entendimento, a norma do artigo 34, § 5º que estabeleceu:

"Art.34
.....
.....
§ 5º - Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação nos §§ 3º e 4º."

Assim, conclui-se, que o sistema tributário nacional observou todo o ordenamento jurídico compatível, incluídas regras sobre benefício fiscal, que obrigam o ESTADO DE SÃO PAULO a concedê-lo por convênio, a ser celebrado e ratificado pelas demais unidades da Federação.

Em não tendo os benefícios fiscais de que trata o RICMS/SP sido submetidos à ratificação das demais unidades da Federação, via convênio, descumpriu o ESTADO DE SÃO PAULO a LC nº 24/75, integrada ao novo sistema tributário nacional, que se estruturou, inclusive, com as regras constitucionais pretéritas com ele compatível, em virtude do efeito do fenômeno jurídico da recepção das normas, expressa e plenamente contida no artigo 34, §§ 5º e 8º do ADCT do Texto Maior. E, estando todo esse sistema jurídico editado para a ZONA FRANCA DE MANAUS que inclui operações fiscais semelhantes àquelas tratadas no RICMS/SP, aprovado pelo Decreto nº 33.118/89, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 33.656/93, mantido intocável pelo citado e repetido artigo 40 do ADCT da CF/88, incorreu em INCONSTITUCIONALIDADE o ato legislativo de SÃO PAULO em virtude de concorrer e prejudicar a política fiscal implantada no ESTADO DO AMAZONAS, resultante de um pacto político que a Nação Brasileira fez consigo mesma para "criar no interior da Amazônia, um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento"..., segundo previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 288/67, recepcionado que foi pelo artigo 40 do ADCT da CARTA MAGNA.

VI. CONCLUSÕES

O enfrentamento da questão ora posta para exame, induzem às conclusões:

a) a base para concessão de isenções por qualquer unidade da Federação deve ser via Convênio celebrado e ratificado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, instalado sob a égide da Lei Complementar nº 24/75;

b) todo o conjunto normativo compatível com o novo sistema tributário nacional foi por este recepcionado, por absorção expressa e completa prevista no art. 34, §§ 5º e 8º do ADCT da LEX MAGNA, passando a integrar esse sistema a Lei Complementar nº 24/75 que constitui norma integradora da EC nº 1/69 à CF/67;

c) a edição do Decreto nº 36.656/93 pelo

Estado de São Paulo, com infringência das normas regulamentadoras do instituto jurídico da isenção no art. 380-A do I e II item 2 da Tabela I do Anexo III, sofre de inconstitucionalidade formal e material, tal como foi amplamente demonstrado;

d) portanto, o caráter do “diferimento” de ICMS em 50% concedido pelo ESTADO DE SÃO PAULO, aprovado pelo Decreto nº 33.118/89 e alterado pelo Decreto nº 36.656/93 no item 2 da Tabela I do Anexo III, configura-se verdadeiro benefício fiscal, cuja concessão deveria ter ocorrido mediante a celebração de Convênio com os demais Estados da Federação integrantes do Conselho Nacional de Política Fazendária, inclusive com a participação do ESTADO DO AMAZONAS, por força do artigo 1º da LC nº 24/75 editada para regulamentar o artigo 23, § 6º da EC/69 à Carta Federal de 1967, tendo sido todos esses diplomas constitucionais e infraconstitucionais recepcionados pelo artigo 34, §§ 5º e 8º e artigo 40, ambos do ADCT do Código Máximo;

e) de igual modo, a transferência de crédito acumulado em decorrência do diferimento previsto no art. 380-A constitui afronta ao art. 155, § 2º, I e II, “a” e “b” da Carta Federal, de forma inequivocamente demonstrada;

f) por derradeiro, tanto as regras acrescentadas ao RICMS/SP pelo Decreto nº 36.656/93 quanto as próprias trazidas pelo referido Decreto, exsurtem-se contra princípios e regras constitucionais e, em especial abalam legislação formadora da ZONA FRANCA DE MANAUS, protegida pelo artigo 40 do ADCT da Lei Maior, importando-se o reconhecimento da

inconstitucionalidade das regras destacadas na presente Ação Direta da Inconstitucionalidade.

VII. O PEDIDO

Por todo o exposto ratificando-se a relevância dos fundamentos do pedido liminar (FUMUS BONI JURIS) e o iminente e irreparável dano a ser causado ao ESTADO DO AMAZONAS que também desenvolve política fiscal semelhante à implantada pelo ESTADO DE SÃO PAULO através do Decreto nº 36.656/93 em seu RICMS, sendo certo, ainda, que os efeitos danosos e irreparáveis se refletem, desde logo é visivelmente, à medida que são oferecido atrativos fiscais para instalação de indústrias especificadas no mencionado Decreto nº 36.656/93, pelo ESTADO DE SÃO PAULO, desonerando operações fiscais e concedendo isenção descaracterizada de diferimento (PERICULUM IN MORA), que desmotiva o investidor a buscar outras unidades da Federação, inclusive o ESTADO DO AMAZONAS, para estabelecer-se comercialmente, o REQUERENTE espera e roga que, concedida a LIMINAR reclamado esse Egrégio Supremo Tribunal Federal.

a) julgue procedente a presente AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE e decrete a inconstitucionalidade do RICMS/SP, aprovada pelo Decreto nº 33.118/89, no tocante às alterações introduzidas pelo Decreto nº 36.656/93;

b) dê ciência de sua decisão ao Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo, para que preste as informações de estilo;

c) seja ouvido o Procurador Geral da República.

Dá-se à causa o valor de CR\$ 10.000.000,00 para os efeitos fiscais.

De Manaus para Brasília, fevereiro/94.

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO
Governador do Estado

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
Procuradora do Estado

**EXMO. SR. PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO AMAZONAS**

Processo: 29300565-6
Agravado de Instrumento
Agravante: ESTADO DO AMAZONAS
Agravados: GIOCOMO IVAN NOVELLINO
MENEHINI e outros.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado por sua Procuradoria Geral, instalada na Rua Ferreira Pena nº 366, na pessoa do Procurador subfirmado, vem, mui respeitosamente, à presença de V. Exa, na guarda do prazo legal, com fulcro nos arts. 523 **usque** 529, do CPC, interpor **AGRAVO DE INSTRUMENTO** contra o venerando despacho de fls. 224/226, prolatado no Processo nº 29300565-6, - Apel. **ESTADO DO AMAZONAS** - Apdo - **GIOCOMO IVAN NOVELLINO MENEHINI**, que negou seguimento ao seu **RECURSO ESPECIAL**, para que dele tome conhecimento o **EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** e determine a imediata remessa dos autos recursal àquela Instância para exame e pronunciamento.

Nestes Termos
Pede Deferimento

Manaus, 29 de julho de 1994

FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
Procurador do Estado

Eminentes Julgadores

O respeitável despacho que negou seguimento ao Recurso Especial, ora Agravado, está manifestamente contrário as normas jurídicas aplicáveis ao caso em discussão e destoa fundamentalmente das melhores doutrinas e das consolidadas jurisprudências dos nossos Tribunais.

Com efeito, Excelência, o r. Despacho que, negou prosseguimento ao **RECURSO ESPECIAL**, tem o seguinte teor *in verbis*:

"Cogita-se, no caso, de desapossamento administrativo, efetivamente praticado pelo recorrido em bem imóvel de propriedade do recorrido, isto porque **a despeito da alegada desistência da desapropriação não foi o bem devolvido ao particular**, nas mesmas condições em que se encontrava antes da ocupação decorrente do decreto expropriatório, e nem pode sê-lo, noutra oportunidade, eis que já definitivamente ocupado pelo recorrido e **por terceiros**, com seu consentimento, marcado que está por obras públicas, por **sistemas viáveis e por aglomerados residenciais**".

"Em nenhum momento a decisão recorrida negou eficácia à regra contida no art. 3º da Lei nº 4.132/62, e muito menos negou o direito do recorrente, de desistir da desapropriação."

"O que não permitiu a decisão em questão, foi a desistência da desapropriação sem a possibilidade de restituição do imóvel ao seu proprietário, em face de obras públicas de caráter permanente nele executadas pelo recorrente, **bem como pela existência de edificações habitacionais por ele autorizados**."

"Não demonstrada cabalmente, como se vê, as teses de negativa de vigência de lei federal e de divergência jurisprudencial, não admito o recurso. Intime-se, Manaus, 09 de junho de 1994. Desembargador

Alcemir Pessoa Figliuolo - Presidente."

Em contra - posição as r. despacho, ora Agravado, pede-se permissão para transcrever algumas opiniões doutrinárias e diversas decisões jurisprudenciais sobre a questão, que demonstram claramente a negativa de vigência da lei federal e a flagrante violação ao disposto no art. 3º, da Lei 4.132/62.

Estabelece o art. 3º, da Lei 4.132/62:

"art. 3º - O expropriante tem o prazo de 2 anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado."

Em explicativo comentário sobre o mencionado artigo, o insigne José Carlos de Moraes Sales, em sua magnífica obra "DESAPROPRIAÇÃO À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA", pág. 772, ed RT, 2ª ed., preleciona:

"O dispositivo legal supratranscrito refere-se ao ato declaratório de interesse social para fins de desapropriação, determinando que, a partir da publicação deste, começa a fluir o prazo de dois anos dentro do qual a expropriante deve não só promover, efetivamente, a expropriação como dar início as providências que redundam em aproveitamento do bem expropriado."

E adiante arremata:

"Operada a caducidade do ato declaratório, somente após o decurso de um ano poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração, por força do disposto no art. 10 do Dec. Lei. 3.365/41, aplicável subsidiariamente à desapropriação por interesse social em razão da norma contida no art. 5º da Lei 4.132/62."

J. CRETELLA JUNIOR, em notável trabalho titulado como "DESISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO", publicado na Revista dos Tribunais nº 671, páginas 7/15, diz:

"Na fase administrativa, pelo desfazimento do decreto, quer pela anulação ou revoga-

ção, quer pela inércia - que ocasiona a caducidade do decreto expropriatório - o Poder Público pode, por ação ou por omissão, manifestar a vontade no sentido de que o bem não mais interessa ao Estado. Neste caso, regra geral, não se fala em perdas e danos, pois o decreto não chegou a afetar o direito de propriedade."

ENSINA PONTES DE MIRANDA, in "Comentários à Constituição de 1967, Tomo V, pág. 450, ed. 1988:

"O Estado pode renunciar à declaração de desapropriação. Volve ao que era a situação dos fatos antes do decreto em que a declaração de desapropriação foi feita."

No campo jurisprudencial a posição adotada se harmoniza, em perfeita medida, com a legislação e a doutrina, a saber:

"Ao Poder Público é lícito desistir da desapropriação depois de intentada a ação judicial. O expropriante pode desistir de consumir a desapropriação mesmo depois de julgada a ação na superior Instância (Trib. Just. D.F Data 19.10.49, Ac 2 281. Rev. Dir. Adm. 17/113)."

"Perdas e Danos. Na desapropriação e transmissão da propriedade somente se opera com o pagamento do preço ao expropriante é facultado renovar o decreto expropriatório e desistir da respectiva ação judicial; mas ao expropriado caberá perdas e danos causadas pela revogação e desistência (Trib. de Just. D.F. Data 8.7.49 - Ac. 1491 - Rev. Dir. Adm. 20/53)"

"É lícito à Administração, em qualquer tempo desistir do processo de desapropriação (S.T.F. Data 29.10.57 - Re. 26/117 - RDA 54/113 e RTJ 5/57."

Como destacado Excelências, não resta a menor dúvida, sobre a faculdade que tem o Poder Público de a qualquer momento "DESISTIR DO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO", seja pela sua

inércia, que ocasiona a CADUCIDADE DO DECRETO DE DESAPROPRIAÇÃO", seja pela revogação ou anulação do ato, em ambos os casos, a sua responsabilidade fica restrita ao pagamento de Perdas e Danos" ao expropriado, que serão apurados em "AÇÃO PRÓPRIA".

Vê-se, portanto, que a decisão recorrida negou visceralmente eficácia a regra contida no art. 3º, da Lei 4.132/62, que declara ter o expropriante o prazo de 2 (dois) anos para efetivar a desapropriação, sob pena de CADUCIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO; querer negar esta situação, com um frágil argumento de que não poderia operar-se a desistência, "sem a possibilidade de restituição do imóvel ao proprietário", é dar-se uma decisão simplista, confuso e flagrantemente equivocada, com fundamento na ocorrência de uma possível DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.

Ficou cristalinamente demonstrada em todas as fases processuais a ocorrência da CADUCIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO, O DIREITO DO EXPROPRIANTE DE DESISTIR A QUALQUER TEMPO DA DESAPROPRIAÇÃO E O MANIFESTO ERRO DO AGRAVANTE de está sendo demandado por conta de esbulho praticado por terceiro na gleba de propriedade do Agravado.

Com todas as venias devidas, não são verdadeiras as afirmativas que a ocupação das terras por terceiros tenha a conviência do Estado, do mesmo modo, não cabe ao Poder Público Estadual a realização de infra-estrutura viária, energética e envito menos a construções de conjuntos habitacionais, como afirma o r. despacho, ora Agravado.

Na verdade, está claramente comprovado nos autos, que quando o Estado resolveu prestar assistência médica e social na área, já haviam decorridos quase uma década da invasão praticada por particulares, sem que o Agravado tivesse usado de qualquer meio para impedir o esbulho praticado por terceiros em defesa de sua propriedade.

No mesmo passo, vale salientar, que existem inúmeras construções erigidas pelo poder público federal e municipal na área em questão, que também compelidos a se instalarem na área para prestarem assistências aos necessitados.

Por outro lado, é notória a divergência jurisprudencial do despacho, ora AGRAVADO, com as melhores decisões dos nossos Tribunais, inclusive com a do Supremo Tribunal Federal, que proclamam ser perfeitamente legais a DESISTÊNCIA DA DESAPROPRI-

AÇÃO, a qualquer momento pela Administração Pública, cabendo ao Expropriado o direito de ser ressarcido em Perdas e Danos, que será discutido em Ação Própria e nunca ser INDENIZADO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, como pretende Ihe impor as decisões ora atacadas, onde se destaca o despacho agravado, que foi prolatado em total descompasso com a doutrina, divergindo diametralmente das iterativas jurisprudências dos nossos Tribunais.

Isto posto, o Estado do Amazonas, ora Agravante, com a máxima venia, REQUERER ao Exmo. Sr. Ministro - Relator, a quem o presente AGRAVO for distribuído, que seja o mesmo provido, determinando-se a subita do **RECURSO ESPECIAL**, para exame nessa Colenda Corte de Justiça, que por certo, reformará, por inteiro, as decisões proferidas no Egrégio Tribunal do Amazonas, já que foram prolatadas em total desarmonia com as melhores doutrinas e as jurisprudências dominantes nos nossos Tribunais, delas divergindo e negando aplicação ao dispositivo de lei federal (art. 3º da Lei 4.132/62).

Nestes Termos
Pede Deferimento

FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
Procurador do Estado

Peças a serem transladadas para a formação do presente.

- 1 - Contestação fls. 27/34
- 2 - Petição de fls. 65/66
- 3 - Delegação de Poderes fls. 35
- 4 - Petição de fls. 74/75
- 5 - Sentença de fls. 148/154
- 6 - Petição de fls. 157/162
- 7 - Embargos de Declaração fls. 189/192
- 8 - Despacho de fls. 224/226
- 9 - Certidão de fls. 227
- 10 - Acordãos de fls. 182/187 e 195/196

Manaus, 05 de julho de 1994

FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MANAUS.

O **ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela sua Procuradoria Geral, por intermédio da Procuradoria infra-assinada, conforme previsto no art. 12, II, do C.P.C., combinado com o art. 2º, I, da Lei Estadual nº 1.639/83, nos autos da **AÇÃO TRABALHISTA** proposta por **MARCIA DE ARAÚJO MONTEIRO - Processo nº 0247/93**, comparece respeitosamente perante V. Exa. para oferecer **CONTESTAÇÃO** à referida Ação, pelas razões e fundamentos de direito a seguir alinhadas:

I - DO PEDIDO

Pelo que se depreende da exordial, todos os pleitos do autora advém da Política Salarial instituída pelo Governo Federal, através dos Decretos-Leis nºs 2.284/86, 2.302/86 e 2.335/87.

Alega o autora, fundamento sua pretensão, que fora admitida pelo Regime Estatutário e que as modificações da política salarial adotada pelo Governo Federal resultaram sempre em perdas salariais, o que afronta os princípios do direito adquirido e da irredutibilidade salarial.

Dessa forma, a autora pleiteia:

a) reajuste salarial de 20%, a partir de julho/87, parcelas vencidas e vincendas, com a incorporação definitiva ao salários e seus reflexos sobre as férias 86/87, 87/88, 88/89 e vincendas se houver, bem como sobre o 13º salário de 1987, 1988, 1989 e vincendo se houver;

b) reajuste salarial de 26,05%, a partir de fevereiro/89, parcelas vencidas e vincendas, sua incorporação definitiva ao salário e seus reflexos sobre as férias 88/89 e 89/90, bem como

sobre o 13º salário de 1989 e 1990;

c) incidência dos reflexos das verbas pleiteadas sobre as vantagens pessoais auferidas pelo autora;

d) dobra salarial prevista no art.467, da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT.

II - MERITORIAMENTE

Improcede *in totum* o pleiteado pelo autor pelas razões de mérito a seguir aduzidas:

a) - INCONSTITUCIONALIDADE DO PEDIDO

Faz-se mister destacar que a autora é funcionária pública na acepção da palavra, consoante declara, inclusive, na sua petição às fls. 80/83.

Tal condição de funcionária pública da requerente foi reconhecida pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho - 11ª região, consoante se infere do Acórdão às fls.67/68, **verbis**:

"É absolutamente incompetente a Justiça do Trabalho para julgar ação movida por funcionário público estadual estatutário".

Destarte, provada de forma incontestada a condição da autora de funcionária pública estadual, ressaí a evidência a inconstitucionalidade do seu pedido.

É de se ver, que a **legislação Federal** pertinente a política salarial, **mencionada pelo autora como fundamento de seu pedido**, a ela não se aplica face ao princípio da autonomia do Estado, consagrado tanto na antiga quanto na atual Carta Magna.

É 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 atrelados ao Governo Federal, o que implicaria na violação do princípio da autonomia estadual.

Assim, faz-se mister observar que a autora está vinculada ao Estado por força do regime estatutário, na condição de funcionária pública, pelo que nunca teve seus vencimentos reajustados pela política salarial do Governo Federal.

Consequentemente, não pode a autora 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.

Aliás, à respeito tem decidido nossos Tribunais que:

“Servidor Público Estadual - Vencimento - Questão afeta auto organização dos estados e suas finanças públicas. Matéria reservada no plano legislativo estadual, à exclusiva iniciativa do Governador. (TRT/DF 1ª Região - RO 790/89 Ac. 2ª T 431/90 - Relator: Juiz Libânio Cardoso - por maioria - publicado no D.O.U em 17.05.90, pág.10/03).

Por outro lado, é imprescindível 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 aumentar vencimentos dos servidores estaduais.

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 7.730/90, 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 igualmente não alcança os servidores estaduais.

Por todo exposto, ressei que o pedido da autora de reajuste e seus consectários, com base em legislação federal, viola flagrantemente princípios e normas constitucionais, razão pela qual é totalmente improcedente.

Igualmente despropositado o pedido da autora de aplicação do art. 467, da CLT, considerando que tal dispositivo aplica-se tão somente aos empregados celetistas e, *in casu* trata-se de funcionário estadual, acrescido do fato de que as parcelas pleiteadas são controversas.

b) AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO

Impõe-se destacar a inexistência de direito adquirido aos reajustes pleiteados pela autora, consoante entendimento de nossa Corte Suprema. Se não vejamos:

1 - PLANO BRESSER (Reajuste de 26.06. - IPC JULHO/87).

No concernente ao referido reajuste, o Colendo Supremo Tribunal, recentemente, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº14.4756-7, publicado no D.O.U, de 18.03.94, em que foi relator o Min. Moreira Alves, assim decidiu:

“Reajuste com base na sistemática do Decreto-Lei nº 2.302/86. Sua revogação pelo Decreto-Lei nº2.335/87, que instituiu a Unidade de Referência de Preços (URP) para reajuste de preços e salários.

Inexistência de direito adquirido.

- No caso, **não há sequer que se falar em direito adquirido pela circunstância de que, antes do final do mês de junho de 1987, entrou em vigor o Decreto nº 2.335 que alterou o sistema de reajuste ao instituir a URP (unidade de referência de preços), e isso por que, antes do final de junho (ocasião em que, pelo sistema anterior, se apuraria a taxa de inflação), o que havia era simplesmente uma expectativa de direito**, uma vez que o gatilho do reajuste só se verificava, se fosse o caso, nessa ocasião e não antes.

Ademais, **não há direito adquirido a vencimento de funcionários públicos, nem a regime jurídico instituído por lei”.** (grifamos)

2 - PLANO VERÃO (Reajuste de 26.05% - URP de fevereiro de 1989).

Quanto ao reajuste em epígrafe, o Excelso Pretório ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 694-DF, requerida pelo Procurador-Geral da República contra o Presidente do Supremo Tribunal Militar, cuja acórdão, fora publicado no D.O.U de 11.03.94, assim decidiu:

REVISÃO DE VENCIMENTOS - REPOSIÇÃO CONSIDERADAS A URP DE FEVEREIRO DE 1989 (26.06%) E AS PARCELAS COMPREENDIDAS ENTRE O CITADO MÊS E O DE OUTUBRO DE 1989. Até o da Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, resultante da conversão da Medida Provisória nº 32, de 15 do mesmo mês, salários, vencimentos, soldos e benefícios devidos a servidores civis e militares ou por morte eram reajustados mensalmente pela Unidade de Referência de Preços (URP), calculada em face à variação do Índice de Preços ao Consumidor no trimestre anterior e aplicada nos subseqüentes - artigos 3º e 8º do Decreto-Lei nº 2.335/87. A Lei nº 7.730/89, porque editada antes do início do mês de fevereiro de 1989, apanhou as parcelas a este correspondentes, não se podendo cogitar de retroação o período pesquisado para o efeito de fixação do índice alusivo ao reajuste não se confunde com o elemento temporal referente à aquisição do direito às parcelas a serem corrigidas..." (grifamos)

Destaque-se, ainda, trecho do voto do ilustre relator Min. Marcos Aurélio, que explicita a questão com meridiana clareza, ao afirmar que:

"À espécie tem pertinência o que assentado por esta Corte quando do julgamento do mandado de segurança n. 21.216-DF, ocorrido em 5 de dezembro de 1990. Na oportunidade, ficou decidido que não se pode ter

como retroativa lei editada em período anterior ao início do mês referente ao direito à remuneração. A partir de tal óptica, **AFASTOU-SE A POSSIBILIDADE DE COGITAR-SE DE OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO AOS VENCIMENTOS REAJUSTADOS QUANDO, ANTES DO MÊS CORRESPONDENTE, DEU-SE A ALTERAÇÃO DA POLÍTICA REMUNERATÓRIA. CONSIDEROU-SE, ACIMA DE TUDO, QUE, À ÉPOCA DA LEI NOVA, AINDA NÃO SE TINHA A OCORRÊNCIA DE ELEMENTO INDISPENSÁVEL À AQUISIÇÃO DO DIREITO, OU SEJA, À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. QUANDO INICIADO O MÊS RELATIVO A ESTA ÚLTIMA, JÁ ESTAVA EM VIGOR DIPLOMA PREVENDO REGÊNCIA PRÓPRIA PARA A REVISÃO DOS VENCIMENTOS. NO CASO DOS AUTOS, A LEI N. 7.730, DE 31 DE JANEIRO DE 1989, RESULTANTE DA CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 32, DE 15 DE JANEIRO DE 1989, FOI EDITADA COM ANTECEDÊNCIA SUFICIENTE A APANHAR OS VENCIMENTOS E DEMAIS PARCELAS DO MÊS DE FEVEREIRO DE 1989"** (destacamos).

Destarte, resulta evidenciada a ausência de violação a direito adquirido na hipótese **sub judice**, até porque contra os entendimentos acima transcritos nenhum outro poderá prevalecer, porquanto manifestado pela Corte Suprema de Justiça, em sua composição plena.

III - COMPENSAÇÃO

Por último, resta acrescentar que se esse respeitável Juízo entender, **ab absurdo**, ser devido algum direito com relação aos reajustes pleiteados pela autora, o Estado do Amazonas requer desde já a sua compensação com os aumentos concedidos através de Legislação Estadual e constante das fichas financeiras anexas.

Protestando provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente os documentos apresentados, o Estado do Amazonas requer seja julgada totalmente improcedente

a presente Ação, condenando a autora nas custas processuais e honorários advocatícios, tudo em respeito a fiel observância da Constituição Federal e a correta aplicação da Lei, com o que V. Ex^a. estará prestigiando a tão almejada Justiça.

P. Deferimento

Manaus, 09 de setembro de 1994

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
Procuradora do Estado

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA FEDERAL DA
SECÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS**

Processo nº 93.0002955-0

Autor: Fundação Nacional do Índio-FUNAI

Reu: ESTADO DO AMAZONAS

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado por sua Procuradoria Geral, sediada na Rua Ferreira Pena nº 366, na pessoa do Procurador do Estado subfirmado, vem, mui respeitosamente, à presença de V. Ex^a, na guarda do prazo legal, com fulcro no art. 300 do CPC, apresentar **CONTESTAÇÃO**, nos autos da **AÇÃO DE NULIDADE E CANCELAMENTO DE TÍTULO DEFINITIVO E REGISTRO IMOBILIÁRIO**, que lhe move a **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO-FUNAI**, já identificada, nos autos do Processo nº 93.0002955-0, e o faz aduzindo nas seguintes razões de fato e de direito a seguir expostas:

É de se ter, **data venia**, como totalmente improcedente o pedido formulada pela FUNAI, na exordial, de Nulidade e Cancelamento dos Títulos Definitivos, expedidos regularmente pelo Estado sem qualquer oposição nos idos de 1920.

Com efeito, Excelência, o Estado do Amazonas há precisamente 77 (setenta e sete) anos, procedeu a demarcação de terras de sua propriedade para expedição dos Títulos Definitivos aos agricultores que ocupavam desde priscas eras as glebas requeridas, a fim de continuarem a desenvolver, com mais segurança, as suas atividades agrícolas.

É necessário destacar desde de logo que inexistia já naquela época qualquer ocupação indígena na área, esse fato é tão verdadeiro e inescandível que quando foi realizada a demarcação da gleba nenhum vestígio se detectou quando à presença de grupo indígena na área.

Na verdade Excelência, a área onde foram expedidos

títulos definitivos pertenceram efetivamente ao Estado do Amazonas que mantém o seu domínio desde 1890, com edição da Constituição Federal, que, no seu art. 64 afirmava com todas as letras que as terras devolutas pertenciam ao Estado.

Sabe-se, perfeitamente, que as terras devolutas, eram as áreas que não estavam legitimamente destacadas do patrimônio imperial, quer pelo uso público, quer por não se acharem no domínio particular, por qualquer título legítimo ou havidas por sesmarias ou outras concessões não incursas, em comisso; ou embora incursas em comisso, fossem revalidadas pela lei; ou as que não se achassem ocupadas por posse que, apesar de não se fundarem em título legal, viessem a ser legitimadas pela lei.

Daí, concluir-se, que o Estado do Amazonas é inquestionavelmente o titular das terras devolutas existentes no seu território desde 1890 até os dias de hoje. Essa premissa é tão verdadeira no caso em discussão, que se observa nos documentos de fls. 29/32, que tratam das terras requeridas por Elvino Soriano Flores Alves da Silva, quando está bem claro no Memorial Descritivo e na Planta, às confrontações das terras requeridas com terras devolutas. Tivesse, na época, qualquer sinal de agrupamento de aborígenes na área demarcada, certamente, seria descrito e plotado a sua localização no mapeamento realizado para a outorga dos títulos.

A norma constitucional diz: "São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as **por eles habitadas, em caráter permanente**, as utilidades para suas atividades produtivas, as imprescindíveis a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, competindo a União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, consoante se estampa no art. 231, e seus parágrafos.

A posição constitucional Excelência, está bem claro ao definir as terras indígenas, como aquelas "tradicionalmente ocupadas pelos índios e as por eles habitadas em caráter permanente.

Diz o art. 23, da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973: "Considera-se **posse do índio ou silvícolas a ocupação efetiva da terra, que de acordo, com os usos, costumes e tradições tribais, - detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.** (o grifo são nossos).

Vê-se Excelência, que o fator principal e a condição "**sine qua non**" para caracterizar o domínio de terras indígenas é a posse permanente da área por eles habitadas. Aliás este princípio primordial da localização permanente remonta às Cartas Políticas a saber,

a de 1934 (art. 129: "Será respeitada a posse de terras dos silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las), a de 1937 (art. 154: "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se acham localizadas em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas"), a de 1946 (art. 216: "Será respeitados aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem"), a de 1967 (art. 186: É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes"), a de 1969: (art. 198: "As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos da lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes" parágrafo 1º "Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos silvícolas." parágrafo 2º "A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação de indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio") e, finalmente a Constituição atual, (art. 231: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costume, as línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens").

Observa-se, Excelência, que todos os mandamentos constitucionais citados declaram claramente a necessidade de ocupação permanente dos silvícolas nas terras por eles habitadas; o que nunca ocorreu com área titulada pelo Estado a particulares, ademais não constam dos autos qualquer prova concreta que demonstre, com clarividência, a habitação permanente de aborígenes na área, o que não acontece com os documentos trazidos aos autos às fls. 29/31, que esclarecem com precisão, através do "Memorial Descritivo", e traduzem com segurança pelo levantamento topográfico realizado "in loco" na área a ocupação de particulares, fornecendo os limites e confrontações da gleba requerida por ELVINO SORIANO ALVES DA SILVA, não constando qualquer menção à existência ou aproximação de aldeamentos silvícolas.

Ora, Excelência, decorrido mais de 7 (sete) décadas da expedição do título pelo Estado do Amazonas a particulares, aparece, num passo de mágica, o órgão indigenista para postergar um possível direito dos silvícolas, numa área que nunca lhe pertenceu

tampouco se tem notícia de sua habitação e permanência na localidade. Vale salientar, também, que na época em que o Estado alienou as suas terras a particulares vigia a Constituição de 1890, que determinava ser as terras devolutas pertencentes aos Estados, além do que, não havia - e continua não havendo - aborígenes localizados, de modo permanente na área.

Diz J. Cretella Júnior, que "todo aldeamento indígena, desde que habitado de maneira contínua e não abandonado, nestas últimas quatro décadas, está sob a proteção constitucional", assevera também, que: "a proteção constitucional de 1934, 1937 e 1946 é baseada no pressuposto da localização permanente dos silvícolas nas terras mencionadas, destaca, ainda que "os silvícolas que tenham habitado, mas que deixaram de habitar, bem como silvícolas que passem a habitar durante certo tempo uma área, estão fora da proteção constitucional, que se estende apenas aos naturais, em caráter permanente: que tenham habitado e que continuem a habitar de maneira ininterrupta uma dada região". (in Comentários à Constituição de 1988, vol. VIII, pag. 4557-61 a 62).

Caso se vê, é preponderante que os aborígenes tenham "habitado permanente" para receber a proteção constitucional. Seria totalmente desigual e feriria o princípio constitucional da garantia do direito de propriedade, o direito adquirido e ato jurídico perfeito, se após 77 (setenta e sete) anos de efetivada a alienação de terras devolutas do Estado a particular, surgisse, como no caso em exame, um questionamento da nulidade dos títulos outorgados, baseada numa suposta ocupação de tribos indígenas nas áreas desmembradas do domínio do Estado. Esse fato, por si só, de modo algum vicia e desnatura o objeto da alienação, que continua a se caracterizar como um ato jurídico perfeito.

Efetivamente, Excelência, inexistente por inteiro a alegada nulidade dos títulos outorgados pelo Estado, todos eles obedeceram regimento a norma legal vigente na época da alienação, tornando-se um ato jurídico perfeito. ("Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou" (art. 6º, parágrafo 1º, da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957)). De igual modo, é inegável o direito adquirido dos atuais proprietários das terras. Todos adquiriram as áreas do Governo do Estado, tendo direito sobre elas com a concretização de modo definitivo do domínio. Sabe-se que "completo o ciclo prescrito pela lei - agente, objeto e forma, levado a termo sem defeito, aquele a quem se endereça o ato jurídico, investe-se num status intangível porque adquiriu direitos, imunes a qualquer fato, ato ou lei posterior". (J. Cretella Júnior,

ob. ant. cit. pag. 4561).

Por outro lado, o sagrado direito de propriedade consagrado na Constituição (art. 5º, XXII), que neste ato se PREQUESTIONA para efeito da Súmula nº 282 - STF, requerendo um pronunciamento deste Douto Juízo, não pode ser violado por uma simples suposição de que as terras alienadas pertencem à comunidade indígena. Sim, Excelência, ficou exaustivamente comprovado que nunca ocorreu a ocupação dos aborígenes nas terras alienadas pelo Estado, nem tampouco, existem nos autos qualquer prova que demonstre cabalmente a ocupação dos silvícolas nas áreas que foram outorgados os títulos definitivos aos adquirentes e atuais proprietários.

De igual modo, o Estado do Amazonas, protesta pela produção de todos os gêneros de produção de prova admitidos em Direito, tais como: documentais, testemunhais, arbitramento etc, reservando-se o direito de apresentá-las ao momento oportuno que V. Exa. determinar em forma da lei.

Assim sendo, o Estado do Amazonas, com a máxima venia, REQUER, de logo, a realização de PERMÚCIA TÉCNICA, na área em questão, quando por certo, ficará definitivamente comprovado, que em nenhum momento houve habitação permanente da comunidade aborígenes nas glebas, em que, há precisamente, 74 (setenta e quatro) anos, foram outorgados os títulos definitivos aos atuais proprietários, após a realização do competente levantamento topográfico, que confirma claramente serem as terras devolutas desmembradas do Poder Público de sua propriedade desde 1890.

Demonstrada **ex-abundantia** a impertinência da Ação proposta pelos motivos acima expostos, o Estado do Amazonas requer com a máxima vênia, a V. Exa. que julgue totalmente improcedente o pedido de Anulação e Cancelamento dos Títulos Definitivos legitimamente expedidos pelo Requerido aos Srs. **HORMICIDA, VICENTE, JOSÉ IZIDORO DE SOUZA MACIEL, e ELVINO SORIANO ALVES DA SILVA**, condenando a FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes na base de 20% sobre o valor da condenação.

Decidindo assim, V. Exa. estará homenageando o direito e fazendo a mais escoreita JUSTIÇA.

Manaus, 16 de agosto de 1994.

FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O ESTADO DO AMAZONAS, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, neste ato representado pelos Procuradores infrafirmados, amparado nas disposições do art. 25, da Lei Nº 8.038, de 28 de Maio de 1990, Lei Nº 4.348/64 e art. 297 do RISTF, vem formular o pedido de **SUSPENSÃO DE LIMINAR**, concedida nos Autos da Ação de Mandado de Segurança, impetrado por Viação Aérea São Paulo S/A. - VASP, contra ato judicial de Primeira Instância, do Tribunal de Justiça local, sob os fundamentos adiante articulados e submetidos à sábia apreciação de V. Exa., no curso deste arrazoado.

DOS FATOS

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Viação Aérea São Paulo S/A - VASP, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito, nos Autos do Processo Nº 05752- 2, da 1ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Amazonas que, indeferiu pedido, no sentido de suspender o pagamento das parcelas de dívida reconhecida e confessada pela Impetrante para com a Fazenda Pública Estadual, até o julgamento do mérito da ADIN Nº 1089-1.

A Ação direta em questão, foi proposta pelo Procurador Geral da República contra a exigência de ICMS sobre o transporte aéreo, cuja liminar antecipada, suspendeu a eficácia dos dispositivos do Convênio 66/88 e os demais que lhe seguiram na regulamentação da matéria.

A decisão atacada, acolhendo as razões deduzidas Pela Fazenda Pública Estadual de que, a medida liminar concedida pela Suprema Corte em ação direta de inconstitucionalidade, por produzir

efeitos *ex nunc*, não teria o condão de alcançar as obrigações objeto do acordo homologado por sentença, como se vê do excerto proferido que transcrevemos, nas partes que interessam ao presente pedido de suspensão:

"Trata-se, na espécie, de ação de execução fiscal promovida pela Fazenda Pública do Amazonas contra Viação Aérea São Paulo S/A - VASP, com base em certidão de Dívida Ativa, tendo as partes, inicialmente, celebrado acordo devidamente homologado (fls. 156).

A Fazenda Pública do Amazonas, na qualidade de exeqüente, denuncia o descumprimento por parte da executada VASP S/A., das cláusulas e condições do acordo homologado nestes autos de execução fiscal, propugnando pelo prosseguimento da ação.

Por sua vez, a executada - VASP S/A. justifica a paralisação dos pagamentos convencionados, pleiteando a suspensão do feito, ao argumento de que nos Autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta perante o STF, foi concedido liminar, suspendendo os efeitos das leis, normas e regulamentos que determinam a incidência do ICMS sobre as atividades desenvolvidas pelas empresas aeroviárias, alcançando, por conseguinte, a questão sub judicte, eis que segundo o seu entendimento, a referida medida produziu efeitos *ex tunc*. Contrapondo-se a esse entendimento, insurge-se a parte adversa, sob o enfoque do que a medida liminar não tem eficácia retroativa, ou seja, produz efeitos *ex nunc*.

Embora ambos os argumentos sejam relevantes, tenho que, no caso, o melhor entendimento é expendido pela exeqüente Fazenda Pública. E que a executada, de forma inequívoca, reconheceu e confessou a dívida tributária em questão, expressa no acordo celebrado, submetido à homologação deste Juízo, consoante através me relatório. Além do mais, como consignado no pacto, objeto da vontade das partes, a executada VASP S/A. renunciou também de forma expressa a faculdade de discutir a dívida assumida.

Face ao exposto, INDEFIRO o pedido da VASP S/A. de suspensão desta execução, ordenando, de imediato, o seu prosseguimento, até final, de tudo certificando nestes autos. Em consequência, atendendo às cláusulas do acordo homologado e, considerando o seu descumprimento por parte da executada VASP S/A., aliás, por ela própria confirmada, defiro os pleitos da exeqüente insertos nos itens "a", "b" e "c" do requerimento de fls. 313/315, determinando o que neles se contém."

Malograda a injurídica pretensão da VASP S/A., posto que

gestada contra o direito e contra a razão, foi impetrado Mandado de Segurança, com pedido de liminar, como meio para resguardar suposto direito in natura da Impetrante de sustar o recolhimento das prestações resultantes do acordo, livremente concertado, para pagamento parcelado de sua dívida tributária reconhecida e confessada, calçando seu alegado direito subjetivo na decisão do Egrégio Supremo Tribunal federal que, em análise preambular da ADIN Nº 1089-1, concedeu medida liminar suspendendo a exigência de ICMS incidente sobre o transporte aéreo, vazada nos seguintes termos:

a) parcial das expressões serviços de transporte interestadual e intermunicipal, constantes do art. 1º, bem como do inciso IX do art. 2º do Convênio Nº 66, de 14 de Dezembro de 1988, para que se exclua da compreensão daquela cláusula e deste último preceito a navegação aérea;

b) dos incisos V e X do art. 1º bem como dos anexos "Modelo 10" e "Modelo 15", a que se referem esses incisos, dos arts. 30 a 36 e 51 a 54 e ainda da expressão "aeroviário" do inciso IV do art. 67, todos do Convênio SINIEF Nº 06, de 21 de Fevereiro de 1989;

c) do Convênio ICMS Nº 54/89, de 29 de Maio de 1989, que dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS aos estabelecimentos prestadores de serviços de transporte aéreo;

d) do Convênio ICMS Nº 72, de 22.08.89, que dispõe sobre obrigações aeroviárias, prazo de apresentação de documentos de informação e apuração mensal e forma de recebimento do ICMS no transporte aéreo;

e) dos Convênios Nºs 109, de 7 de Dezembro de 1989, e 89, de 12 de Dezembro de 1990, que prorrogaram o regime especial concedidos às empresas de transporte aéreo;

f) do Convênio ICMS Nº 06, de 25 de Abril de 1991, que prorroga a redução da base de cálculo na prestação de serviços de transporte aéreo: e

g) dos Convênios Nºs 25, de 25 de Junho de 1991, e 92, de 5 de Dezembro de 1991, que concederam a redução da base de cálculo na prestação de serviços de transporta aéreo."

Sustenta o autor que a expressão "serviços de transporte interestadual e intermunicipal", no art. 155-I-b da Constituição Federal, não compreende a navegação aérea. Invoca, para tanto, o significado atribuído à mesma nos textos constitucionais anteriores, os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte e a distinção feita pela Constituição entre "serviços de transporte" (artigos 21-XII d e e) e "navegação aérea e aeroespacial" (artigo 21-XII-c e 22-X).

Pondera que a competência para legislar sobre navegação

aérea e privativa da União, cabendo-lhe, por igual, a exploração do serviço, diretamente ou através de autorização, concessão ou permissão (artigos 22-I e X e 21-XII-c da CF).

Destaca, por fim, que o eventual exercício de uma imposição tributária estadual depende de lei complementar, cuja falta não poderia ser suprida mediante convênio celebrado com o fundamento no artigo 38-8-8º do ADCT.

Na tese do Procurador-Geral o aspecto do bom direito é irrecusável. Quanto ao **periculum in mora**, diz o requerente que **as empresas aéreas encontram-se em difícil situação financeira e estão sendo compelidas ao pagamento do imposto mediante várias ações de execução fiscal**. Esclarece, também, que **o dano temido, no momento, gravíssimo, pois corresponde à possibilidade de paralisação das empresas que integram o quadro de associados do requerente que não terão possibilidade de continuar operando, se tiverem suas receitas bloqueadas...** (fls. 56)

Sendo estas as circunstâncias, concedo **ad referendum** do plenário, a liminar, para suspender a eficácia dos atos normativos aqui impugnados, até que o Supremo Tribunal Federal tome decisão definitiva sobre o mérito da ação direta.

Determino, ainda, considerando a identidade do objeto e o que proposto pelo requerente, a apensação do ADIn 1083 a estes autos."

Apreciando o Writ, o Tribunal local, através do Relator, em despacho de apenas cinco (05) linhas de minguado conteúdo jurídico que pouco recomenda, concedeu a acariciada medida liminar reclamada nos seguintes termos:

"Vislumbro por nitidez os pressupostos do art. 7º, II, da Lei Nº 1.533/51, para concessão da liminar requerida.

Concedo-a, pois, para emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto, suspendendo o pagamento das parcelas referentes ao acordo firmado entre a VASP e a FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS."

DO DIREITO

Prefacialmente, em obediência a elementares regras do processo-ciência, cumpre espancar desde logo, o flagrante engano em que se encontra a Impetrante, na exata compreensão de que as mesmas razões deduzidas na ADIN Nº 1098-1, não se prestam para agasalhar o suposto direito subjetivo que a VASP alega possuir para não honrar o compromisso da palavra empenhada, resultante do

acordo para pagamento parcelado de sua dívida tributária.

Sim, porque a discussão estabelecida pela própria VASP, circunvolve exclusivamente o aspecto da eficácia da liminar concedida pelo STF, isto é, se a eficácia da liminar é apenas e tão-somente **ex nunc**, ou seja, a partir do momento em que o STF a deferiu ou se a questionada decisão tem o condão de atingir fatos pretéritos, produzindo, portanto, efeitos **ex tunc**.

Esta é, pois, a questão central que deve ser deslindada, tudo mais é periférico, inclusive os argumentos enfocados pela Impetrante no que pertine a competência da União para legislar sobre navegação aérea, inconstitucionalidade do Convênio ICMS Nº 66/88, ausência de lei complementar, etc que, **in casu**, são absolutamente imprestáveis, revelando-se estéreis para o deslinde da controvérsia objeto da lide.

Enfrentemos, portanto, o ponto nodal do litígio, lembrando, por oportuno, que a questão, parece segundo os precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, não comportar a mais mínima discussão de que é **ex nunc** a eficácia de liminar concedida em representação de inconstitucionalidade.

A propósito do assunto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal em decisões proferidas em datas relativamente recentes - REPRESENTAÇÃO Nº 1.391-CE e na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 711-AM - assentou entendimento segundo o qual a eficácia da liminar que, em representação de inconstitucionalidade, suspende a vigência da lei argüida como inconstitucional, é tão-somente **ex nunc**, operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal a defere.

Extrai-se, consoante inteligência das decisões acima apontadas, em interpretação de simplicidade franciscana que, sendo certo que o acordo celebrado entre o Estado do Amazonas e a Viação Aérea São Paulo S/A, foi concertado antes do advento da medida liminar deferida pelo STF, suspendendo a incidência de ICMS no transporte aéreo, não foi, sob qualquer hipótese por esta afetada, posto que resolvido muito antes de sua eficácia.

Destarte, o Estado do Amazonas com supedâneo no entendimento esposado pela mais Alta Corte de Justiça do País, quer deixar bem explicitado que o não recolhimento do ICMS incidente sobre o transporte aéreo só será cabível daqui para frente, ou melhor, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir da liminar deferida pelo STF, mantendo-se íntegra e válida, sem nenhuma alteração, a obrigação do cumprimento do acordo judicialmente homologado, no tempo e pelo modo convencionados.

Em síntese radical, a liminar deferida pelo STF em nada favorece à Impetrante, quanto a questão central da presente postulação: trancar as execuções fiscais em curso, desonerando-a, inclusive, de honrar o acordo de parcelamento já celebrado. Tal pretensão acalentada, como vimos, não será juridicamente possível, precisamente em razão do apontado caráter da liminar em ação direta, cujos efeitos operam-se apenas **ex nunc**, jamais **ex tunc**.

Noutra direção, verifica-se às claras a conduta censurável da Impetrante que, não obstante ter empenhado sua fé, procura por todos os meios condenados pela ética, pelo direito e pela moral, utilizando o beneplácito do Poder Judiciário local, para se desvencilhar de sua obrigação, constituindo seu comportamento em crime de apropriação indébita e enriquecimento ilícito, pois a ninguém é permitido aumentar seu patrimônio, pela integração nele de bens ou valores que antes não lhe pertenciam.

Aliás, cumpre lembrar à Impetrante um aspecto de suma importância, pois, a hipótese em debate diz respeito ao pagamento de tributo indireto, com a característica de já ter sido suportado pelo contribuinte de fato, usuário do transporte aéreo, que a Vasp na condição de contribuinte **et jure**, recolheu e não repassou aos cofres do Estado do Amazonas.

Assim, uma vez que a VASP já tendo recolhido de seus clientes os valores relativos ao imposto, só cabe repassá-lo ao tesouro estadual, sob pena, como dissemos alhures, de locupletamento ilícito.

ERROR IN JUDICANDO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Não bastassem as injurídicas e condenáveis pretensões da Impetrante, tem-se, ainda, que arrostar uma decisão que além de acarretar graves prejuízos às finanças estaduais se revela, por qualquer cor de lente que se veja, flagrantemente inconstitucional.

Sim, porque a acanhada ou quiçá imotivada decisão proferida pelo Tribunal local, não permite sequer que o Estado do Amazonas possa exercer o direito constitucionalmente assegurado do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), vez que laborou em inescandível **error in judicando** não motivando seu **verdictum**.

Nesse giro, adverte ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO que, hoje mais do que ontem a motivação das decisões judiciais é vista não só como uma garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma (art.

165 do CPC), mas também foi salientada modernamente a **função política** da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mais **quisquis de populo**, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e a justiça das decisões.

A advertência em questão, reflete com profunda fidelidade a preocupação dos Juristas acima nominados, na exata compreensão de que a decisão concessiva da liminar expedida pelo Tribunal local, suspendendo o pagamento das parcelas referentes ao acordo firmado pelo o Estado do Amazonas e a VASP, não cuidou de motivá-la, ao contrário, demonstrou verdadeiro descaso com as graves conseqüências de sua decisão para com o povo do Amazonense e a magnitude da causa, simplesmente declarou que vislumbrava por nitidez (sem dizer pelo menos a cor da lente) os pressupostos do art. 7º, II, da Lei Nº 1.533/51, para a concessão da liminar requerida, nada mais disse.

Não é bem assim, pois o juiz, hoje por expressa determinação constitucional a que deve vassalagem, está obrigado a motivar suas decisões, por isso que o constituinte pátrio ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciárias (art. 93, inc. IX) pondo assim cobro a situações iguais ao presente caso, em que o princípio constitucional não era observado.

Ademais, a hostilizada decisão, pela absoluta ausência de motivação não permite, sequer que o Estado do Amazonas possa exercitar o direito à adequada resistência às injurídicas e censuráveis pretensões da VASP, revelando às claras que a decisão increpada, também, briga com princípio constitucional do **devido processo legal** (art. 5º, inc. LIV), no pressuposto de que por direito ao processo, consoante escólio de CÂNDIDO R. DINAMARCO, não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo **devido processo legal**, legitime, inclusive, o exercício da função jurisdicional, mas isso só é possível quando as decisões, obedecendo o regramento constitucional são efetivamente motivada, o que indubitavelmente não é hipótese dos autos.

O PODER GERAL DE CAUTELA E O ATO JURÍDICO PERFEITO

Nesse ponto, traz-se ao debate magnífica lição do jurista gaúcho GALENO LACERDA que, dissertando sobre o poder cautelar geral e os limites da discricão do juiz, lembra que no uso do poder cautelar geral, impõe-se destacar uma qualidade pessoal, uma virtude, de que jamais deverá prescindir o magistrado nesta matéria: a prudência. Cabe-lhe ponderar, com equilíbrio, as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre ínsito nas providências cautelares. Em nenhum setor do processo civil, mais do que neste, parece encontrar-se tão diretamente em jogo o bom nome e, até, a seriedade da justiça.

Prudência e ponderação como se vê, são virtudes ausentes da guerreada decisão lançada pelo Tribunal local, haja vista que a Fazenda Pública Estadual que vem suportar o ônus da inconstitucional decisão, não foi até agora chamada para integrar a lide, na qualidade de litisconsorte passivo necessário ou o que é mais correto, na condição de assistente da autoridade coatora, como autoriza o art. 50 do Código de Processo Civil.

Rogamos **vênia** pelo desabafo, mas não poderíamos calar ante tão despropositada decisão que, neste ponto, a investigação histórica oferece-nos notável esclarecimento. De longa data, lembra, ainda, GALENO LACERDA que, não só nos sistemas modernos, senão que nos antigos também, sempre houve a coexistência de dois modos de realização da justiça: um, caracterizado pelo contraditório, em situação de igualdade entre as partes até a sentença final; outro, assinalado por decreto judicial liminar, a benefício, em regra, do autor, nem que para isso, como na hipótese **sub examem** a ordem judicial expedida, pratique ofensa ao o direito, a ética e a moral.

Todavia, a história jurídica, também nos revela que, no moderno processo, mediante a criação de procedimentos dotados de liminar, a qual nada mais é do que um ato que expressa a função cautelar do magistrado, quando presentes o risco de lesão e a verossimilhança do direito subjetivo ameaçado.

Aqui chegados, convém lembrar a classificação dos direitos subjetivos, do clássico CUNHA GONÇALVES:

“Com base na divisão clássica do direito subjetivo, dividem-se os direitos subjetivos em públicos e privados. Os direitos subjetivos privados distinguem-se em patrimoniais e não-patrimoniais. Os patrimoniais separam-se em direitos reais, tendo

por objeto as cousas, e direitos de obrigação, cujo objeto é qualquer prestação de coisa ou fato.

"Sob o ponto de vista das relações com as outras pessoas, os direitos subjetivos são absolutos ou relativos. São absolutos os que podem ser opostos a toda e qualquer pessoa, cuja obrigação é negativa ou de abstenção, pois consiste em não lesar, não perturbar o exercício deles; São relativos aqueles que se referem a determinada obrigação de que é devedor determinada pessoa". (Princípios de Direito Civil, I, Parte Geral, p. 63, nº 27).

Essas distinções fundamentais servirão de bússola para definir os limites do poder cautelar geral e indicar os direitos sobre os quais caiba o seu exercício.

Assim, salta aos olhos, de imediato, os direitos absolutos, exatamente porque exigem o respeito de todos, comportam, se verossímeis, tutela liminar cautelar, provisória a ser confirmada na sentença de mérito.

Os direitos relativos, porém, "aqueles que se referem a determinada obrigação de que é devedor determinada pessoa". Por exemplo, o pagamento de uma dívida confessada e reconhecida pelo devedor, não comportam, em princípio cautela liminar, salvo disposição legal expressa. Nessa aérea, em que preponderam o poder da vontade e o ato jurídico perfeito, a função cautelar não tem o condão de desconstituí-lo ou modificá-lo, coisa reservada, exclusivamente, à sentença de mérito.

Em princípio, ainda, mais uma vez acudido pelas sábias lições de GALENO LACERDA, não se afigura juridicamente admissível possa o juiz, no exercício do poder cautelar, imiscuir-se na intimidade de um acordo judicialmente homologado por sentença, para substituir-se à vontade de uma das partes, com o objetivo de cancelar-lhe a eficácia e impor-lhe, coativamente, algo por ela não desejado.

Infere-se, portanto, albergado nas lições acima transcritas que, só a lei poderá abrir exceção às conclusões retrolançadas, tendo em vista interesses sociais ou políticos relevantes. Essas exceções, porém, haverão de ser expressas, e, como sabido, só poderão vigorar se não ofenderem o princípio constitucional que ordena respeitar o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Carta Magna). Haverá nítida ofensa se a lei ou a decisão judicial (hipótese dos autos) importarem revogação total ou parcial de negócios jurídicos, sem vícios, livremente concertados.

Não é possível aceitar isso. A injurídica pretensão da Impetrante e a inconstitucional decisão do Tribunal local brigam com

a Constituição Federal, ao atentar contra ato jurídico perfeito e com o art. 789 do Código de Processo Civil, que exige, para o exercício do poder cautelar, a existência de **fumus boni iuris** e, como restou demonstrado. Na espécie, não existe, nem em tese, o direito ao pedido.

Essa conclusão encontra paralelo nas lições da história, na experiência multissecular do processo romano, onde já se intuíra que a tutela liminar dos interditos estava condicionada à natureza dos direitos tutelados. Não se efetuava sem fronteiras, nem limites.

DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL DA CAUSA

Como foi relatado no esboço dos fatos e nas razões articuladas, com o fito de demonstrar a viabilidade jurídica do pedido de suspensão da medida liminar inreperada, percebe-se às escancaras que a causa versa matéria eminentemente de sede constitucional, sendo, portanto, competente o Egrégio Supremo Tribunal Federal para apreciar o presente pedido.

Com escopo de precisar a matéria constitucional discutida no presente pedido, podemos citar entre outras as seguintes:

- a) eficácia de liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade;
- b) entendimento ex nunc esposado pelo STF, na Representação Nº 1.391 - CE;
- c) Ação Direta de inconstitucionalidade Nº 711-AM;
- d) princípio da motivação das decisões judiciais (C.F. art. 93, inc. IX);
- e) garantias do devido processo legal (C.F. art. 5º, inc. LIV);
- f) princípio do contraditório e ampla defesa (C.F. art. 5º, inc. LV);
- h) ofensa ao ato jurídico perfeito (C.F. art. 5º, XXXVI).

FUNDAMENTOS DA SUSPENSÃO DA MEDIDA LIMINAR

Todos os dispositivos, tantos os legais como os regimentais, que cuidam do assunto, dão como fundamento da suspensão de medida liminar o PERIGO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À SAÚDE, À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICA. Como será demonstrado a seguir dois destes motivos encontram-se presentes nesta postulação, justificando, de si por só o seu deferimento, embora indubitado que cada um de per si é suficiente à procedência da ordem de suspensão.

Com efeito, a malfadada decisão prolatada pelo Tribunal local, implica necessariamente na falta do devido repasse aos cofres estaduais da parcela relativa ao ICMS que a Impetrante prometera pagar. Tal desfalque, deixa o Estado desprovido dos recursos financeiros advindos da recita tributária, a serem utilizados para a consecução dos programas a cargo da administração, para atendimento às necessidades básicas e prementes da população, quais sejam, saúde, saneamento, habitação, segurança pública, ensino, entre outros.

Vê-se, à toda evidência que a decisão do Tribunal de Justiça local, coloca em grave perigo a economia pública estadual, na medida em que ficou impossibilitado de saldar seu compromisso, por não mais poder contar com parcela significativa de sua receita tributária, proveniente do acordo pactuado com a Impetrante, colocando em risco potencial a prestação à comunidade amazonense de serviços básicos e fundamentais de que tanto carece.

Por outro lado, a questão envolve recursos de tal magnitude que, pode, inclusive, resultar na impossibilidade do repasse financeiro que a Constituição Federal determina ao Ministério Público e ao próprio Poder Judiciário, causando, assim, grave lesão à ordem administrativa pelas conseqüências e implicações que acarretariam a manutenção do **verdictum** hostilizado, no ordenamento e estrutura funcional dos órgãos, tal circunstância de per si, configura, a um só tempo perigo de grave lesão à ordem e à economia pública amazonense.

DAS CONCLUSÕES

À vista de tudo quanto se expôs, tem o Estado do Amazonas como certo que concorrem os pressupostos de admissibilidade e de procedência do presente pedido, a saber:

a) a causa, como fartamente esclarecido, 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.Exa., para apreciar e decidir este pedido incidental de suspensão de medida liminar;

b) estão configurados, por todos os ângulos e formas, o risco de grave lesão à ordem administrativa e à economia, risco pelos quais - deve-se ressaltar, a bem da verdade -, o Estado do Amazonas não se sente responsável.

Eminente Ministro,

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local, sobre ser

injusta e inconstitucional, impõe pesados prejuízos na receita tributária, com profundo reflexo na ordem administrativa e econômica do Estado, cujo tesouro, já encontra enormes dificuldades para saldar seus compromissos, mormente em final de ano e de governo, quando se avolumam as despesas com o pagamento de pessoal, não pode se dar ao luxo de assistir, passivamente, seja sua economia atingida por uma decisão flagrantemente ilegal.

Ante ao que ficou exposto e, juntando à presente os documentos mencionados, o ESTADO DO AMAZONAS expressa a confiança de que V.Exa., em acatamento aos jurídicos fundamentos esgrimidos neste pedido, haverá de atendê-lo, ordenando a suspensão da liminar, na forma regimental.

Nestes Termos

Pede deferimento

De Manaus para Brasília, em 23 de Novembro de 1994

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador Geral do Estado

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador do Estado

**EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS**

A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio do Procurador infrafirmado, nos Autos da Ação Fiscal nº 115/90- Apelação Cível-movida contra **MAJESTIC INTERNACIONAL EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA**, tomando conhecimento do Recurso Especial interposto, comparece respeitosamente à audiência de V.Exa., para oferecer resposta ao referido Recurso, mediante as anexas Contra-Razões cuja juntada requer.

P. Deferimento

Manaus, 03 de novembro de 1994

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora do Estado

COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILUSTRE MINISTRO RELATOR

A r. Decisão increpada, indiscutivelmente, não carece do mais mínimo reparo, na exata compreensão de que a Embargante, ora Apelante, não foi capaz sequer de trazer para os autos a prova

constitutiva de seu eventual direito, isto é, a Guia de Importação das mercadorias, objeto da discussão e fato gerador da obrigação tributária que embasaram as decisões de primeira e segunda Instâncias, consoante se verifica do excerto abaixo transcrito, extraído do v. Acórdão recorrido às fls. 147 dos Autos.

“Por isso entendo que a sentença deslindou com justeza os Embargos, quando assinou que a Embargante entendeu desnecessário fazer com que a peça exordial viesse instruída, com a documentação comprobatória da respectiva importação das mercadorias...” (grifos no original).

Prosseguindo, arremata o hostilizado Acórdão:

“Nesse sentido também se orienta o meu convencimento adotando, como forma complementar as razões de decidir, os mesmos fundamentos da sentença.

Assim sendo, conheço do Recurso mas nego-lhe provimento, confirmando a sentença atacada.”

No que pertine ao exame das questões de fundo, não apreciadas pela guerreada decisão, caracterizando-se inescusável supressão de instância, o que é defeso por elementares regras do processo ciência, não merece, portanto, qualquer comentário adicional. Todavia, por amor ao elevado debate e, com o fito de demonstrar que, também nesse particular não bafeja razão à Recorrente, decidimos, sobre elas, lançar nosso modesto entendimento.

Nesse giro, a Recorrente, na sua impertinente irresignação insiste na falsa premissa - inteiramente rechaçada nas contra-razões de Apelação - de que a isenção heterônoma em debate, integrava o regime jurídico da ZFM para, a partir daí, concluir, sofismando, que a apontada desoneração que pretende reconhecimento fora resguardada pela custódia do Art. 40 do ADCT da vigente Carta Política.

Em que pese o esforço da Recorrente, reconhecido inclusive na sentença impugnada, percebe-se facilmente, até mesmo em análise de cunho perfunctório, que o ponto nodal da controvérsia jamais foi arrostado pela Embargante/Recorrente, isto é, se o acariciado benefício fiscal integrava ou não o conjunto normativo da ZFM, definido no Decreto-Lei nº 288/67 e legislação dela decorrente.

Bem por isso, nunca é demais ressaltar que o benefício fiscal perseguido nunca, jamais, integrou específica e definitivamente a ordem jurídica que disciplinava os favores fiscais da ZFM, não chegando a compor a gama de incentivos do Decreto-Lei 288/

67 ou de norma dele derivada.

Impende destacar, ainda, que a isenção em comento, muito ao contrário do que advoga a Recorrente, nunca esteve compreendida no regime jurídico da ZFM e, por isso mesmo, jamais fez parte de seu programa de incentivos fiscais.

Efetivamente, nada há na legislação específica da Zona Franca de Manaus que vincule ao regime especial regulador da sobredita área de exceção.

Com efeito, o que se nota é que a Recorrente extraiu especiosa ilação de que a apontada isenção integrava o conjunto normativo da ZFM, da mera circunstância de ter usufruído desse benefício até a entrada em vigor do novo sistema tributário nacional, instituído pela vigente Constituição Federal.

Acentue-se, por oportuno, que a Recorrente usufruía da questionada isenção, não porque ele integrava o contexto jurídico da ZFM, mas pela circunstância de atender os pressupostos da Lei Complementar nº 4/69, combinado com o Art. 3º do Decreto-Lei nº 288/67.

Ao lado da inescandível constatação de que o benefício fiscal em foco, não integrava o conjunto normativo da ZFM, releva sublinhar, também, o aspecto de que a atual Constituição Federal, ao restaurar o princípio federativo tributário, vedando à União Federal a possibilidade de conceder isenção de impostos da competência dos Estados-membros, preservando, destarte, a autonomia das Unidades Federadas.

Por conseqüência, com o advento da atual ordem constitucional, quedou-se inexoravelmente revogada, não apenas a Lei Complementar nº 4/69 - instituidora da isenção cuja manutenção é postulada pela Recorrente - mas também toda legislação concessiva de isenções heterônomas, face a sua flagrante incompatibilidade com o novo sistema tributário nacional.

Assim, com as vedações do Art. 151 da Carta Política, exauriu-se o excessivo poder de intervenção que detinha a União passada.

Conclui-se, portanto, em síntese apertada, não ser constitucionalmente possível que uma norma incompatível e inconciliável com o sistema tributário instaurado pela Lei Maior, seja por este recebido, aliás, é bom que se diga para que não paire a mais mínima dúvida, pois é de curial sabença que a recepção pressupõe, sempre, a harmonia e compatibilidade entre a norma recepcionada e o sistema jurídico receptor.

Diante de tudo o que foi enunciado e esclarecido, resta bem assente e compreendido que a acariciada isenção tributária, objeto da LC nº 4/67, não foi protegida pelo manto do Art. 40 do ADCT, exatamente porque não compunha o conjunto de benefícios fiscais específicos do Dec. Lei nº 188/67.

Como quer que seja, por explícita determinação fiscais no prefalado Decreto-Lei nº 288 e legislação dele decorrente que, como fãrtamente demonstrado não inclui a isenção do ICMS nas entradas de mercadorias estrangeiras na ZFM, nas tão somente desonera esse tipo de operação do gravame dos Impostos de Importação e sobre Produtos Industrializados, como vimos de competência da União.

À vista disso, parece-nos juridicamente insustentável a pretensão da Recorrente de ver reconhecido em seu favor a reclamada isenção, posto que a conduta do Recorrido foi sempre pautada na Constituição e legislação específica dos incentivos fiscais, contemplados no Decreto-Lei nº 288/67.

De tudo quanto foi exposto e o que mais consta dos Autos, seja por ausência de provas ou proteção de eventuais direitos, não há como dar passagem ao recurso vez que claramente ausentes os pressupostos de recorribilidade e, também porque não restou ofendido qualquer dispositivo constitucional ou lei federal.

Termos em que

Pede Deferimento.

Manaus, 03 de novembro de 1994.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES

DOCTRINA

INTERVENÇÃO NO TCM : uma tentativa de abordagem técnica.

Elson Andrade (*)

Tem ensejado reflexões, umas até traduzidas com um toque de primarismo, outras carregadas de forte dosagem emocional, a pretensão de o Legislativo Estadual intervir no TCM com o fito superior de "proceder uma Auditoria a fim de apurar, quantificar e individualizar, em todas sua extensão e gravidade os atos contábeis, financeiros e administrativos do Tribunal de Contas dos Municípios..."

A aspiração "interventiva" do Legislativo foi suspensa, em caráter temporário, em face de adiantamento de cautela judicial em socorro ao reclamo da preservação das prerrogativas e predicamentos constitucionais de que é titular o Colegiado do TCM.

Na terminologia jurídica, intervenção pode ser entendida como "ingerência" de entidade "de maior grau" em entidade "de menor grau", ou seja, a interferência de um nível de poder (União) sobre o outro (Estado), ou deste sobre o Município.

A intervenção que, como instituto jurídico-constitucional, é de origem tipicamente americana do Norte, ingressou em sede constitucional, entre nós, pela Constituição de 1891, mantido o **status** em todas as Constituições posteriores, inclusive na atual.

A intervenção, é oportuno registrar, não é propriamente uma medida de polícia, de segurança, mas medida de ordem político-jurídica que tem por finalidade precípua assegurar o primado da soberania nacional; preservar a ordem constitucional; manter a incolumidade da federação, prestando-se, ainda que secundariamente, à defesa dos direitos individuais contara a prepotência dos poderes estaduais e municipais (cf. Fávila Ribeiro, Pinto Ferreira, Cretella Jr., Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos,

(*) Procurador do Estado e Professor de Direito Administrativo da UA.

José Afonso da Silva, dentre outros).

Exceção feita à polaca Carta de 37, todas as demais Constituições brasileiras inscreveram como princípio a regra da não-intervenção.

Daí a razão por que o instituto da intervenção só pode validamente ser utilizado nos estritos termos formais e materiais estabelecidos na Lei Maior, uma vez que se trata de poder limitado e circunscrito, até mesmo para preservar o equilíbrio da federação.

Constitui, por isso, a intervenção, medida de exceção a não comportar interpretação ampliativa, elástica, posto que só admitida nos estritos limites, nas específicas hipóteses enumeradas de modo taxativo na Constituição da República.

Por isso que, embora prestigiando a "virtude" da avariza, averba o mestre Roque Carazza: "A intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal - vale dizer, nos Municípios ou em qualquer órgão - acresça-se, é medida excepcionalíssima, que há de ser aplicada com a mão avara, para que não reste vulnerado o princípio federativo".

Demarcados esses pressupostos, e à consideração de que as regras sobre intervenção, no Brasil, são todas de exclusiva natureza constitucional (arts. 34 a 36), a outra conclusão lógico-jurídica não se há de chegar senão a de que a motivação constitucional constitui condição de validade do excepcionalíssimo ato político interventivo.

Numa palavra: só é juridicamente legítima a intervenção se decretada de conformidade com a solene forma e dentro das específicas e restritas hipóteses exaustivamente previstas na Lei Ápice, sobre cuja matéria a Constituição Estadual, hoje, nada pode fazer senão quedar-se ao quanto dispõe e impõe o art. 35 da CR: "O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: I) deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; II) não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; III) não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; IV) o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial".

Essas são, em **numerus clausus**, as únicas e taxativas hipóteses constitucionais, repetidas no art. 128 da Constituição do Estado do Amazonas, que poderão emprestar fundamento ou condição de validade para sustentar eventual intervenção do Estado nos

Municípios e, por extensão, em qualquer outro órgão estadual ou municipal de natureza autônoma e independente, a exemplo do TCM, penso.

Sim, porque a autonomia e a independência do TCM não lhe imunizam de, atendidos os pressupostos constitucionais formais e materiais, submeter-se a eventual intervenção para ajustar-se à ordem constitucional estabelecida.

De feito, se certo é que intervenção é antítese de autonomia, não menos correto é que autonomia não é sinônimo de couraça invulnerável a proteger possível conduta comprometedora à defesa do Estado, do princípio federativo, da ordem constitucional, das finanças estaduais, da moralidade administrativa, etc.

Não, autonomia - pelo menos no sentido administrativo - significa dizer administrar-se a si mesmo ou auto-administrar-se, mas dentro do círculo legal que lhe preordena o agir, respeitados, sob pena até de intervenção, os princípios constitucionais estabelecidos, explícitos e implicitamente.

Ora, se admitida é a intervenção na entidade maior, que goza inclusive de autonomia política, cujo atributo não se estende ao órgão mesmo que de natureza autônoma e independente, porque, em tese, estaria ele infenso a eventual ato interventivo, visto como a sua função é de realizar a vontade estatal, nos termos e nos limites da lei?

Suponha-se, como elemento de argumentação, que o TCM se recusasse a prestar contas, como é do seu dever ex-vi do inciso XIV do art. 28, combinado com os arts. 41 alínea "a" e 106, todos da Carta Estadual, à Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas.

Se tal hipótese se concretizasse, razoável seria inferir que o TCM estaria inobservando o princípio constitucional da prestação de contas inerente à Administração pública, de resto a dar nascimento a fato gerador (pressuposto de fundo) autorizativo do início do processo formal de intervenção estatal ao abrigo (afastado o precisismo das formas em homenagem ao primado da moralidade e da finalidade administrativa) do inciso II do art. 128 da Constituição Estadual.

Assim, e porque pode haver intervenção sem interventor, o ato interventivo deveria atribuir as constitucionais funções do TCM ao TCE, órgão de igual natureza, diferenciando-se apenas e tão somente quando ao campo de atuação.

Aduza-se, por outro lado que, por ser de natureza política, o ato de intervenção, e ela própria devem ficar, em linha de princípio, infensos ao controle jurisdicional. Se, entretanto, houver manifesta infringência às normas constitucionais, como parece ter havido na

almejada intervenção ao TCM, é absolutamente legítima a prestação jurisdicional do Estado-Juiz, quando provocado, como o foi no caso de que se cuida.

E que não se faça soar da pronta atuação do Judiciário um gesto, o mais mínimo que se possa supor, de indébita ingerência, de confronto ou de retaliação às boas intenções do Legislativo de investigar o TCM, porquanto daí se deve extrair, isto sim, o equilíbrio entre as relações que regem os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em prol do jurisdicionado, à luz da teoria dos freios e contrapesos (*chek and balances*) inspirada na pregação vitoriosa de Montesquieu (*le puvir arrête le puvir*).

Ademais, é aforismo inobjetével no Estado de Direito, máxime nas relações de direito público, segundo o qual não é competente quem quer, mas quem pode, nos termos e nos limites da lei.

Disso resulta concluir, com respeito às opiniões em contrário, que a liminar concedida pelo eminente Desdor. Paulo Feitoza - que a mim me parecer medida cautelarmente acertada - sobre não pôr fim à pretensão de origem Legislativa de eventual intervenção no TCM, não tem o condão, mesmo que confirmada em sede de juízo de mérito, de subtrair do Legislativo a competência de, como pretende, mas só através de CPI, "apurar... em toda sua extensão e gravidade, os atos contábeis, financeiros e administrativos do Tribunal de Contas dos Municípios" e, como decorrência, recomendar a quem de direito as providências que julgar pertinentes à espécie, inclusive a intervenção, se for o caso.

Igual proceder, se assim o desejasse, competiria ao MP no regular exercício de suas sobranceiras atribuições constitucionais e legais, mediante Ação Civil Pública e sem maiores solenidades.

Por outro lado, a tradição histórico - constitucional do instituto da intervenção, entre nós, não se compadece com a idéia de "apurar"... , "investigar"... , "quantificar", traduzida pela pretensão contida no projeto de "intervenção" do Legislativo, mas com a de cirurgiar, de sanear, de cessar a causa para restabelecer à ordem constitucional maculada, que é o limite e a finalidade da intervenção.

É uma relação de causa e efeito. Cessada a causa (necessariamente causa enumerada na Constituição) cessado o efeito, a intervenção.

De tanto quanto foi exposto e considerado, julgo rozoável concluir que não me parece prosperar, *data venia*, a questionada intervenção no TCM senão clausulada em uma das hipóteses taxativamente estabelecidas e indicadas como exceção ao princípio constitucional da não intervenção. (art. 34 da CR).

**A EXECUÇÃO FISCAL
SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA**

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES *
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE *
SANDRA MARIADO COUTO E SILVA *

Tese apresentada e aprovada no XX CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, realizado em Fortaleza/Ce, de 24 a 28 de outubro. MANAUS - 1994

TEMA GERAL: A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

SUBTEMA: AÇÕES FISCAIS

TESE: A EXECUÇÃO FISCAL: Solidariedade e responsabilidade tributária. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

* Procuradoras do Estado do Amazonas

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: AÇÕES FISCAIS
 - 1.1. INSTRUMENTOS DE DEFESA DO CONTRIBUINTE
 - 1.2. INSTRUMENTOS DE INICIATIVA DA FAZENDA PÚBLICA
 - 1.3. PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA
2. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
 - 2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS
 - 2.2. SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA
 - 2.3. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
3. TEORIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FUNDAMENTOS NA CONSTITUIÇÃO E EM LEIS ORDINÁRIAS. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA. APLICAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.
4. CONCLUSÕES E PROPOSTAS
5. BIBLIOGRAFIA.

"NÃO HÁ MAIOR CRIME CONTRA OS INTERESSES PÚBLICOS, DO QUE SER INDULGENTE COM AQUELES QUE O VIOLAM" (CARDEAL DE RICHELIEU, EM SEU TESTAMENTO POLÍTICO)".

1. INTRODUÇÃO: AÇÕES FISCAIS

O presente trabalho não foi desenvolvido com o intuito de esgotar todos os aspectos doutrinários e legais que envolvem as ações fiscais, e sim, abordar de forma fugaz os diversos tipos de ações que conduzem a Fazenda Pública ativa e passivamente a Juízo, e ater-se à ação de execução fiscal, ação essa que se constitui num importante instrumento para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, detendo-nos na questão da responsabilidade e solidariedade em matéria tributária, abordando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

1.2 INSTRUMENTOS DE DEFESA DO CONTRIBUINTE

Estão elencados no Código de Processo Civil, no Código Tributário Nacional e na Constituição Federal, algumas das ações

que o sujeito passivo (contribuinte) da relação jurídico tributária pode ajuizar para defender seus interesses junto ao fisco, a saber:

1. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL (ART. 585, § 1º CPC)
2. AÇÃO DECLARATÓRIA (ART. 4º CPC)
3. MANDADO DE SEGURANÇA (ART. 5º, LXIX, C.F.)
4. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO (ART. 156 VIII e 164 do CTN)
5. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO (ART. 165 a 167 do CTN)
6. AÇÃO CAUTELAR DE DEPÓSITO (ART. 796/812 CPC)

1. A AÇÃO ANULATÓRIA tem por finalidade ver desconstituído o lançamento tributário que o contribuinte considera agressão ao seu direito.

Essa ação pressupõe a existência de um crédito tributário que se quer ver desconstituído, razão porque dizer que a natureza da ação anulatória é constitutiva, uma vez que aqui não se pretende reconhecer a inexistência de dívida tributária e sim anular o lançamento.

A propositura da ação anulatória não inibe a Fazenda Pública de promover a cobrança judicial, nem tampouco induz litispendência em relação à ação de execução, vez que inexistente identidade causal entre as duas ações.

2. No que diz respeito à **AÇÃO DECLARATÓRIA**, o que se pretende é ver declarada a existência ou não de uma determinada relação jurídica, para impedir a prática do ato.

A Ação declaratória previne litígios através do esclarecimento de relação jurídica duvidosa, pois é por meio dela que o contribuinte tem a certeza se existe ou não a obrigação tributária.

3. O MANDADO DE SEGURANÇA, fundamentado na própria Constituição Federal e na Lei 1533/51, tem por objetivo proteger direito líquido e certo contra ato ilegal ou de abuso de poder praticado por autoridade ou pessoa que exerça função estatal.

Portanto, **NO MANDADO DE SEGURANÇA**, o sujeito passivo tem remédio para os atentados que seus direitos fundamentais sofram ou estejam ameaçados de sofrer, por ato da autoridade fiscal.

Dois direitos do cidadão, especialmente, se abrigam de

ameaças sob o pálio do mandado impetrado: o de furtar-se o impetrante da exigibilidade do tributo indevidamente instruído ou lançado e o de inibir qualquer restrição às suas atividades comerciais por motivo de dívida tributária.

4. A AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO tem por objeto extinguir a obrigação tributária com o depósito judicial de determinada importância para que a Fazenda Pública receba e dê quitação ao débito que ela, sem justa causa, se recusou a receber.

Apurada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 164 do CTN, poderá o sujeito passivo da relação tributária propor a ação de consignação.

5. A AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO é assegurada a quem quer que tenha pago ao Fisco quantia indevida, quer tenha sido o pagamento decorrente de decisão que tenha anulado ou reformado a decisão judicial ou administrativa, quer tenha ocorrido sem prévio protesto. O ressarcimento, pelo contribuinte, do valor do tributo pago indevidamente, abrange todos os pagamentos realizados por erro de fato ou de direito.

As hipóteses para a utilização da **AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO**, estão elencadas no artigo 165 do CTN, que admite restituição para tributos diretos ou indiretos, pagos indevidamente, parcial ou totalmente, seja qual for a modalidade de seu pagamento.

6. A AÇÃO CAUTELAR DE DEPÓSITO visa a prevenir uma lesão, tendo por fundamento a existência provável de perigo iminente e irreversível em razão da demora da lide.

A AÇÃO CAUTELAR DE DEPÓSITO se constitui numa medida preparatória de outra ação judicial (nulidade de débito, declaratória), a fim de que o contribuinte não tenha que suportar os ônus decorrentes da impontualidade.

Vale ressaltar, que conforme determinado no artigo 151, II, do CTN, o depósito integral da importância devida, a título de crédito tributário, suspende a exigibilidade deste.

1.2 INSTRUMENTOS DE INICIATIVA DA FAZENDA PÚBLICA

Expirado o prazo para o pagamento voluntário do crédito tributário ou da dívida ativa, não pode a Fazenda Pública permanecer inerte. Deverá reagir na defesa de seu crédito fiscal, exigindo-o judicialmente.

O instrumento legal básico para a cobrança judicial dos débitos fiscais pela Fazenda Pública, é a Lei nº 6830/80, que trata da

cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública. Em caráter supletivo, aplicável a legislação processual, como previsto na LEF.

O título executivo extrajudicial para o exercício da pretensão executória pela Fazenda Pública é a certidão de dívida ativa, assim considerada pelo artigo 585 VI do Código de Processo Civil, produzido fora e antes da dedução da pretensão em juízo, e que goza da presunção de liquidez e certeza nos termos encartados no artigo 2º § 3º da Lei 6830/80.

Os pressupostos específicos do processo executório reparam na possibilidade jurídica e legitimação para agir, que se encontram no título executivo, onde se firmam os limites objetivos e subjetivos da ação e o interesse de agir, que se manifesta com o inadimplemento da obrigação materializada no aludido título.

A ação de execução deverá ser proposta contra o devedor, entendendo-se como tal o próprio devedor, o fiador, o espólio, a massa, o responsável ou o sucessor.

1.3 PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA

1.3.1 JUÍZO ESPECIALIZADO:

Reza o artigo 5º da Lei nº 6830/80:

"A competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública, exclui qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário."

Com efeito, a competência para a cobrança da dívida ativa, uma vez firmada, exclui qualquer outra. Decorrem daí, três consequências:

a) ainda que haja processo de falência, concordata liquidação, insolvência ou inventário, a Fazenda Pública pode ajuizar a execução fiscal no seu juízo competente;

b) a superveniência, após a propositura da execução fiscal, de processo de falência, concordata, insolvência ou inventário, não altera a competência;

c) a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, insolvência ou inventário ou arrolamento.

Em havendo mais de uma ação executiva contra o mesmo executado, o juiz, a requerimento das partes, pode determinar a

reunião dos processos, através da redistribuição, por conveniência da unidade da garantia da execução, como se depreende do artigo 28 e seus parágrafos .-

1.3.2. PRESUNÇÃO "JURIS TANTUM" DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA DÍVIDA ATIVA

Reza o artigo 3º da lei 6830/80:

"A dívida ativa regular inscrita, goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo único: A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite."

Conforme anteriormente dito, pretende o presente trabalho analisar a questão da responsabilidade e solidariedade em matéria tributária e da desconsideração da personalidade jurídica, que analisaremos a seguir.

2. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo 4º da Lei nº 6.830, de 22/09/80, enumera as pessoas contra quem pode ser promovida a execução fiscal, quais sejam:

- a) o devedor;
- b) o fiador;
- c) o espólio;
- d) a massa;
- e) o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado;
- f) os sucessores a qualquer título.

O título que instrui a execução fiscal é a dívida ativa, regularmente inscrita, nos termos do § 3º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, e representada por certidão, que deve conter os elementos discriminados no § 5º do art. 2º, dentre os quais o nome do devedor e dos co-responsáveis.

Merece destaque a lição do Prof. Antonio Felipe A. Gallo, em sua obra *A Fazenda Pública e a cobrança judicial dos débitos fiscais*, p. 21:

"Um aspecto a deixar bem claro é que, embora em princípio, a execução seja dirigida contra o devedor (i. e., o contribuinte, aquele diretamente vinculado ao fato gerador da obrigação tributária - art. 121, parágrafo único, I do CTN), nem por isso possíveis responsáveis, vinculados de alguma forma à obrigação tributária, dela ficarão excluídos, mormente quando se tornar inviável o cumprimento dessa obrigação pelo devedor (contribuinte). É o que se vê pelo elenco apresentado pelo art. 4º da Lei 6.830, após a figura do devedor."

Como se abstrai do inciso II do parágrafo único do artigo 121 do Código Tributário Nacional, o responsável é aquele que não tem relação pessoal e direta com a situação definida como fato gerador, mas cuja obrigação decorre de disposição expressa de lei. Daí porque as convenções particulares que versem sobre responsabilidade pelo pagamento de tributos, com o objetivo de alterar a definição legal de sujeito passivo, não podem ser opostas à Fazenda Pública (art. 123 do CTN).

No que tange à solidariedade, dispõe o artigo 896 do Código Civil:

*"Art. 896. A solidariedade não se presume: resulta da lei, ou da vontade das partes.
Parágrafo único. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda."*

No âmbito do direito privado, portanto, a solidariedade pode ser ativa ou passiva e resultar da vontade das partes ou da lei, como se abstrai da leitura do dispositivo acima transcrito.

Todavia, no campo do direito tributário, a solidariedade só ocorre nas hipóteses previstas em lei, ou seja, não pode ser estabelecida pela vontade das partes, e só há solidariedade passiva, isto é, entre devedores.

Isto posto, temos que a solidariedade e a responsabilidade são modalidades de manifestação da sujeição passiva indireta, que ocorre quando a lei faz recair o pagamento do tributo sobre pessoa diversa daquele que tem vínculo imediato com o ato, fato ou negócio que dá causa à tributação.

Feitas estas considerações iniciais, passamos a discorrer sobre a solidariedade e a responsabilidade, em matéria fiscal.

2.2 SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA

Reza o artigo 124 do Código Tributário Nacional:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:
I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;
II - as pessoas expressamente designadas por lei.”

O eminente mestre Zelmo Denari, em sua obra *Solidariedade e Sucessão Tributária*, distingue na norma insculpida no inciso I do artigo 124 do Código Tributário Nacional a solidariedade paritária, “em que cada devedor é considerado *pari gradu* relativamente aos demais, ou seja, quando há equivalência dos interesses convergentes no momento de constituição da obrigação” (p. 44).

O fundamento, pois, da solidariedade paritária é a comunhão de interesses que une os co-devedores, não havendo fracionamento do vínculo, nem divisibilidade obrigacional, podendo o Fisco exigir de qualquer devedor a integralidade de seu crédito, exceto quando se tratar de obrigação divisível.

Valemo-nos do exemplo do Prof. Zelmo Denari: A e B adquirem um imóvel, obrigando-se A por 3/4 partes ideais e B pelo remanescente. Enquanto no campo do direito privado, se a solidariedade passiva não foi expressamente pactuada, há simples concurso de obrigados e o credor só pode exigir cumprimento proporcional; no plano tributário subsiste a comunhão de interesses aludida no artigo 124-I do CTN e a relação de solidariedade se mantém íntegra, podendo o Fisco exigir de A ou B, a seu exclusivo critério, a totalidade do imposto sobre transmissão incidente. A exceção refere-se à obrigação divisível, em caso de aquisição do imóvel com especificação da área e da responsabilidade de cada adquirente, quando o imposto só poderá ser exigido na proporcionalidade das respectivas cotas.

Ressalta o antes citado mestre que “não há solidariedade paritária dos sócios relativamente às obrigações sociais”, uma vez que o sócio não se coloca *pari gradu* no que se refere ao ente societário, o qual mantém a sua unicidade como pessoa jurídica.

Trata-se, no caso, de solidariedade dependente, cujo fundamento é a comunhão de fins, que se resume no cumprimento total do crédito, da qual trataremos no próximo tópico.

Entende o Prof. Gelson Amaro de Souza, por sua vez, que "a responsabilidade solidária é uma das espécies de responsabilidade tributária, constituindo uma subespécie da sujeição passiva tributária, abrangendo as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal (art. 124, I, CTN), bem como quaisquer outras pessoas que se encontram em situações previamente estabelecidas em lei" (in *Responsabilidade Tributária e Legitimidade Passiva na Execução Fiscal*, p. 61).

Cuida-se de hipóteses legais que não se confundem: na primeira (art. 124-I), há o interesse comum na situação que constitui o fato gerador; na segunda (art. 124-II), não se exige esse interesse, eis que o nexó de solidariedade atribui às pessoas expressamente designadas por lei a responsabilidade pelo pagamento do tributo, como no artigo 134 do Código Tributário Nacional.

Destaca o citado professor que a palavra "lei" deve ser entendida como aquela regularmente promulgada pelo Poder Legislativo, podendo ser federal, estadual ou municipal, conforme a competência legislativa de cada ente público.

2.3 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Reza o artigo 135 do Código Tributário Nacional:

"Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;
II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."

O inciso I faz remissão ao artigo 134, que dispõe:

"Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem res-

ponsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seu filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório."

O mestre Gelson Amaro de Souza (in op. cit., p. 70) alerta para as diferenças entre os artigos 134 e 135, quais sejam:

a) no artigo 134, o terceiro será responsável solidário, enquanto que no artigo 135 a responsabilidade opera-se por transferência ou substituição;

b) no primeiro dispositivo, a responsabilidade inclui os débitos oriundos de tributos e as multas moratórias, consoante exceção prevista no seu parágrafo único; no segundo dispositivo, como não há ressalva, a expressão "créditos correspondentes a obrigações tributárias" inclui, além de tributos, quaisquer espécies de multa, de caráter moratório ou compensatório;

c) no artigo 134, a solidariedade é sucessiva e subsidiária, visto que apenas na impossibilidade de adimplemento pelo contribuinte é que o terceiro responde, desde que tenha tido participação nos atos ou omissões daquele; no artigo 135, o terceiro responde pelo débito no lugar do contribuinte;

d) o primeiro dispositivo confere responsabilidade pela prática de ato ou pela omissão, não importando a licitude ou não; o segundo dispositivo, por sua vez, exige que os atos tenham sido praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Ressalte-se que, por força do inciso I do artigo 135, as pessoas elencadas no artigo 134, quando da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, passarão de responsáveis solidários sucessivos e subsidiários a pessoalmente responsáveis, em substituição ao contribuinte (devedor principal), por tributos e multas, sem a restrição do parágrafo único do artigo 134.

A Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80), no § 1º do artigo 4º, estabelece que o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nas hipóteses de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, responderão solidariamente pelo valor dos bens alienados ou dados em garantia, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, salvo se: a) houver prova da quitação da dívida ativa; b) houver concordância da Fazenda Pública (artigo 31).

Note-se que a responsabilidade é limitada pelo valor dos bens alienados ou onerados.

Tanto os responsáveis, quanto as pessoas enumeradas no § 1º do artigo 4º poderão indicar à penhora bens livres e desembaraçados do devedor. Porém, se os bens do devedor não bastarem para o cumprimento da dívida, os bens dos responsáveis continuarão sujeitos à execução.

Trata-se de um benefício de ordem semelhante ao previsto no Código de Processo Civil, como observa Humberto Theodoro Júnior (in op. cit., p. 36), que ressalta o seu caráter dilatório, pois sua utilização não tem o condão de livrar o responsável da execução. Apenas, pois, o adimplemento total do débito é que liberará o responsável.

Vale destacar a seguinte explicação do Prof. Gelson Amaro de Souza (in op. cit., p. 68):

"Como se vê não são os responsáveis tributários partícipes da situação geradora da obrigação tributária, a esta não se vinculam, apenas se tornam responsáveis por circunstâncias outras, e para o pagamento de dívida tributária originada por outrem."

E ressalta, mais adiante, que "não há necessidade de que o nome do responsável conste do lançamento ou da inscrição da dívida ativa".

O ilustre mestre Humberto Theodoro Júnior, no entanto, discorda do entendimento acima, nos seguintes termos:

"Sendo a execução fiscal regulada pela Lei n. 6.830 puro procedimento executivo, continua, a meu ver, inadmissível, em feito da espécie, pretender a Fazenda o acerto de responsabilidades de terceiros ou coobrigados que não figuraram no processo administrativo e contra quem não se formou o título executivo, que é a Certidão de Dívida Ativa." (in Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência, p. 24).

O embasamento legal em que se funda o citado mestre é o artigo 202 do Código Tributário Nacional combinado com o artigo 2º, § 5º, inciso I, da Lei nº 6.830/80, que classificam o nome do devedor e dos co-responsáveis como requisito essencial do termo de inscrição da dívida ativa.

Data maxima venia, filiamo-nos à posição de Gelson Amaro de Souza, pois entendemos que o responsável, por não ter participação no fato gerador, não é alcançado pelo lançamento, razão por que seu nome não consta da certidão de dívida ativa. A admitir-se o contrário, o responsável não seria terceiro, mas contribuinte direto, tal como definido no inciso I do parágrafo único do artigo 121 do Código Tributário Nacional.

De acordo com o mencionado professor, a necessidade de participação do responsável na ocorrência do fato gerador e a sua nomeação no lançamento e na certidão da dívida ativa decorrem de errônea interpretação do artigo 128 do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário 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 dispositivo em questão também mereceu crítica de Zelmo Denari (in op. cit., p. 55), segundo o qual a palavra "vinculada" deve ser entendida no sentido de "relacionada".

A questão, porém, não comporta mais discussão no âmbito jurisprudencial, como se vê pelas decisões abaixo transcritas:

"Execução fiscal. Sociedade por cota de responsabilidade limitada. Sócio-gerente. Citação. O sócio-gerente de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, responsável por substituição (CTN, art. 135, III), pode ser citado e ter seus bens penhorados, embora seu nome não conste do título executivo. Precedentes (TFR-REsp 18-RJ - Rel. Min. Geraldo Sobral - j. em 25.10.89 - DJ em 20.11.89, p.17.290)." In Antonio Felipe A. Gallo, "A Fazenda Pública e a cobrança judicial dos débitos fiscais", p. 106. "Responsabilidade tributária. Embargos de terceiro. Na execução fiscal contra sociedade por quotas, o sócio-gerente citado em nome próprio não tem legitimidade para opor embargos de terceiro. Jurisprudência pacífica no sentido que o sócio-gerente é responsável, por substituição, pelos débitos tributários em sociedade por quotas (STJ-REsp.4.412-RJ - Rel. Min. Pedro Acioli - j. em 6.2.91 - DJ em 4.3.91, p. 1.968)." In op. cit., p. 115. "Diretor de sociedade anônima. O dirigente de sociedade anônima é sujeito passivo da obrigação tributária por substituição, podendo ser citado e ter seus bens penhorados, sem necessidade da prévia apuração dos atos a que alude o art. 135, caput, do CTN (TFR-AI 54.793-PE - Rel. Min. Torreão Braz - DJ de 13.2.89, p. 588)." In op. cit., p. 145.

3. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A Carta Política de 1988 adotou a teoria de descon sideração da personalidade jurídica desenvolvida na Alemanha (durchgriff) e nos Estados Unidos da América do Norte (disregard of legal entity) em casos de desvirtuamento de sua finalidade, como se pode inferir do artigo 173 § 5º, em transcrição:

"Art. 173:...

§ 5º: A lei, sem prejuízo da responsabili-

dade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Destarte, os sócios não poderão alegar a existência da pessoa jurídica como ente distinto de seus sócios, para se furtarem ao cumprimento e satisfação de obrigações, como enfatizado por Sérgio A. Frazão do Couto, In A Atual Constituição Explicada, Belém: CEJUP, 1989, 4ªed., pag. 186.

Há, porém, que se destacar, os trabalhos acerca da Teoria da Desconsideração efetuados por juristas pátrios, resultando em profícua colaboração aos estudos doutrinários sobre essa teoria, cujo reconhecimento jurídico já se reflete na Consolidação das Leis do Trabalho, Lei das Sociedades Anônimas, no Código de Defesa do Consumidor e, inclusive, no Código Tributário Nacional, como se há de destacar.

Assim, impossível ignorar essa legislação que, por força do princípio da recepção das normas, integrou-se aos ditames do art. 173, § 5º da LEX MAGNA, passando assim, a constituir fundamento jurídico para assegurar a defesa ao direito de entes políticos, inclusive.

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NA DOCTRINA PÁTRIA

As sociedades Comerciais têm sua personalização consagrada pela legislação brasileira através do artigo 20 do Código Civil, que estabelece:

“Art. 20- As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros.

.....
.....

Portanto, através de uma pessoa jurídica, pessoas reúnem seus esforços para realizar empreendimento comum, destinando à empresa apenas parte de seu patrimônio e limitando, dessa forma, os riscos do negócio. Tal separação entre os patrimônios da pessoa jurídica e das pessoas integrantes do quadro societário gera importantes conseqüências no tocante a responsabilidade patrimonial, em

virtude de que pelas obrigações dos sócios da pessoa jurídica não responde o patrimônio da pessoa jurídica bem como pelas obrigações desta não será possível alcançar o patrimônio particular dos sócios, salvo em hipótese previstas em lei.

Portanto, sem desconsiderar o relevante papel das pessoas jurídicas para o desenvolvimento capitalista, faz-se merecida a atenção ao opinamento de RUBENS REQUIÃO citado por RENATO MARTINS PRATES, ob.cit., pag. 107, acerca da separação de patrimônio da sociedade e individual dos sócios:

“Porém, o instituto da personalidade jurídica deu e dá origem a abusos, que negam a sua função social. Pois é certo que, por trás do véu da sociedade, existe o interesse pessoal dos sócios, nem sempre legítimo. Por isto, o mesmo direito que cria o artifício da separação do patrimônio, também indica formas para se superar em alguns casos, esta separação em nome do interesse social. A doutrina da “desconsideração da personalidade jurídica” cumpre exatamente este papel, ao negar, nas palavras de RUBENS REQUIÃO, “o absolutismo do direito da personalidade”.

Desses lúcidos entendimentos defluem, de forma sedimentada, os alicerces da Teoria de Desconsideração da Personalidade Jurídica que a jurisprudência anglo-americana denominou de DISREGARD DOCTRINE e sobre a qual eméritos doutrinadores pátrios ora assim enfeixam o assunto:

“A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity) tem em vistas estabelecer os critérios e o modo pelo qual se pode, penetrando-se sob o véu da pessoa jurídica (piercing the corporate veil), alcançar e responsabilizar os indivíduos e seus patrimônios. A doutrina não nega ou anula a personificação da sociedade, mas em casos concretos, episodicamente, determina a sua eficácia, ou seja, suspende os efeitos de separação dos patrimônios dos sócios e da sociedade.”

(In, RENATO MARTINS PRATES, *ob. cit.*, pag. 108).

"A teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa, justamente, a impedir que essas fraudes e esses abusos de direito perpetrados com utilização do instituto da pessoa jurídica, se consumam. É uma elaboração teórica destinada à coibição das práticas fraudulentas que se valem da pessoa jurídica. E é, ao mesmo tempo, uma tentativa de preservar o instituto da pessoa jurídica, ao mostrar que o problema não reside no próprio instituto, mas no mau uso que se pode fazer dele. Ainda, é uma tentativa de resguardar a própria pessoa jurídica que foi utilizada na realização da fraude ao atingir nunca a validade de seu ato constitutivo, mas apenas a sua eficácia episódica. Em suma, pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o direito pretende livrar-se da fraude e do abuso perpetrados através de uma pessoa jurídica, preservando-a, contudo, em sua autonomia patrimonial." (FÁBIO ULHOA COELHO, em *Desconsideração da personalidade jurídica*, Ed. RT, *pag.* 13/14).

Como se vê, a pessoa jurídica pode ser um instrumento eficaz na realização de fraudes e abusos de direito, em razão, justamente, da autonomia patrimonial em relação aos seus membros, que a caracteriza. Ao direito cabe desenvolver mecanismos que evitem essas fraudes e abusos, com o fim de preservar o instituto da pessoa jurídica.

Registra Fábio Ulhôa Coelho, *ob. cit.*, pag 15: "No Brasil, p. ex., é célebre a passagem de um acórdão relatado por Edgard de Moura Bittencourt, segundo cujos termos" a assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito". Neste caso, como se pode facilmente perceber, o julgador invocou a justiça como o fundamento para afastar a aplicação das regras jurídicas atinentes à separação patrimonial entre os bens da

pessoa jurídica e os pertencentes a seus membros.

E é com fundamento na justiça e sobretudo, a partir da promulgação da Carta Política de 1988 que vem se afirmando os contornos jurídicos em que deve evoluir a DISREGARD DOCTRINE, sabendo-se que legislações pátrias já acolhem essa teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como se há de demonstrar.

O artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, estatui que:

Art. 2º:

“sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outras atividades, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma de suas subordinadas. (grifado não no original).”

A Lei nº 6404/76, que rege as Sociedades Anônimas, no artigo 117 e 158 acatam a teoria da desconsideração, prevendo a responsabilidade pessoal do acionista controlador, nos termos especificados nos referidos artigos, em transcrição:

“art. 117: O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.”

“art. 158: O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelo prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.”
(grifado não no original).

A Lei nº 8078/90 que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê algumas hipóteses da DISREGARD DOCTRINE, em casos de lesão ao direito do consumidor, como se pode observar do artigo transcrito:

“Art. 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.” (grifado não no original)

A Lei nº 5172/66 - O Código Tributário Nacional, oferece exemplos de desconsideração de personalidade jurídica, como é o caso do art. 124, inciso I, que trata da solidariedade tributária passiva e do artigo 135, referente à responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado, como se pode observar a seguir:

**Art. 124: São solidariamente obrigados:
I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal**

II -

Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigação tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.
(grifado não no original).

Todos os dispositivos legais destacados, acatam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica que no dizer sintético de RUBENS REQUIÃO, autoriza o juiz a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, em relação às pessoas que a compõem, sempre que a mesma for utilizada como instrumento na realização de fraudes ou abuso de direito.

E continua o emérito jurista nacional:

“Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica para, penetrando no seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos”

Cabe ressaltar que o ponto de partida para melhor esclarecimento dos fundamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica repousa no estudo dos institutos da fraude e do abuso do direito, à luz do Direito Civil, como aqui destacado, exigindo o assunto que se lhe delineie os contornos específicos em matéria tributária, por exemplo.

E essa assertiva pode ser constatada, bastando para tanto buscar ensinamento do mestre dos mestres Clóvis Beviláqua, em Teoria Geral do Direito Civil, 2ª ed. histórica, revista e atualizada pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira, pag. 226 e 227, que assim se expressou: “o vocábulo fraude trouxe do direito romano uma certa vacilação de significado, que passou para o direito francês e o pátrio. Realmente, os romanos, umas vezes, designavam por *fraus*, qualquer ardid ou embuste empregado no intuito de enganar; outras vezes, *fraus* equivalia à simulação, como na frase *fraudem legi faceri*. Nosso Código de Comércio também emprega fraude como sinônimo de simulação, e Coelho da Rocha no-la apresenta como equivalente a dolo. Teixeira de Freitas, porém, acentuou a distinção que se deve fazer entre os dois vocábulos, e fixou a noção de fraude”. E a define o emérito civilista como “O artifício malicioso para prejudicar terceiro.”

Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira, afirma que fraude é: “segundo os princípios assentados em nosso direito, em consonância com as idéias mais certas, a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro, e tanto se insere no ato unilateral (caso em que macula o negócio ainda que dele não participe outra pessoa), como se imiscuir no ato bilateral (caso em que a maquinação é concertada entre as partes).” E, depois de diferencia-la dos demais vícios dos atos jurídicos, prossegue: “Na fraude, o que estará presente é o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhe a garantia geral que deve encontrar no patrimônio do devedor. Seus requisitos são a má-fé, ou malícia do devedor, e a intenção de impor prejuízo a terceiro.

Mas, modernamente, e digamos, com mais acuidade científica, não se exige que o devedor traga a intenção deliberada de causar prejuízo (*animus nocendi*); basta que tenha consciência de produzir o dano."

Tem-se, desse modo, oferecidos pelos eméritos juristas os subsídios a configuração da fraude como pressuposto da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Dessa sorte, a fraude que enseja a aplicação da teoria sob enfoque pode ser definida como "o artifício malicioso para prejudicar terceiro", não se limitando este terceiro aos credores, mas abrangendo qualquer sujeito de direito lesado em seus interesses jurídicos.

Quanto a questão do abuso de direito, sabe-se que seu fundamento designa a necessidade de impor limites éticos ao exercício do direito.

Em seu clássico "Abuso de direito e o ato ilícito", Pedro Batista Martins, apud. Rubens Requião "Curso de direito comercial", volume I, pag. 73, assim sintetiza o assunto: "o titular de um direito que, entre vários meios de realizá-los, mais danoso para outrem, não o é mais útil para si, ou mais adequado ao espírito da instituição, comete, sem dúvida, um ato abusivo, atentado contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas."

Configurada a hipótese descrita, cabe coibir o abuso através das aplicações da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, se a prática abusiva se fizer com o uso do expediente da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Esta é a conclusão de Fábio Uchôa Coelho, *ob. cit.*, pag. 58.

Outra hipótese de aplicação da teoria desconsideração da personalidade jurídica pode ser identificada como é o caso decorrente da venda de firma individual para outro titular ou quando cotistas, acionistas ou sócios transferem a sociedade para os chamados "titulares de ferro" ou "agentes laranjas", pessoa geralmente sem qualificação, idoneidade moral, ética e financeira que, mediante pagamento assume o controle da sociedade, tornando-se os "novos sócios".

Em verdade, uma pesquisa mais apurada sobre tais pessoas, trará a tona que:

- a) Não tem lastro financeiro nem cadastro confiável;
- b) Não têm bens ou patrimônio em seu nome ou no de seu cônjuge;
- c) Não têm capital, nem crédito ou experiência no ramo de comércio;

d) Na maioria, são pessoas falidas, com títulos protestados ou com antecedentes de estelionato;

e) Muitas vezes, são modestos comerciários, pequenos comerciantes ou mesmo autônomos.

Dessa sorte, as alterações contratuais devem ser decretadas ineficazes perante Fazenda Pública, por exemplo. E comprovados esses fatos, a Fazenda Pública poderá invocar a teoria de desconsideração da personalidade jurídica e requerer a penhora sobre os bens dos sócios cotistas, gerentes, diretores, ou acionistas controladores da sociedade "transferida" ou "venda" para "os laranjas", porque, nesse caso, há a presunção legal que todos os sócios participaram da fraude e auferiram vantagem ilícita, deixando de pagar dívidas para com o fisco. Assim, tornar-se-ão responsáveis pessoais pelos ilícitos todos aqueles que forem co-autores em conluio com os sócios, sucessores, ou "laranjas", sobretudo diante de venda, cessão, alienação ou transferência da firma, ou com "pagamento à vista", embora se saiba que nenhum numerário foi movimentado. Tal fato constitui falsidade ideológica com o objetivo de mascarar uma simulação para ludibriar a Fazenda Pública, através da aparência de um negócio ilícito.

Para bem aclarar e corroborar a presente exposição cabível trazer a liça os ensinamentos e ponderações sobre o assunto esposados por Samuel Monteiro, em "Tributos e contribuições, Tomo II, Ed. Humus, 1ª ed., 1990, pag. 138, a seguir:

"A falsidade ideológica nesse caso exige um bom inquérito policial onde os interrogatórios dos ex-sócios, ex-acionistas, ex-gerentes ou ex-diretores, em confronto com os documentos e provas que demonstrem a inidoneidade dos laranjas e a existência dívida fiscal da sociedade vendida, além do que, os laranjas não desembolsaram nada, porque não tinham disponibilidades econômicas ou financeiras.

Do confronto a falsidade ideológica com todos os seus componentes; as finalidades da operação: não pagar o fisco; e o prejuízo patrimonial causado à Fazenda Pública, nomeadamente se com a venda da firma ou sociedade, os antigos proprietários entregam-na limpa e sem bens suficientes para saldar a dívida para com a Fazenda. O

depoimento do contador, do advogado ou do escritório de contabilidade que minutou o documento, é essencial para a apuração dos fatos."

Caracterizando a hipótese de sucessão por quaisquer dos atos que resultem a transferência dos bens e direitos de uma sociedade, sobretudo existindo dívidas para com o fisco, cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ficando autorizada, no exatos termos abordados por Samuel Monteiro, ob. cit., pág. 135, em transcrição:

"É cabível a penhora de bens de uma pessoa jurídica por dívidas tributárias, previdenciárias, de contribuições sociais ou de seguro social, devidas por outra pessoa jurídica, se ambas têm pelo menos um sócio comum: ou um diretor, ou sócio-gerente comum a ambas as pessoas jurídicas, ainda que não seja majoritário, se a executada desapareceu, foi desativada, transferiu seus bens de comércio, de indústria, de prestações de serviços, ou seu patrimônio social para outra pessoa jurídica associada, coligada, controlada ou subsidiária, ainda que através do elo de ligação: o sócio comum a ambas as sociedades; ou eventualmente um sócio-gerente ou diretor comum às duas pessoas jurídicas. Aplica-se aqui e agora a teoria "desconsideração da personalidade jurídica" como sujeito de direito autônomo e independente, para deslocar a responsabilidade tributária da sociedade executada que desapareceu para aquela existente".

E arremata sobre o tema o mesmo autor, às fls. 135:

"A fraude fiscal visada pela manobra não pode prevalecer contra os interesses públicos representados pelo crédito público, legitimamente constituído; além do que, nesse caso, haveria a ocorrência de uma inegável sucessão de fato, isto é, sem que houvesse um acordo, pacto ou ajuste escrito,

tal ajuste existiu implicitamente, no sentido de não pagar os tributos, as contribuições previdenciárias ou sociais outras e o seguro social devidos, através do meio fraudulento empregado: desativar, alienar, ceder, transferir o patrimônio de uma das sociedades, como meio de fazê-la desaparecer, além de causar dificuldades ou tentar impedir a Fazenda Pública de caracterizar a responsabilidade, pois nesses casos, os livros, os documentos e os arquivos também desaparecem".

Há, por fim, a destacar, que no caso de incorporação de firma a transformação da sociedade, presentes os indícios de fraude, possível, a aplicação da teoria de desconconsideração da personalidade jurídica, sendo relevante adotar-se orientação apontada também por SAMUEL MONTEIRO, ob. cit. pág. 136/137:

"Firma incorporada. Sociedade transformada.

Ocorre quando a firma individual de um dos cônjuges ou parentes é transformada em sociedade, mediante admissão de sócios (amigos ou parentes) e assim desaparece, ficando devedora de tributos, contribuições previdenciárias, e demais créditos públicos, mas sem patrimônio que suporte a execução fiscal, já que seus bens foram incorporados à nova sociedade, muitas vezes formada por marido e mulher, (v.g. uma limitada que se forma com o patrimônio da firma individual extinta de direito ou de fato, e na qual o marido ou um parente próximo é o cotista majoritário.

Comprovando a Fazenda Pública que a transformação ou incorporação tinha como objetivo-mor a fraude fiscal, deixando a descoberto, sem bens e sem patrimônio suficientes para cobrir as dívidas da firma individual ou sociedade extinta, aplicar-se-á a desconconsideração da pessoa jurídica, e os bens das pessoas físicas responsáveis

serão penhorados até o limite suficiente para quitar todas as dívidas das firmas individual ou sociedade extinta. vale dizer. os bens dos sócios da nova pessoa jurídica ou da sociedade existente. na qual ingressaram os ex-sócios da devedora executada ou o titular da firma individual executada. A penhora, nesse caso, deve atingir apenas os bens dos que participaram da trama fraudulenta contra o erário público, não se podendo generalizá-la, a pretexto de ocorrência de conluio entre os sócios, acionistas, ou dirigentes da sociedade extinta ou com o titular da firma individual extinta, isto é, incorporada ou transformada. O conluio pode deixar indícios veementes, mas, em se tratando de penhora ou arresto que vai atingir o direito de propriedade, representará sem pre um ato de "violência legal" que para sua aplicação deve se lastrear em provas cabais e robustas e não em aparências de indícios, por mais veementes que sejam. Os indícios servem de ponto de partida para o início de investigação e produção das provas periciais citadas, mas não se prestam a servir como prova final."

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Paulatinamente, a jurisprudência pátria vem incorporando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. As decisões trazidas a colação enfrentam ou acentuam a tese da desestimação da pessoa jurídica, pelo menos em sentido amplo, abrangendo casos de abuso da personalidade jurídica com vistas à realização de fraude ou quando o desconhecimento é condição de aplicação de norma jurídica.

Verificar-se-á que a construção jurisprudencial da disregard doctrine tem sido feita com cautela e aplicando disposições relativas aos vícios do ato jurídico, entre os quais - o dolo, a fraude e a simulação.

Assim foi, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 94066, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, sendo relator o Min. Clóvis Ramalhete decidiu:

"... Personalidade Jurídica. Possível desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica sob o controle de pessoa física, se ambas em conjunto atuam para fraude a direito de terceiros. Aplicação de teoria inglesa e norte-americana da "disregard of legal entity" surgida no direito mercantil mas aplicável igualmente no civil, como tributação." (cf. ementa do acórdão, no Diário da Justiça da União de 02.04.1982, pág. 2885).

De igual modo, a 4ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, por sua vez, em julgamento em que se analisavam os contratos de uma empresa americana com sua filial brasileira, deliberou no seguinte sentido:

"Direito Tributário. Empréstimo entre empresa holding, no exterior e subsidiária no Brasil, que não passa de filial. Efeitos. Possível desconsiderar-se a personalidade jurídica da subsidiária, sob controle absoluto da empresa holding estrangeira, se comprovado que ambas estão em conluio para fraudar o fisco. Desnecessidade de norma expressa autorizando a aplicação da disregard doctrine, para tributação das reservas formadas visando à variação de câmbio e das deduções realizadas a título de pagamento e juros". (Apelação em mandado de segurança nº 92.966-RJ, apud OLIVEIRA, Ricardo Mariz, Elisão e evasão fiscal, in MARTINS, Ives Gandra da Silva, coordenadas da ob. cit. pág. 186).

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Em se tratando de direito tributário, o tema da tese da

DISREGARD DOCTRINE ganha contornos distintos de sua aplicação em outros ramos do direito, tais como na legislação do trabalho.

É evidente que o direito tributário lastreia-se no princípio da legalidade para o qual a Constituição Federal editou o artigo 153, § 2º.

Em decorrência, cabe à lei a definição da hipótese de incidência tributária e a determinação do sujeito passivo da obrigação tributária.

As peculiaridades da legislação tributária terminaram por dificultar a aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica, em virtude da polêmica que sempre cercou o tema em questão, enfeixado no entendimento de que a tipicidade característica do direito tributário excluiria a desconsideração da pessoa jurídica, por inexistir previsão normativa.

E esse entendimento corresponde à natureza pública do direito tributário que somente admite a prática de ato desde que previsto em lei.

MARÇAL JUSTEN FILHO, in Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro, SP., Ed. RT., 1987, pág. 110, aborda esse aspecto registrando:

"Diante de tais fundamentos jurídicos, a própria legislação tributária começou a adotar regras destinadas a evitar o êxito da utilidade abusiva das sociedades personificadas. Assim, consagraram-se medidas de cunho desconsiderativo e os tributaristas passaram a aludir à "transparência tributária" das pessoas jurídicas."

Em nosso direito positivo, a matéria foi tratada no artigo 135 do CTN, e, indubitavelmente, não previa expressamente a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, tanto que abrange não só sociedades personificadas, como também outras situações distintas tais como mandatários, prepostos e empregados, destacando sobretudo a conduta abusiva.

Por outro lado, a menção a atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, a contrato social ou estatutos, denota a vinculação desse dispositivo ao aspecto da representação.

Em suma, a regra do artigo 135 do CTN, despertou atenções por parte da doutrina por uma crescente vinculação com a teoria da desconsideração da personificação societária que consistirá na suspensão da eficácia da distinção entre pessoas para

permitir a incidência de uma certa previsão tributária.

Assim, possível afirmar-se que a evolução da legislação tributária parece orientar-se no sentido de disseminar a aplicação da desconsideração da personificação societária sempre que normas tributárias impositivas de obrigação tributária principal ou acessória possam ter sua aplicação frustrada em decorrência das regras pertinentes à figura da pessoa jurídica.

Vale dizer que para fins de direito tributário a personalidade jurídica, em princípio, deve ser respeitada, ressalvada as exceções previstas em normas legais específicas para determinadas situações, destacando-se que tais exceções jamais devem ser confundidas com casos de fraude ou simulação.

"No direito tributário, a desfunção que acarrete, direta ou indiretamente, a frustração do interesse do fisco só pode ser combatida através do princípio da legalidade. E isso porque a desfunção nunca pode ser afastada com sacrifício da certeza e da segurança."

"O legislador necessita, assim, prever a hipótese de desfunção, tipificá-la (através de modelos fechados) e determinar a desconsideração." Esses são os ensinamentos serenos de MARÇAL JUSTEN FILHO, ob. cit., pág.115/116.

Extraí-se disso tudo que, no direito tributário que trilha o caminho da certeza e da segurança social, para consagração e aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica a esse ramo do direito público, cumpre venha o legislador a expedir regra expressa nesse sentido.

5. CONCLUSÕES

1. A Execução Fiscal não deve se exaurir nos limites da lei de execução fiscal, admitindo-se a busca do recebimento do crédito tributário mediante o exaurimento dos institutos da solidariedade e da responsabilidade tributárias previstos no Código Tributário Nacional, devidamente adequados à realidade social.

2. A fraude e o abuso de direito têm impulsionado a aceitação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou DISREGARD OF LEGAL ENTITY, no Poder Judiciário.

3. A teoria do desimpedimento da pessoa jurídica, que consiste na ineficácia da personificação societária, não equivale às questões de fraude e de abuso de direito, institutos esses vinculados à existência ou validade de atos jurídicos.

4. A realidade social impõe que seja enfrentado o inevitável conflito entre a concepção do direito individualista e libertário, fortalecida pelos exageros de um formalismo exacerbado, e outra concepção social e igualitária, cujo exagero leva ao arbítrio e à insegurança, em nome da vontade do Fisco.

5. O Direito Tributário deve conciliar os interesses do Fisco com os dos contribuintes, fazendo-o não por mero ideal filosófico, mas por respeito aos princípios da legalidade e da capacidade contributiva, que devem balizar a interpretação da lei para solução dos casos concretos de executivos fiscais.

6. Ademais, tendo a LEX MAGNA adotado a teoria da desconsideração da pessoa jurídica no artigo 173, § 5º, ganha esse instituto a mola propulsora para dilargar-se a todos os ramos do direito.

7. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, já aplicada na CLT, na Lei das S/A e no Código de Defesa do Consumidor, deve merecer aprofundamento em seus estudos, de sorte a delinear hipóteses e modelos próprios e fechados para aplicação na legislação tributária, preservando-se os princípios constitucionais afetos ao direito tributário e respeitando-se a natureza pública imanente desse regramento jurídico.

8. Por fim, como afirmado no corpo do presente trabalho, conclui-se que a Teoria de desconsideração da Personalidade Jurídica também aplicável ao direito tributário por construções doutrinária e jurisprudências, merece receber autorização legal expressa para sua aplicação, dando maior consistência na defesa do Estado.

5. BIBLIOGRAFIA

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

COELHO, Fábio Uihôa "Desconsideração da Personalidade Jurídica", S.P., Ed. RT, 1989.

COIMBRA, José dos Reis Feijó, "COMO SE ADVOGA NA ÁREA FISCAL", 2ª ED., RJ, LIVLEX Soc. Editorial e EDC Ed. Didática e Científica, 1986.

COUTO, Sérgio Alberto Frazão do, "A atual Constituição explicada", 4ª ed., Belém, ED., CEJUP, 1989.

DENARI, Zelmo. "Solidariedade e Sucessão Tributária. SP., Saraiva, 1977.

JUSTEN FILHO, Marçal "Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro." SP, Ed. RT, 1987.

GALLO, Antônio Felipe A. "A Fazenda Pública e a cobrança judicial dos débitos fiscais" , 2ª ed., SP.. RT, 1992.

MONTEIRO, Samuel, "Tributos e Contribuições" . TOMO II, SP., Hemus Editora, 1990.

NASCIMENTO, Carlos Valder do "Dívida Ativa" , RJ.. Forense, 1988.

PACHECO, José da Silva "Comentários à nova lei de execução fiscal: Lei 6830/80 de 22.09.80. SP., Saraiva, 1981.

PRATES, Renato Martins, "Interpretação Tributária e a questão da evasão Fiscal", Belo Horizonte, Del Rey. 1992.

SOUZA, Gelson Amaro de. "Responsabilidade Tributária e Legitimidade passiva na execução fiscal" , SP.. Ed. Data Juris.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, "Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência" , 3ª ed.. SP., Saraiva. 1993.

DIREITO DE GREVE NO BRASIL

ALDEMAR AUGUSTO ARAUJO JORGE DE SALLES *
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE *

Tese apresentada e aprovada no XX CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, na cidade de Fortaleza-CE, no período de 24 a 28/10/94

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. CONCEITO
3. BREVE HISTÓRICO
4. O DIREITO DE GREVE NO SETOR PRIVADO
5. A ATUAL LEI DE GREVE BRASILEIRA
6. O DIREITO DE GREVE NO SETOR PÚBLICO
7. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM CASOS DE GREVE
8. CONCLUSÕES
9. BIBLIOGRAFIA

* Procuradores do Estado do Amazonas

1. INTRODUÇÃO

Nosso objetivo, ao iniciar este trabalho, não foi exaurir o tema (seria muita pretensão), mas abordá-lo de maneira acadêmica, através da pesquisa, da reflexão e da discussão, com intuito de aprofundar o conhecimento individual.

Assim, procuramos fazer uma síntese da evolução do direito de greve no Brasil, tecendo algumas considerações sobre o movimento paredista no âmbito privado e a vigente lei de greve, a título de ilustração, abordando a questão da greve no setor público e finalizando com a utilização da ação civil pública.

Na elaboração da presente tese, tivemos a oportunidade de nos deter e aprofundar nas questões mais relevantes e polêmicas a respeito do tema, que suscita divergências doutrinárias acerca da auto-aplicabilidade da norma insculpida no artigo 37, inciso VII, da Carta Magna, promulgada em 05/10/88, pois, pela primeira vez na história do ordenamento positivo brasileiro, o direito de greve dos servidores públicos encontrou assento constitucional.

2. CONCEITO

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 270) definiu greve como "abandono ou paralisação coletiva de trabalho, por empregados ou servidores públicos, com o fim de obtenção de forçarem o atendimento de reivindicações empregatícias".

O Dicionário Aurélio Escolar da Língua Portuguesa (São Paulo: Nova Fronteira, 1988, p. 330) conceituou greve como "recusa, resultante de acordo de operários, estudantes, funcionários, etc., a trabalhar ou a comparecer onde o dever os chama, enquanto não sejam atendidos em certas reivindicações; parede".

Observe-se, desde logo, que o exercício legítimo do direito de greve tem por objetivo o atendimento de reivindicações empregatícias.

Após uma leitura atenta das definições retrocitadas, verifica-se que os autores fazem menção aos servidores públicos ou funcionários, com certeza no entendimento de que o direito de greve, já por algum tempo previsto na legislação brasileira, sem sombra de dúvidas integra o patrimônio de direitos assegurados a todos aqueles que prestam serviços à Administração Pública.

3. BREVE HISTORICO

A greve deixou de ser considerada crime com o advento do Decreto nº 1.162, de 12/12/1890.

A primeira Constituição a tratar da matéria foi a de 16/11/1937, que, em seu artigo 139, declarou a greve e o "lockout" como recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e, portanto, "incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional".

O Decreto-Lei nº 9.070/46, que pode ser considerado como a primeira lei sobre o assunto, modificou profundamente a natureza jurídica da greve. Embora editado sob a égide da Constituição Federal de 1937, foi reputado constitucional pela jurisprudência.

Em consequência, com a promulgação da Constituição Federal de 18/09/46, a greve passou a ser direito constitucionalmente garantido (artigo 158), mas seu exercício dependia de regulamentação mediante lei complementar.

Veio, então, a Lei nº 4.330, de 01/06/64, que limitou o exercício do direito de greve à "melhoria ou manutenção das condições de trabalho".

A Lei nº 4.330/64 foi derogada pela Carta Magna de 1967, cujo artigo 158 assegurou expressamente o direito de greve, ressalvado o parágrafo 7º do artigo 157. Tal dispositivo proibiu o exercício da greve nos serviços públicos e atividades essenciais (artigo 162), que foram enumeradas pelo Decreto-Lei nº 1.632, de 04/08/78.

A Emenda Constitucional nº 01/69 manteve a mesma redação da Carta de 1937, alterando apenas os números dos artigos retro citados.

Na atual Carta, promulgada em 05/10/88, o assunto comporta uma análise em dois níveis: a) dos trabalhadores em geral; b) dos servidores públicos.

4. DIREITO DE GREVE NO SETOR PRIVADO

No que diz respeito aos trabalhadores em geral, o artigo 9º assegurou o direito de greve, dispondo, ainda, que lhes compete decidir sobre a oportunidade de seu exercício e sobre os interesses que devam defender através dele.

No entender dos mestres Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 537), "a nota mais característica do dispositivo sob comento é a sua excessiva liberalidade", pois, tal como definido, o direito de greve ganhou "a aparência de uma faculdade

exercitável pelo trabalhador de forma unilateral (...)"

Com efeito, a atual Constituição, inspirando-se nas Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), ampliou o direito de greve, inclusive nos serviços e atividades essenciais, atendidas as necessidades inadiáveis da comunidade, e no serviço público.

Todavia, permitimo-nos discordar, valendo-nos dos ensinamentos do ilustre Prof. Octávio Bueno Magano, constantes do artigo "Greve" (publicado in Revista LTr 56/08/911-912, agosto/92), acerca dos condicionamentos implícitos para o exercício do direito de greve decorrentes da interpretação sistemática da Constituição Federal, quais sejam:

a) a greve não pode continuar após o julgamento pela Justiça do Trabalho;

b) o artigo 9º está inserido no capítulo que cuida da melhoria da condição social do trabalhador, razão por que os interesses a serem defendidos através da greve só podem estar se referindo aos que objetivem a melhoria de condições de trabalho, excluindo-se a possibilidade de greves políticas;

c) a greve não pode ser exercida com coerção daqueles que querem prosseguir trabalhando, pois o direito ao trabalho também é garantido constitucionalmente;

d) será ilícita greve com ocupação do estabelecimento do empregador, já que o inciso XXII do artigo 5º assegura o direito de propriedade.

Assim sendo, conciliando o direito de greve tal como definido constitucionalmente com os demais direitos e princípios insculpidos na Carta Magna e com as disposições contidas na Lei de Greve em vigor, temos que a norma do artigo 9º, apesar da aparente liberalidade, encontra limites e restrições.

5. A ATUAL LEI DE GREVE BRASILEIRA

Em cumprimento ao parágrafo 1º do artigo 9º da Lei Magna, foi editada a Lei nº 7.783, de 28/06/89, que revogou expressamente a Lei nº 4.330/64 e o Decreto-Lei nº 1.632/78 (art. 18).

O artigo 1º limitou-se a reproduzir o artigo 9º da Carta atual.

O artigo 2º trouxe a definição de greve: "suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador".

De acordo com o artigo 3º, "frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho". Nestes termos, depreende-se que a

negociação constitui condição prévia ao exercício da greve. No entanto, como a Constituição Federal não restringiu o direito de greve à prévia negociação (ao contrário, ampliou-o, delegando competência aos trabalhadores sobre a oportunidade de seu exercício e para decidir os interesses a defender, bem como estendendo-o ao serviço público), entendemos que a lei de greve não poderia tê-lo feito.

O parágrafo único do artigo 3º cuidou da notificação a entidade patronal ou aos empregadores diretamente interessados, que deverá ser feita com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.

Quanto aos serviços ou atividades essenciais, o prazo mínimo é de 72 (setenta e duas) horas e os usuários também devem ser comunicados (art. 13).

A entidade sindical cabe a convocação da assembleia geral, na forma prevista no estatuto, para deliberação sobre as reivindicações da categoria e sobre a deflagração e cessação da greve. Não havendo entidade sindical, será constituída comissão de negociação, através de eleição em assembleia geral dos trabalhadores interessados (art. 4º e parágrafos).

Cabe à entidade sindical e à comissão representarem os interesses dos trabalhadores nas negociações e na Justiça do Trabalho (art. 5º).

O artigo 6º cuidou dos direitos dos grevistas, cujo elenco é meramente exemplificativo. Tanto empregados quanto empregadores não podem se utilizar de meios que violem os direitos e garantias fundamentais do homem (parágrafo 1º). A lei de greve cuidou de proibir, por parte das empresas, o uso de meios para constranger o empregado a comparecer ao trabalho ou frustrar a divulgação do movimento (parágrafo 2º), mas também garantiu o direito de livre acesso ao trabalho e o direito à propriedade, em seu parágrafo 3º do art. 6º.

A participação na greve suspende o contrato de trabalho (art. 7º), sendo proibida a rescisão, assim como a contratação de trabalhadores substitutos (parágrafo único do art. 7º), ressalvadas as hipóteses dos artigos 9º e 14.

A iniciativa de acionar a Justiça do Trabalho, a quem compete decidir sobre a procedência ou não das reivindicações dos grevistas, cabe a qualquer das partes, bem assim ao Ministério Público do Trabalho (artigo 8º).

O artigo 9º prevê a manutenção em atividade de equipes de trabalhadores, através de acordo entre as partes, para o fim de

garantir os serviços cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável ou sejam essenciais à retomada das atividades da empresa. Caso não haja acordo, o empregador tem o direito de contratar os serviços necessários (parágrafo único).

O artigo 10 enumerou taxativamente os serviços ou atividades considerados essenciais. Os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores são obrigados a garantir a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 11), cuja definição está no parágrafo único do artigo 11: são aquelas que, caso não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Consoante o artigo 12, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis, na hipótese dos sindicatos, empregadores e trabalhadores não o fizerem.

Nos termos do parágrafo 2º do artigo 9º da Carta de 1988, "os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei". O artigo 14 da vigente lei de greve cuidou da caracterização do abuso do direito de greve: inobservância das regras da lei de greve e manutenção da greve após celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. O seu parágrafo único abriu exceção, ao dispor que, na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa, a paralisação que vise exigir o cumprimento de cláusula ou que decorra da superveniência de fato novo modificativo da relação de trabalho não constitui abuso do exercício do direito de greve.

O artigo 15 dispõe sobre apuração da responsabilidade por atos praticados durante a greve, conforme a legislação trabalhista, civil ou penal. O Ministério Público, de ofício, deve requisitar a abertura de inquérito e, havendo indício da prática de delito, oferecer denúncia (parágrafo único).

A lei de greve proibiu a prática do lockout com o propósito de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos trabalhadores (art. 17), assegurando aos empregados o direito à percepção dos salários referentes ao período da paralisação (parágrafo único).

De nossa parte, concordamos com a Profª Suzete Carvalho, quando conclui que "(...) excetuadas as limitações específicas que a constituição remete à disciplina legal, não poderia o intérprete construir teorias restritivas do direito, em especial no âmbito de sua aplicação, que é o Poder Judiciário" (artigo "Greve - Uma questão sempre polêmica", publicado in Revista LTr 57-07/832).

Destarte, assim como a citada professora, entendemos que

a atual Lei de Greve brasileira padece do vício de parcial inconstitucionalidade, pois veio dispor sobre o exercício do direito de greve, isto é, regulamentá-lo. No entanto, a atual Carta autorizou lei ordinária a definir as atividades essenciais e dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, tão-somente.

6. O DIREITO DE GREVE NO SETOR PÚBLICO

Quanto aos servidores públicos, dispõe o inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal que "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar".

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, não cuidou da matéria.

A Lei nº 7.783, de 28/06/89, em seu artigo 16, reza que: "para os fins previstos no art. 37, inc. VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido".

Ressalte-se que, antes da promulgação da vigente Constituição, a despeito de existir proibição, foram muitas as greves no setor público.

O Prof. Arion Sayão Romita, em conferência proferida no "Seminário sobre o Servidor Público diante do Direito do Trabalho" (publicada in Revista LTr 56-07/789-808, julho/92), identifica duas correntes doutrinárias:

a) a primeira entende que, enquanto a lei complementar a que se refere o inciso VII do artigo 37 da Carta Magna não for promulgada, o exercício do direito de greve no setor público não é permitido, pois a norma constitucional não é auto-aplicável;

b) a segunda considera que a Constituição reconhece o direito de greve no setor público, pois aboliu a proibição anterior, mas a norma insculpida no inciso VII do artigo 37 tem eficácia contida, ou seja, embora incidindo imediatamente, terá que se submeter aos limites e restrições a serem estabelecidos por lei complementar. Enquanto esta não for promulgada, o direito de greve pode ser exercido nos termos da atual lei de greve (Lei nº 7.783/89).

Em outra oportunidade, filiamo-nos ao entendimento do citado mestre, segundo o qual "a consagração da tese sustentada pela primeira corrente doutrinária acima referida conduzirá à recusa do exercício de um direito que a Constituição promete ao servidor".

Todavia, diante do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 20-4/ Distrito Federal (Rel. Min. Celso de Mello - Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil - Requerido: Congresso

Nacional), entendemos que a matéria não comporta mais discussão.

O voto do Relator Ministro Celso de Mello (publicado na Revista LTr 58-06/646-54), que prevaleceu como entendimento sobre a questão, foi no sentido do deferimento do mandado de injunção, "(...) para, reconhecendo a mora do Congresso Nacional do adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo da União, com o objetivo de que faça editar a lei complementar necessária à viabilização do exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve que lhes foi assegurado pelo ordenamento constitucional".

Destacamos, abaixo, alguns trechos do voto do Ministro Celso de Mello:

"A regra inscrita no art. 37, VII, da Carta Política - norma constitucional de eficácia limitada - constitui, pois, preceito de integração que reclama, **em caráter necessário**, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado.

(...)

A imprescindibilidade da edição da lei complementar exigida pela norma constitucional em análise - **essencial ao próprio exercício do direito de greve por ela outorgado em favor dos servidores públicos civis** - tem sido reconhecida pelo magistério da doutrina, que assinala, ante a insuficiência dos elementos normativos que compõem a estrutura jurídica do preceito constitucional referido, a sua total inexecutabilidade.

(...)

É irrecusável, pois, que, sem a edição da lei complementar a que se refere o art. 37, VII, da Carta Política, revela-se de todo inviável, **para não dizer ilegítimo, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis**. O ato estatal em questão - não obstante a existência de proposições legislativas ainda em curso no Congresso Nacional (fls. 65/

77 e 79/91) - não foi editado, o que configura o estado de mora em que **evidentemente** incidiu, já passados quase seis anos da promulgação da Constituição, o Poder Legislativo da União." (grifos do Rel. Min. Celso de Mello)

Deve-se levar em consideração que a greve no setor público é mais prejudicial à coletividade (beneficiária) do que à Administração (empregadora). Neste sentido, é a opinião de Vicente José Malheiros da Fonseca (in Revista LTr 57-09/1047): "(...) a greve contra o Estado encerra uma certa dose de paradoxo. De fato, os efeitos nocivos não recaem fundamentalmente sobre a Administração Pública a que se vincula o servidor. Atingem, sim, toda a coletividade. Por isso, o movimento paredista, não raro, se apresenta extremamente injusto."

Diante disso, o argumento de que a vigente lei de greve deve ser aplicada por analogia, pois assegura a continuidade da prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, não merece prosperar, até porque a própria Lei nº 7.783/89 (artigo 16) remeteu à lei complementar a tarefa de definir os termos e os limites em que o direito de greve do servidor público poderá ser exercido.

A jurisprudência tem adotado esse posicionamento, merecendo destaque o acórdão proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 21/06/93, no Recurso em Mandado de Segurança 2769-7/SC (Recorrente: Zelci Maria Lorenzon; Recorrido: Estado de Santa Catarina; Rel. Min. José Dantas - in Revista LTr 57-11/1367):

**"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL
- FUNCIONARIO PUBLICO - DIREITO DE
GREVE**

- Faltas ao serviço. Legitimidade do desconto mandado proceder, tanto porque o direito de greve pende de regulamentação complementar prevista no art. 37, VII, da C.F., como porque, em última análise, a legalizarem-se tais faltas, cumpria ao servidor justificá-las perante a Administração."

No tocante aos servidores públicos militares, é proibida a greve (artigo 42, parágrafo 5º, da Constituição).

7. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM CASOS DE GREVE NO SETOR PRIVADO

Nas palavras do ilustre jurista Ives Gandra da Silva Martins Filho, "sendo a ação civil pública instrumento de que dispõe o Ministério Público do Trabalho para cumprimento de sua missão Constitucional de guardião da ordem jurídica no âmbito trabalhista, temos que o remédio processual em tela não se presta exclusivamente para defender os interesses dos trabalhadores, mas também os dos empregadores e os difusos da sociedade, quando o desrespeito à legislação trabalhista provenha do próprio operariado" (Ação civil pública trabalhista, in Revista LTr 56-07/811).

Caracteriza-se a ação civil pública por ser uma ação de responsabilidade por danos causados, conforme se depreende do artigo 1º da Lei nº 7.347, de 24/07/85.

Assim, o direito de greve exercido abusivamente, de forma a causar danos à sociedade ou ao patrimônio das empresas, enseja a propositura pelo Ministério Público do Trabalho de ação civil pública, com o objetivo de responsabilizar aqueles que promoveram a paralisação abusiva.

O artigo 3º da Lei nº 7.347/85 trata do objeto da ação, que poderá ser:

a) condenação em dinheiro, isto é, aplicação de multa sobre as entidades sindicais que orientaram o movimento abusivo, que reverterá aos cofres públicos ou às empresas, conforme lesados os interesses difusos da sociedade ou o patrimônio dos empregadores (art. 13);

b) cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, cessação do movimento grevista, sob pena de cominação de multa diária (art. 11).

A ação civil pública pode ser proposta no curso da greve, com pedido liminar de retorno imediato ao trabalho, ou após, visando apurar a responsabilidade pelos danos causados.

Ressalta Ives Gandra da Silva Martins Filho o caráter propedêutico da ação civil pública em casos de greve, "no sentido de possibilitar a responsabilização dos entes sindicais promotores de greves abusivas, de forma a evitar que a impunidade represente estímulo para que se continue utilizando abusivamente do direito de greve em detrimento dos interesses maiores da sociedade" (Ação civil pública trabalhista, in Revista LTr 56-07/812).

8. CONCLUSÕES

Ante o exposto, podemos extrair as seguintes conclusões:

a) a atual Carta flexibilizou o direito de greve, tornando possível o seu exercício nos serviços e atividades essenciais, enumerados na Lei de Greve vigente, desde que atendidas as necessidades inadiáveis da comunidade;

b) a Lei de Greve em vigor é inconstitucional, à medida que veio regulamentar o direito de greve, enquanto que a Constituição Federal apenas remeteu à lei ordinária a tarefa de definir atividades essenciais e dispor sobre atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade;

c) no setor público, a Lei Magna autorizou lei complementar a regular a matéria. Contudo, após cinco anos de sua promulgação, nada se fez. Não obstante, nossa opinião é a de que a regra do art. 37-VII não é auto-aplicável, pendendo o direito de greve do servidor público civil de regulamentação, através de lei complementar, não se aplicando a Lei nº 7.783/89;

d) no âmbito privado, o exercício abusivo do direito de greve enseja o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho, visando apurar responsabilidade.

9. BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol.

CARVALHO, Suzete. **Greve - Uma questão sempre polêmica, in Revista LTr 57-07/825 a 833, de julho de 1993.**

FONSECA, Vicente José Malheiros da. **Greve dos Servidores do Estado: Lei Complementar. Problema Atual e Sugestões (exposição feita em Mesa Redonda, no Seminário "Interacadêmico de Direito Social")**, in **Revista LTr 57-09/1046 a 1048, de setembro de 1993.**

MAGANO, Octávio Bueno. **Greve**, in **Revista LTr 56-08/911 a 912, de agosto de 1992.**

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A ação civil pública trabalhista**. In **Revista LTr 56-07/809 a 813, de julho de 1992.**

ROMITA, Arion Sayão. **Servidor Público: sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve (conferência proferida no Seminário sobre Servidor Público diante do Direito do Trabalho, a 15-5-92, patrocinado pelo Instituto Brasileiro de Direito Social)**, in **Revista LTr 56-07/789 a 808, de julho de 1992.**

A LEI DA IMPROBIDADE

* Sílvia Pucú de Stephano

I - INTRODUÇÃO

O dispositivo constitucional que estabelece sanções para os atos de improbidade administrativa - art. 37, § 4º da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 - foi regulamentado pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Publicada a 3 seguinte no Diário Oficial da União, a Lei 8.429/92 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. É oriunda de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, de outubro de 1991, aprovado a 5 de maio de 1992 pela Câmara dos Deputados. A esta voltou por haver sido emendado pelo Senado, que incluíra a corrupção como crime hediondo e a quebra do sigilo bancário como penalidades, emendas consideradas excessivas pela Câmara.

II - POSIÇÃO JURÍDICA DA LEI 8.429/92

Parte da legislação que havia sobre improbidade administrativa à vigência da Lei 8.429 foi por ela revogada, ou sejam, as leis 3.164, de 01 de junho de 1957 e 3.502, de 21 de dezembro de 1958.

A Lei 3.164/57, chamada de lei Pitombo - Godói Ilha, dispunha sobre o registro público obrigatório dos bens do patrimônio privado dos servidores públicos e, como a 3.502/58, denominada lei Bilac Pinto, regulava o seqüestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. Ambas foram formuladas para complementar o texto constitucional

* Sílvia Pucú de Stephano é Procuradora do Estado aposentada. Professora aposentada da Faculdade de Direito da Universidade do Amazonas. Mestre em Direito Político.

de 1946, que prescrevia na parte final do art. 141 sanção específica para o enriquecimento ilícito dos servidores públicos e dos empregados autárquicos. Apesar da amplitude de seus conccritos, das inovações que introduziu e da potencialidade de sua utilização, desde que acorde, na contemporaneidade, com o rito processual em vigor, a Lei 3.502 era um diploma legal sem eficácia no mundo jurídico brasileiro. Não há registro de sua aplicação nos tribunais. Na linguagem popular, "não pegou".

Continuam em vigor as leis 8.026 e 8.027, ambas de 12 abril de 1990, assim como a 8.112, de 11 de dezembro de 1990. As duas primeiras originárias de Medidas Provisórias baixadas a 15 de março de 1990, quando ainda vigia o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - lei 1.711, de 28 de outubro de 1952.

A Lei 8.026 criou novas modalidades de infrações funcionais cometidas através da improbidade, ampliando o elenco das faltas graves passíveis de demissão a bem do serviço público previstas na Lei 1.711; a 8.027 dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos, estabelecendo expressamente a pena de demissão para os casos de improbidade administrativa e o dever de representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder, inovação surpreendente, então. A inteligência de ambas visa à preservação da moralidade administrativa, como forma de controle da administração pública, em consonância com a Constituição de 88.

A lei 8.112/90 incorporou e ampliou o disposto emergencialmente nas leis 8.026 e 8.027. Em seu art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI, dispôs que a pena de demissão será aplicada nos casos de crime contra a administração pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.

A Lei 8.429 consolidou a legislação existente, tipificou os vários atos de improbidade administrativa, disciplinou-lhes o procedimento administrativo e o processo judicial. Além disso instituiu o crime de representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro, quando o autor da denúncia o souber inocente, infração não prevista anteriormente. Nesse caso, a sanção aplicável é a detenção de seis a dez meses, a multa e a indenização por danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

O mérito especial da Lei da improbidade, porém, é considerar sujeito a seus mandamentos qualquer agente público, aí incluídos os agentes políticos - Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Ministros e Secretários de Estado, membros das corporações legislativas (Senadores, Deputados), do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e os representantes

diplomáticos - e, no que couber, todo aquele que, mesmo não sendo agente público, induzir ou concorrer para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficiar, direta ou indiretamente.

Os agentes políticos não estão sujeitos ao rito da Lei 8.429/92 quando os atos atentórios à probidade pública por eles praticados forem crimes de responsabilidade previstos constitucionalmente. Por exemplo, é crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atentar contra a probidade na administração - art. 85, V - definido e regulado pela Lei 1.079, de 10 de abril de 1950 (arts. 4º, V 9º e 13), e cujo processo e julgamento estão previstos nos arts. 51, I e 52, I, da Constituição da República. Entretanto, pela riqueza da tipificação das três classes de improbidade que disciplina, a Lei 8.429 é subsídio valioso à interpretação do art. 85, V da Constituição e do art. 9º da Lei 1.079/50, ao qual acrescenta outras hipóteses. De outra maneira, seria penalizar com maior rigor os agentes públicos não políticos e terceiros, e não teria sentido sua referência continuada (arts. 1º, §§ 2º e 9º) às várias formas de investidura no serviço público: mandato, cargo, emprego ou função, em decorrência de eleição, nomeação, designação ou contratação. Ademais, a imposição do art. 4º, repetindo o disposto no art. 37 da Constituição de 1988 - observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade - aos agentes públicos de qualquer hierarquia, estaria sendo desrespeitada.

A distinção entre as infrações à improbidade administrativa previstas nas Leis 1.079 e 8.429 diz respeito a seu processo de apuração e julgamento. Enquanto os agentes públicos comuns, não privilegiados com prerrogativas e responsabilidades específicas, respondem às imputações através de processo administrativo e judicial, os agentes políticos da mais alta hierarquia o fazem mediante processo e julgamento perante o Senado Federal, sob o comando do presidente do Supremo Tribunal Federal, e, se for crime seu ato de improbidade, em termos penais perante o STF. Em resumo, são formas diferentes de controle de legalidade e moralidade da Administração Pública.

III - ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No segundo capítulo a Lei 8.429 especifica três classes de atos de improbidade: os que acarretam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública. Sem esgotá-los, antes referindo-os notadamente, espelha como a falta de honradez, de honestidade, de integridade pública no trato da coisa pública compromete o funcio-

namento normal das instituições políticas e administrativas no Brasil. São eles:

3.1 - COM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

São atos de improbidade que se caracterizam pela obtenção de vantagem patrimonial indevida em razão de cargo, mandato, função, emprego ou atividade. São, entre outros, o recebimento de dinheiro, bem móvel ou imóvel ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse na ação ou omissão do agente público. Igualmente, a utilização, em obra ou serviço particular, de veículos, máquinas, equipamentos ou material públicos e do trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados pela administração. Também a intermediação, mediante vantagem econômica, de liberação ou aplicação de renda pública, a omissão de ato de ofício, providência ou declaração a que for obrigado.

Merecem destaque, dentre esses atos de improbidade, duas espécies que há muito necessitavam de tipificação, em razão de sua banalidade no serviço público: a aquisição de bens cujo valor é desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público e a aceitação de emprego, comissão, consultoria ou assessoria, enquanto em atividade, de quem tem interesse em suas atribuições administrativas.

A última hipótese, porém, deveria estender a proibição ao imediato afastamento de cargo, função, emprego ou mandato. É que o ingresso de ex-agentes públicos, alguns a nível de Ministro de Estado, em negócios privados onde lhes é possível usar a influência, as informações ou os contatos do cargo que ocuparam é, ao mesmo tempo, causa e efeito de improbidade, há muito detectada nos países desenvolvidos.

Tal prática, à qual deveriam ser criados empecilhos legais e éticos, rescende a suspeição e ilegitimidade, acrescentando mais uma às incontáveis mazelas da administração pública: a de transformar técnicos, professores e profissionais de outras áreas, freqüentemente obscuros, em executivos cobiçáveis pela iniciativa privada. Nem sempre por seus méritos e qualificações, mas por seu conhecimento dos meandros e fraquezas da máquina do Estado com a qual tiveram contato direto.

3.2 - COM PREJUÍZO AO ERÁRIOO

A perda de patrimônio público por desvio, apropriação.

malbaratamento ou dilapidação evidencia ato de improbidade causador de prejuízo ao erário. A Lei 8.429 exemplifica: incorporação do mesmo a patrimônio particular, utilização e doação sem as formalidades legais; sua alienação, aquisição, permuta ou locação por preço inferior ou superior ao do mercado. Da mesma forma, concessão de benefício administrativo ou fiscal e operação financeira em desacordo com normas legais e regulamentares ou com garantia insuficiente ou inidônea; ilicitude ou dispensa indevida de licitação; liberação de verbas públicas sem estrita observância das normas pertinentes e sua aplicação irregular. Finalmente, negligência na arrecadação de tributo ou renda e permissão, facilitação ou ajuda ao enriquecimento ilícito de terceiro.

3.3 - CONTRA PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei da improbidade é enfática ao caracterizar os atos que atentam contra os princípios da administração pública. Conceitua-os como ações ou omissões que violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Entre eles, o que visa a fim proibido em lei ou regulamento: o atraso ou demora de ato de ofício; a falta de prestação de contas; a ilicitude de concurso público e a revelação, antes da respectiva divulgação oficial, de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Com isso a Lei 8.429 acolheu não só exemplos habituais de ocorrências administrativas, como a preocupação da sociedade brasileira com o desrespeito à ética e à lei no âmbito da administração pública e sua exigência da presença moral da justiça e da legalidade nas relações de poder.

IV - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E PROCESSO JUDICIAL

É inovadora a prescrição do art. 14 da Lei 8.429: qualquer pessoa poderá representar à autoridade competente pedindo a apuração de ato ímprobo, desde que se qualifique devidamente e indique as provas de seu conhecimento. Por ela, todo cidadão brasileiro é um agente controlador da moralidade, da legalidade e da regularidade das ações administrativas.

Aceita a representação, a apuração dos fatos no âmbito administrativo é feita de acordo com a Lei 8.112/90, se o representado for servidor federal; se militar, conforme o respectivo regulamento disciplinar.

Num e noutro caso, será designada uma comissão procesante, que dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo. Ambos poderão designar representante para acompanhá-lo.

Se houver fundados indícios de responsabilidade, o Ministério Público ou a procuradoria do órgão ao qual estiver vinculado ou subordinado a agente público pedirá ao juízo competente o seqüestro de seus bens e/ou de terceiro, nos termos dos arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil. O pedido poderá incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior.

A ação principal será proposta pelo Ministério Público e a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público. Julgada procedente a ação civil de reparação de dano ou de perda de bens havidos ilicitamente, a sentença determinará o pagamento ou a reversão a favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

A ação penal não será obstaculizada pela não ocorrência de dano ao patrimônio federal ou aprovação das contas do indiciado pelo órgão de controle interno ou Tribunal de Contas da União. Entretanto, somente em caso de sentença condenatória com trânsito em julgado haverá perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

V - CONCLUSÕES

Não é por falta de suporte legal que se deixa de punir a improbidade pública.

Para ela, além das sanções penais, civis, administrativas e políticas previstas na legislação específica, há todo um elenco de cominações na Lei da improbidade, e para cuja fixação o juiz levará em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido. Sejam elas a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, o ressarcimento integral do dano, multas, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três a dez anos, tais penas começam a ser utilizadas no direito brasileiro, como uma comprovação da necessidade de maior controle dos atos do agente público, tanto para defesa dos direitos da administração, como dos administrados.

SUSPEIÇÃO POR MOTIVO DE FORO ÍNTIMO

R. REIS FRIEDE *

O Código de Processo Civil de 1939, na disciplina normativa de seu art. 119, § 1º e 2º, autorizava o Julgador a considerar-se suspeito, por razões de ordem íntima, sem necessitar justificar o despacho. Obrigava-se, todavia, a comunicar os motivos ao órgão disciplinar competente, sujeitando o Magistrado à pena de advertência caso não procedesse à comunicação ou caso os motivos (que eram apreciados pela corregedoria em segredo de justiça) fossem entendidos como im procedentes.

A legislação processual civil em vigor - embora mantendo os fundamentos básicos da hipótese de suspeição por motivo de foro íntimo elencados no CPC/39 - acabou por aperfeiçoar o dispositivo, retirando a obrigatoriedade quanto à comunicação - pelo Magistrado - dos seus motivos de ordem íntima, para se afastar do julgamento de um determinado processo, ao órgão disciplinar (corregedoria).

Não obstante o novo dispositivo ter merecido, por parte de alguns doutrinadores, críticas, em parte, pouco lisonjeiras, como a de **Celso Agrícola Barbi** (*IN* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1, 5ª ed., Forense, 1983, p. 567), **verbis**.

"(...) O Código de 1939 previa esse motivo de suspeição, e, nos parágrafos do art. 119, determinava que o Juiz não justificaria o despacho, mas comunicaria os motivos ao órgão disciplinar competente. Este apreciaria o caso em segredo de justi-

(*) R. Reis Freide é Magistrado Federal, Mestre e Doutor em Direito, Professor Titular e Coordenador-Geral dos Programas de Pós-Graduação **Iato e Stricto Sensu** (Mestrado e Doutorado) em Direito do CED/UNESA e Autor de mais de 15 obras jurídicas atuais.

ça. A falta de comunicação, ou a impropriedade dos motivos, sujeitava o Magistrado à pena de advertência.

O Código atual nada dispõe sobre esse procedimento, o que é **inconveniente**, porque a falta de controle dos motivos de abstenção, pelo órgão disciplinar, pode ensejar abuso por parte de Juízes menos amigos do trabalho. Terão eles um cômodo expediente para se afastarem dos volumosos e complexos casos de ação de divisão ou de prestação de contas.

Há também o risco de Juízes de menor coragem se afastarem de causas em que receiem ter de decidir contra pessoas poderosas no meio.

Sem texto legal expresso, não será fácil aos órgãos disciplinares da Magistratura exigir dos Juízes a comunicação do motivo íntimo para seu controle(...)"

A nova redação é considerada, sob a ótica de parcela amplamente majoritária da doutrina e também da própria jurisprudência, representativa de grande avanço na disciplina processual, considerando, sobretudo, que o Julgador não deve, em nenhuma hipótese, julgar e nem realizar qualquer processamento (inclusive a execução da causa) para a qual não se entenda na **absoluta plenitude das condições objetivas** (impedimento) e **subjetivas** (suspeição) na medida que cabe, em última análise, ao próprio Magistrado **velar pela completa imparcialidade e independência** em seus julgamentos, como condição básica e fundamental para assegurar a inequívoca presença dos preceitos e garantias, relativos ao processo e a prestação jurisdicional de modo geral, consagrados na Constituição Federal.

Ademais, as principais críticas que são feitas ao dispositivo. - como, por exemplo, a possibilidade que o mesmo aparentemente enseja de permitir que o Juiz avesso ao trabalho possa afastar-se do julgamento da causa -, não são verdadeiras, considerando que a cada processo em que o Magistrado declina sua condição de suspeito por qualquer motivo (incluindo a razão de natureza íntima), outro processo automaticamente lhe é distribuído, em face do instituto da **compensação**. (1)

Por outro lado, o fato do Magistrado - hesitante, fraco, pusilânime - poder eventualmente utilizar, contra o espírito da lei, o expediente da declaração de suspeição, por motivo de foro íntimo, para deixar de julgar causas em que receiam ter de decidir contra pessoas poderosas do meio, não deve igualmente descaracterizar os méritos do instituto, uma vez que, embora essa demonstração de covardia deva ser, de todas as formas, motivo de veemente repulsa e até mesmo de inequívoca condenação, (2), tal situação, em última instância, deve ser, em casos extremos, preferível ante a inadmissível possibilidade do julgamento, pelo mesmo Juiz e por motivação semelhante, tendencioso, de alguma forma em favor de uma das partes (3), em particular daquela que se mostre com maior prestígio social e/ou poderio político-econômico.

É importante lembrar que, muitas vezes, durante a vigência do CPC/39, o Magistrado despreparado para julgar determinada demanda - sob o prisma da efetiva ausência da necessária equidistância das paixões que naturalmente nutrem as causas judiciais ou mesmo em face da presença de determinadas circunstâncias que o Juiz não devesse ou mesmo não pudesse revelar - acabava, temeroso ou mesmo simplesmente constrangido pela obrigatoriedade de ter de divulgar (ainda que de forma reservada ao *órgão* disciplinar) - e vir a ser julgamento, pelo motivo exposto - por optar em prosseguir no julgamento, de forma parcial e comprometida, da causa levada ao seu conhecimento, em sinérgico e lamentável prejuízo dos jurisdicionados e da própria credibilidade ao Poder Judiciário.

Lopes da Costa, sobre os inconvenientes da obrigatoriedade da comunicação supra aludida, chegou mesmo a ser enfático no sentido de sua superação pelo novo ordenamento jurídico-processual em vigor.

"(...) é possível que o legislador tenha agido bem no suprimir a exigência da lei anterior, que podia haver quebra de sigilo da apreciação dos motivos, causando irreversível dano ao Magistrado" (Dir. Proc. Civil, vol. I, item 399, p. 337)

Também, o já mencionado Celso Agrícola Barbi, em grande parte refletindo melhor sobre sua posição anteriormente registrada, acabou, mais tarde, por ceder à doutrina mais abalizada sobre a questão.

"Mas é de se esperar que os casos em que

a escusa legal for indevidamente usada não serão numerosos. Por isto, é possível que o **legislador tenha andado bem no suprimir a exigência da lei anterior**, em que podia haver quebra do sigilo da apreciação dos motivos, causando dano ao Magistrado.

O motivo íntimo pode ser algum dos casos expressos de escusa, em que o Juiz não considere conveniente expô-lo claramente, como, v.g., a inimizade capital, ou um interesse na solução da causa, que lhe não convenha revelar; ou um parentesco ilegítimo, como o adúlterino, o incestuoso, que não convém ser denunciado. Pode surgir também pelo reconhecimento de favores prestados pela parte anteriormente, mas em que houve pedido de sigilo e casos semelhantes” (ob. cit., p. 567)

Por outro lado, resta afirmar que o projeto do CPC/73, na redação do parágrafo único do art. 140 (que, na versão definitiva, tomou o numeral 135), chegava mesmo a qualificar as razões de ordem íntima, caracterizadoras da suspeição sob esta rubrica - como aquele motivo cuja revelação causasse ao Juiz grave dano moral - mas essa parte acabou por ser suprimida no Congresso, permitindo o atual alcance do dispositivo que, em nenhuma hipótese, pode ensejar a obrigatoriedade da revelação do motivo íntimo por quem quer que seja ou mesmo qualquer tipo de controle jurisdicional por parte de qualquer órgão da hierarquia do Poder Judiciário.

Da Absoluta Intangibilidade da Declaração de Suspeição por Motivo de Foro Íntimo

É importante frisar - não permitindo margem a qualquer dúvida - que a Declaração de Suspeição do Magistrado por razões de ordem íntima se caracteriza, à luz da doutrina amplamente majoritária, por efetivo direito subjetivo próprio, outorgado ao mesmo, - para que este possa, em sua inteireza, **velar pela absoluta imparcialidade e independência em seus julgamentos** -, como condição básica e fundamental à garantia constitucional do devido processo legal.

“A regra inscrita no caput do art. 135 do CPC, em relação aos casos de suspeição de parcialidade do Juiz, é exaustiva, porque atende a determinada casuística legal. Todavia, na hipótese do parágrafo único, em que a suspeição é jurada pelo próprio Juiz, ela se torna exemplificativa e **inadmite impugnação pelas partes**” (Ac. unân. da 1ª Câmara do 1º TARJ. de 4.5.82, na exc. de susp. 106, rel. Juiz Júlio da Rocha Almeida; RT 585/211) (grifos nosso).

“Não cabe a Juiz do mesmo grau, ou sequer ao órgão apto a conhecer de eventual conflito de competência, aquilatar da procedência ou não dos motivos pelos quais outro Magistrado jurou suspeição de natureza íntima” (Ac. 2ª CCTA/RS, C.N. de C. 26/777/Santiago (U.), Rel. Juiz Adroaldo Furtado Fabrício, JB nº 119, Ed. Juruá, p. 79).

“A afirmativa de suspeição por motivo íntimo é de exclusivo arbítrio do Juiz, senhor único da sua conveniência, porque, assim não fosse, o motivo íntimo se enquadraria em uma das hipóteses dos incisos do art. 135 e dependeria de prova” (Ac. unân. da 8ª Câmara do 1º TARJ de 4.10.83, na exc. de susp. 104, rel. Juiz José Edvaldo Tavares).

“A suspeição por motivo íntimo, declarada pelo Juiz, é sempre respeitada” (Ac. unân da 2ª Câmara do TARS de 16.03.82, no CC 26.777, rel. Juiz Adroaldo Furtado Fabrício; JTARS 43/197)

“Dissemos já que entre os elementos mínimos imprescindíveis à **garantia do devido processo legal se inclui a dada imparcialidade e independência do Julgador**, sem o que a jurisdicionalidade do processo inexistiria substancialmente, para se tornar algo só formal e nominalmente judicial” (J. J. Calmon de Passos, Revista Forense - v. 277 - 01, 02, 03 de 1982)

“O interesse, direto ou indireto, do Juiz, no tocante ao caso que lhe é oferecido para julgamento, fá-lo Juiz ilegítimo e acarreta a invalidade de quanto decidir. **Processo sem Juiz imparcial não é processo jurisdicional e, nesse termos, não é devido processo legal e sim processo no qual foi violada a garantia do due process**” (J. J. Calmon de Passos, Revista Forense, V. 277 - 01, 02, 03 de 1982) (os grifos são nossos).

Por outro lado, é importante lembrar que, em nenhuma hipótese, cabe à Parte ou a quem quer que seja, - inclusive ao novo Juiz a quem for redistribuído a causa discutir os motivo que levaram o Magistrado à declaração de suspeição, por motivo de foro íntimo (art. 135, parágrafo único, do CPC), consoante a doutrina e a jurisprudência mais abalizada sobre o assunto.

“Do ato do Juiz, declarando-se suspeito (parágrafo único) e passando a causa ao seu substituto, não cabe qualquer recurso das partes, nem é lícito ao substituto discutir os motivos da suspeição, que o Juiz não está obrigado a declarar, nem mesmo ao Tribunal” (Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, vol. I, pág. 606, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1988).

Resta também dizer, que a faculdade de se declarar suspeito, por motivo íntimo, é um efetivo **direito** - embora também se constitua em inexorável **dever** - conferido ao Magistrado pelo qual não é necessário **produzir provas**.

“Ao Juiz confere o art. 135, parágrafo único, **o direito (não só a faculdade) de se declarar suspeito, “por motivo íntimo”**. Motivo íntimo é qualquer motivo que o juiz não quer revelar, talvez mesmo não deva revelar. A lei abriu brecha ao dever de provar o alegado, porque se satisfaz com a alegação e não exigiu a indicação do motivo. A intimidade criou a excepcionalidade da permissão: alega-se o motivo de suspeição, **sem se precisar provar**” (Pon-

tes de Miranda, Comentários ao Código de Proc. Civil, vol. II, p. 408) (grifos nossos).

Irretratabilidade da Declaração de Suspeição por Motivo de Foro Íntimo

Muito embora a doutrina defenda o ponto-de-vista da ampla **irretratabilidade da declaração de suspeição**, independentemente do motivo elencado, **a declaração por razões de ordem íntima** - por se constituir na hipótese reputada entre os estudiosos como a de maior aspecto subjetivo, entre as previstas no art. 135 do CPC - se apresenta como a mais característica do fenômeno em questão.

A razão desta acertiva é relativamente simples: a subjetividade implícita nas razões de foro íntimo - e acima de tudo a intangibilidade desta declaração (que se manifesta, em última instância, de forma pouco concreta) - não permitem uma criteriosa aferição, permitindo, ao contrário, uma razoável dose de arbítrio do Juiz que deve ser, de algum modo e em algum momento, restringida.

"A imparcialidade do Juiz é princípio básico do processo, pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. O Juiz que se declara suspeito por motivos de natureza íntima, fica afastado **definitivamente** do processo e não mais pode **retornar ao mesmo** (Ac. da 1ª Câm. do TARS de 6.9.83, apel. 183023969, rel. Juiz Lio César Schmitt; JTARS 48/443).

"O Juiz, uma vez que se declara suspeito, fica impedido definitivamente de prosseguir no processo, ainda quando ao seu substituto pareça infundado o motivo da suspeição jurada. Não importa que, ao declarar-se suspeito, o Magistrado tenha agido certa ou erradamente" (Ac. 1ª T./TRF - 3ª R., Ap. 91.03.04179/SP (U.), Rel. Juiz Jorge Sacartezini, ADCIAS BJA 25 (10/09/91), 133337, p. 384).

Impossibilidade de Arguição, pela Parte, da Suspeição do Juiz por Motivo de Foro Íntimo.

Consoante entendimento praticamente unânime da doutrina, inexistente a arguição, pela parte, da suspeição fundada no parágrafo único do art. 135 (foro íntimo), porque, como o próprio nome sugere, foro íntimo possui natureza de cunho estritamente pessoal. Ademais, a afirmativa de suspeição pelo Magistrado por razões íntimas, é **facultas** de seu exclusivo arbítrio (e, em grande medida, **dever** indeclinável de sua consciência zeladora da imperativa da absoluta isenção de seus julgamentos) condicionado apenas e tão somente a sua irrestrita defesa pela permanente presença, na sua atividade jurisdicional, dos elementos mínimos imprescindíveis à garantia do devido processo legal.

"A afirmativa de suspeição por motivo íntimo é de exclusivo arbítrio do Juiz, senhor único da sua conveniência, porque, assim não fosse, o motivo íntimo se enquadraria em uma das hipóteses dos incisos do art. 135 e dependeria de prova" (Ac. unân. da 8ª Câm. do 1º TARJ de 4.10.83, na exc. de susp. 104, rel Juiz José Edvaldo).

"Dissemos já que entre os elementos mínimos imprescindíveis à **garantia do devido legal se inclui a dada imparcialidade e independência do Julgador**, sem o que a jurisdicionalidade do processo inexistente substancialmente, para se tornar algo só formal e nominalmente judicial" (J. Calmon de Passos, Revista Forense - v. 277 - 01, 02, 03 de 1982).

"O interesse, direto ou indireto, do Juiz, no tocante ao caso que lhe é oferecido para julgamento, fá-lo Juiz ilegítimo e acarreta a invalidade de quanto decidir. **Processo sem Juiz imparcial não é processo jurisdicional e, nesses termos, não é devido processo legal e sim processo no qual foi violada a garantia do due process**" (J. Calmon de Passos, Revista Forense, V. 277 - 01, 02, 03 de 1992) (os grifos são nossos).

Sob o mesmo diapasão, a jurisprudência também aparenta ser unânime em afirmar quanto à efetiva impossibilidade de argüi-

ção de exceção de suspeição do Juiz, fundada no parágrafo único do art. 135, concluindo pela possibilidade apenas nas hipóteses previstas taxativamente no art. 135, I, II, III, IV e V, do CPC.

“As hipóteses em que a parte pode arguir a suspeição do Juiz são as taxativamente enumeradas no art. 135 do CPC” (Ac. unân. da Câm. Espc. do TJSP de 15.10.81, na exc. de susp. 1.000-0, rel. Des. Dalmo do Valle Nogueira; RT 565/95).

“Os dispositivos referentes à suspeição, por constituírem normas de exceção, não admitem interpretação extensiva e as causas que a justificam são exclusivamente as enumeradas em lei” (Ac. unân. da 1ª Câm. do TJMT de 22.08.83, na exc. de susp. 87, rel. Des. Carlos Avalone; RT 590/232).

“A exceção de suspeição é matéria de direito estrito. Assim, só podem ser invocadas, para a recusa do Julgador, as hipóteses previstas em lei” (Ac. unân. da 2ª Câm. Cr. do TJGO de 27.5.80, na exc. de susp. 128, rel. Des. a. Arinainan de Loyola Feury; Rev. Goiana de Jurisp. 16/9).

(1) **Compensação de Distribuição**

Muito embora a previsão normativa da **compensação de distribuição** considere apenas o aspecto **quantitativo**, evitando que os diversos Juízes de uma determinada comarca (Justiça Estadual) ou Seção Judiciária (Justiça Federal): tenham para si um número diferente de processos distribuídos em determinado período, não é verdade que o Julgador avesso ao trabalho possa - de forma segura - “trocar” o eventual processo complexo, originariamente distribuído ao seu Juízo, - através da prática distorcida de declaração leviana de suspeição por motivo de foro íntimo -, por outro processo de maior simplicidade, posto que o sorteio - implícito na distribuição - não considera o aspecto qualitativo das demandas a serem distribuídas uniformemente para os diversos Juízos, não deixa de permitir, por considerações de ordem probabilística, que um outro processo - muito mais complexo que o primeiro - seja distribuído, por compensação, ao Juiz que se julgou suspeito para

decidir a demanda originária.

(2) Processo de Seleção do Magistrado

Não é por outra razão que o processo de seleção do Magistrado deve ser constantemente aperfeiçoado e perseguido em sua própria plenitude. O Julgador deve - além da efetiva comprovação de conhecimentos técnicos-jurídicos - demonstrar durante o processo de recrutamento a necessária aptidão para o exercício da função, o que corresponde, em outras palavras, à ostentação de qualidades tais como a **moralidade**, a **ética**, a **firmeza de caráter**, a **consciência reta** (não perplexa, a hesitar ante as dificuldades dos textos e a contradição entre as alegações e as provas), a **serenidade**, o **domínio absoluto sobre as paixões**, a **coragem moral** e a **permanente disposição de enfrentamento diante das contínuas pressões**).

Não podemos nos esquecer que, em grande medida, a observância de um rigoroso processo de seleção e recrutamento de Juízes tem se mostrado, ao longo do tempo, efetivo mecanismo a coibir, de forma preventiva, a indesejável presença no Poder Judiciário de Magistrados com desvios de caráter suficientemente acentuado para o comprometimento, ainda que parcial, da prestação jurisdicional.

(3) Julgamento Tendencioso

Apesar de ambas situações - a do Magistrado que ante às pressões que envolvem o julgamento de uma demanda determinada, se acovarda e se utiliza levemente do expediente da declaração de suspeição por motivo íntimo e a do Juiz que simplesmente julga parcialmente, com ausência de isenção e independência, a demanda em favor daquela parte que se apresenta como "pessoa poderosa do meio", em face de seu incontestável prestígio e capacidade político-econômica - se constituírem em motivos igualmente ensejadores de veemente **repulsa**, sem a menor sombra de dúvida, numa situação de inexorável opção, deve ser preferível a primeira situação - caracterizadora do Juiz covarde - à segunda - evidenciadora da prestação jurisdicional completamente exposta à plena ausência de sua própria legitimidade -, até porque, como já reiteradas vezes registramos neste trabalho, a absoluta **isenção**, **imparcialidade** e **independência** do Juiz e do julgamento conduzido pelo mesmo se constituem em condição **sine qua non** para o efetivo exercício da

função judicante.

Ademais, é importante ressaltar que o comportamento particular - fraco, covarde e pusilânime - do Magistrado (condenável em todas as circunstâncias) pode, no máximo, comprometer o julgamento quanto ao caráter de sua própria pessoa, por parte dos jurisdicionados, ao passo que, com toda a certeza, o **juízo tendencioso**, conduzido ao sabor da parcialidade (sobretudo em favor da parte visivelmente mais forte) e da ausência de isenção e independência por parte do Julgador pode comprometer seriamente toda a estrutura do Poder Judiciário, sua própria legitimação e, acima de tudo, sua indispensável credibilidade social.

Já prelecionava, a respeito, Mortara que "se os resultados da função jurisdicional não fossem assegurados pela absoluta **honestidade, imparcialidade e diligência** dos Juizes, inútil seria por o mais profundo estudo e a mais meditada cautela a serviço de construir, com os mais sólidos materiais e segundo as melhores regras de arquitetura, o edifício da hierarquia judiciária".

LICENÇA-PATERNIDADE E O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Guilherme José Purvin de Figueiredo (*)

01. As presentes reflexões partem da premissa de que a licença-paternidade, mais do que um direito individual trabalhista, constitui direito da entidade familiar, consectário do princípio da paternidade responsável. Ao longo do texto, algumas comparações com a legislação estrangeira, especialmente com a da Suécia e a dos Estados Unidos - países onde o papel reservado ao homem na família não é o de mero provedor e o da mulher, de reprodutora e primeira criada -, terão por escopo ressaltar as peculiaridades de nosso sistema legal. Já no Século XIX, afirmava **Friedrich Engels**:

“... o caráter particular do predomínio do homem sobre a mulher na família moderna, assim como a necessidade e o modo de estabelecer uma igualdade social efetiva entre ambos, não se manifestarão com toda a nitidez senão quando homem e mulher tiverem, por lei, direitos absolutamente iguais”. (1).

No Brasil, longe estamos de vislumbrar uma efetiva igualdade de direitos entre homem e mulher. A conquista do direito à licença-paternidade foi alvo de pesadas críticas. Economistas afirmaram que aqueles cinco dias resultariam em prejuízo para produção, num país de feriados emendados. Juristas sustentaram que a licença-paternidade não passou de mera “concessão”, sendo, por tal motivo, destituída da dignidade conferida ordinariamente às efetivas conquistas sindicais advindas de um processo histórico.

* O autor é Produtor do Estado de São Paulo, especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de direito da USP e mestrando pela PUC/SP

O fato, porém, é que a licença-paternidade representa hoje, para aqueles que pretendem a perpetuação da instabilidade econômica e da estagnação cultural desta nação sul-americana, um incômodo tão grande quanto o da difícil assimilação dos direitos conquistados pela mulher brasileira nos últimos anos.

A fragilidade daquele direito talvez resida no próprio nome que se resolveu dar a ele, **licença-partenidade**. Com efeito, a primeira idéia que vem é a de que se trata de uma concessão ao homem. Como procuraremos demonstrar, porém, tal direito é mais um passo rumo à efetiva igualdade social entre homem e mulher, entre adulto e criança.

02. Denomina-se **interrupção do contrato de trabalho** a paralisação da prestação de serviços sem prejuízo da remuneração do trabalhador. Algumas hipóteses de interrupção do contrato estão elencadas no artigo 473 da Consolidação das Leis do Trabalho. Em todos os casos legalmente previstos, computa-se o período de afastamento do empregado como se de efetivo serviço fosse, inclusive para efeito de aquisição de direito e gozo de férias (arts. 130 e 131, I, da CLT).

A autorização para a interrupção do contrato de trabalho por um dia, no decurso da semana que se sucedesse ao parto, para que o pai pudesse efetuar o registro civil do filho já era autorizada pela CLT desde os seus primórdios. Dispõe o inciso III de seu art. 473, em redação original cinqüentenária até hoje mantida inalterada, que o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário "por um dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana".

Longe de se supor que o legislador da primeira metade Século XX, ao introduzir em nosso ordenamento positivo tal permissivo legal, tivesse em mente qualquer preocupação relacionada ao compartilhamento, pelo homem, dos momentos iniciais do parto da mulher e da vida da criança. **Mozart Victor Russomano**, em obra clássica, sustenta que o texto originário do art. 473 previa a ausência por um dia, "no decurso da semana posterior ao parto, para **registro civil do filho** (grifamos) (2).

Sublinhe-se a "mens legis" do Art. 473, inciso III, da Consolidação das Leis do Trabalho: a autorização visava possibilitar o cumprimento de uma obrigação imposta pelo Art. 112, I, do Código Civil (inscrição de nascimento em registro público) e pela Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73, art. 50).

José Martins Catharino lembra que os arts. 76 e 179 do Estatuto do Trabalhador Rural autorizavam a ausência do trabalha-

dor por um dia, "por nascimento de filho, e por mais um durante os 15 dias posteriores ao evento, para registrá-lo" (3).

Surpreendentemente, os dispositivos legais constantes do ETR podiam, neste aspecto, ser considerados mais arrojados do que os correlatos da legislação voltada ao trabalhador urbano. Discernia o diploma protetivo do trabalhador do campo as diferentes necessidades da ausência do pai: (a) no dia do nascimento do filho, para comunhão de toda família nesse importante episódio e (b) para o cumprimento de obrigação legal consistente nas providências tendentes ao registro civil da criança.

Lamentavelmente, este direito social desapareceria com a revogação do diploma legal que o embasava. Com efeito, da Lei nº 5.889/73 nada disporia em especial sobre a matéria e, por força dos artigos 1º e 21 desta, a partir de meados de 1973 os trabalhadores rurais, a exemplo do que já ocorria no meio urbano, passaram a dispor de apenas um dia para visita do filho e seu registro. Uma involução, sem dúvida, mormente se observarmos que, no meio rural, dramática é a situação de desigualdade entre homem e mulher, não sendo raros os casos em que o casamento constitui fato liberador da mulher em relação ao trabalho rural compulsório (4).

03. A licença-paternidade é conhecida em alguns países com "licença para cuidar da criança" ("Child Care Leave"). Por sua abrangência, faremos a seguir uma breve exposição acerca da forma como o legislador da Suécia tratou o tema.

A Lei SFS 1978:410, aprovada em 1º de Junho de 1978, entrou em vigor na Suécia em 1º de Janeiro de 1979, tendo desde então sido objeto de algumas emendas. Referida lei autoriza certa categoria de trabalhadores, **sem discriminação de gênero**, a ausentarem-se do serviço para cuidar de seus filhos. Prevê, ainda, o afastamento do serviço de todas as **trabalhadoras**, no período de seis semanas antecedentes e seis semanas subseqüentes ao confinamento. As mulheres também estão autorizadas e ausentarem-se para prestar assistência e aleitamento à criança.

Dentro das peculiaridades do Direito Coletivo Laboral Sueco, cabe observar que os empregadores vinculados a um acordo coletivo de trabalho podem aplicar referido acordo aos empregados que não pertencem ao sindicato conveniente, desde que o trabalhador esteja empregado no trabalho que é coberto pelo acordo e não é coberto por qualquer outro acordo coletivo aplicável.

O empregado é autorizado a ausentar-se para cuidar da criança, em parte afastando-se por período integral do serviço, e em parte obtendo a redução das horas de trabalho para três quartos das

horas normais de trabalho. O direito ao afastamento por período integral se aplica até a época em que a criança alcançar um ano e meio de idade. O direito à redução das horas de trabalho se aplica até que a criança alcance os oito anos de idade ou até a época em que ela complete seu primeiro ano de escola. Além de tais provisões, o empregado está autorizado ao afastamento por período integral (180 dias) enquanto estiver recebendo benefício previdenciário integral do sistema previdenciário (Lei 1962:381, capítulo 4º), ou à redução do tempo de jornada de metade a três quartos quando estiver recebendo benefício equivalente a metade ou um quarto do valor integral.

Na Suécia, o direito à licença para cuidar da criança está condicionado a que, no início da concessão da licença o empregado tenha estado a serviço do empregador seja pelos seis meses precedentes ou por não menos do que doze meses nos últimos dois anos. A duração do tempo de serviço é computada de acordo com a Lei da Segurança do Emprego (1982:80, Seção 3.1).

O direito ao afastamento pode ser dividido em no máximo dois períodos em cada ano civil. Se um período se relacionar a mais de um ano civil ele deverá ser computado para o ano civil no qual o período de afastamento se iniciou.

O empregado sueco pode reduzir o período de licença e retornar ao trabalho. Neste caso, o empregador deverá ser notificado o mais cedo possível. Entretanto, se sua intenção era a de continuar o período de licença por um mês ou mais, o empregador não está obrigado a permitir o retorno mais cedo do que um mês após a recepção de tal notificação.

04. No Brasil, após uma breve e parcamente discutida aparição no Estatuto do Trabalhador Rural, o debate legislativo acerca da figura da licença-paternidade ressurgiu somente em 1988, quando dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Apresentada no Projeto "B" (5), essa figura constitucionalmente inédita até então em nosso ordenamento viria a se converter no inciso XIX do artigo 7º do texto constitucional definitivo. Eis os dispositivos atinentes à matéria, constantes da Carta da República e de suas Disposições Transitórias.

"Art. 7º - São direitos dos trabalhadores (...) além de outros (...):

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

ADCT - Art. 10 § 1º: Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º XIX, da

Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

A inovação constitucional foi, durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, alvo de comentários que em nada enobreceram seus anais, por parte de parlamentares insensíveis à grandeza da idéia que a norteou: a de que a presença do pai ao lado da companheira nos primeiros dias da nova vida trazida à luz é essencial à unidade familiar (6). Em outro nível de discussão, parte da doutrina também se insurgiu contra essa nova conquista sociedade civil. Um dos mais notáveis juristas que contra a mesma se rebelou foi **Amauri Mascaro Nascimento**. Segundo o renomado mestre paulista, a licença-paternidade "não foi precedida de reivindicações sindicais, daí a sua artificialidade" (7).

Temos para nós, porém, que referido dispositivo constitucional contribuiu de forma decisiva para o rompimento do antigo divórcio existente entre a maternidade e a paternidade. Já não autoriza a Constituição de 1988, **apenas**, o afastamento do pai para fins de registro do filho. Muito mais do que isso, como observa **Francisco Antonio de Oliveira**, "o objetivo do legislador foi o conservar o pai mais próximo de sua mulher em momento importante da vida em que dá à luz o filho do casal. O objetivo é essencialmente social" (8) **Octávio Bueno Magano**, tratando do tema, afirma que "o indigitado preceito reflete, sem dúvida, a tendência doutrinária moderna, no sentido de rever o papel do homem no seio da família, de modo a permitir que os cônjuges conjuguem harmoniosamente a atividade profissional e as responsabilidades familiares" (9). **Pedro Paulo Teixeira Manus** realça a relação entre pai e filho, afirmando que o inciso XIX do Art. 7º configura "intenção evidente de cercar a criança que acaba de nascer da melhor proteção que possa vir a ter, possibilitando ao pai, que anteriormente só gozava de um dia para registro do filho, um pequeno convívio mais prolongado logo após o parto" (10).

Verifica-se, pela leitura das três últimas transcrições acima, que as soluções oferecidas pela doutrina à inquirição teleológica do dispositivo constitucional sob comento, que todas elas convergem para a questão do relacionamento familiar. De acordo com o ângulo que se assuma para a apreciação da matéria, poder-se-á dizer que a licença-paternidade tem, entre outros, os seguintes objetivos:

(a) proporcionar condições mais concretas de proteção da criança pelo pai (relação familiar unilateral, fenômenos de proteção da prole e de perpetuação da espécie);

(b) incentivar uma proximidade qualificada do homem com a mulher e do pai com o filho (relações familiares bilaterais, vida afetiva dos membros da entidade familiar);

É conveniente, aqui, esclarecer que não se está ignorando que é maior intensidade de relacionamento da criança com a **mãe**, nos primeiros anos de vida, do que com o **pai**. Quanto a este aspecto, afirma **Erich Fromm**: "A mãe é o lar de que proviemos, é a natureza, o solo, o oceano; o pai não representa qualquer desses lares naturais. Tem pouca ligação com o filho nos primeiros anos de sua vida, e sua importância para a criança, nesse período primitivo, não pode ser comparada com a da mãe". Todavia, os dias que se seguem ao nascimento podem se tornar importantes como o início de um processo de conscientização da **paternidade**. Efetivamente, somente após alguns anos é que o pai irá representar para a criança "o outro polo da existência humana: o mundo do pensamento, das coisas feitas pelo homem, da lei e da ordem, da disciplina, das viagens e da aventura" (11). Isto significa que, ao contrário do que ocorre na relação afetiva conjugal, na relação inicial do pai com o filho é irrelevante a dependência emocional deste último para com seu progenitor. No caso de adoção de criança na faixa etária dos quatro até aproximadamente os doze anos, porém, a relação entre pai e filho poderá se revelar com toda sua pujança desde o início, sendo inestimável a importância para o filho a presença do pai adotante logo nos primeiros dias de sua recepção ao novo lar.

(c) propiciar a possibilidade de revisão do papel tradicionalmente reservado ao homem, impondo-se a repartição entre os cônjuges das responsabilidades familiares (relação complexa familiar, questionamento sociológico do papel do homem trabalhador no âmbito da sociedade conjugal). De acordo com o pediatra Gláucio José Granja de Abreu, "nos últimos anos, os homens assumiram a figura do pai, mas não só de retórica, de dar dinheiro em casa". Afirma referido especialista que os pais "abandonaram a posição machista de ficar na retaguarda para integrar-se ao filho e à mulher" (12).

É principalmente esta abordagem do objetivo do direito social aqui estudado, tão lucidamente apresentada por **Octávio Bueno Magano**, que melhor nos permite a apreensão do alcance do inciso XIX do Art. 7º da Carta Magna. Através dela, torna-se íntido relacionamento de tal direito social com o chamado "**princípio da paternidade responsável**", constante do § 7º do art. 226, que trata da liberdade de decisão do casal no planejamento familiar. Pela conjugação dos dois dispositivos, pode-se concluir que o direito à

licença-paternidade não constitui patrimônio particular do trabalhador do sexo masculino, mas **direito social da entidade familiar**. Por isso, referida norma é de ordem pública e, como tal, indisponível e irrenunciável. Uma demonstração insofismável da importância que pretendeu outorgar-lhe o constituinte reside no fato de tratar-se de direito assegurado não só aos trabalhadores urbanos e rurais genericamente considerados, mas também à categoria dos domésticos (art. 7º, "caput" e seu parágrafo único), a todos os servidores públicos civis (art. 39, § 2º) e também aos militares (art. 42, § 11). Em outras palavras, este é um dos quatro direitos sociais estendidos a **todas** as categorias de trabalhadores tratadas pelo texto constitucional (13).

Significativa, a esta altura, a evidência do contraste finalístico entre o velho dispositivo consolidado e o direito sociais surgido com a Carta de 1988, especialmente em razão do domínio pessoal de sua abrangência. A eventual inexistência de reivindicações sindicais nesse sentido em nada retira a grandeza social e humanística inspiradora desse direito. Se é verdade que foi um parlamentar quem, por motivos de foro íntimo e atendendo a reivindicações formuladas pela sociedade civil (especialmente por movimentos organizados de mulheres), teve a oportunidade de propor a introdução da licença-paternidade no rol dos direitos sociais, e não lideranças dos trabalhadores em suas lutas sindicais, isto em nada desmerece o instituto. Sem trocadilhos, não será uma omissão das lideranças sindicais no encaminhamento de propostas aos constituintes que terá o condão de transformar o caráter da licença-paternidade em mera concessão paternalista.

Não há lugar à ilusão no que diz respeito aos resultados práticos que possam advir da aplicação isolada desse já não tão novo direito social. Os direitos e deveres decorrentes da paternidade são muito mais amplos do que uma mera interrupção do contrato por cinco dias. Tomemos o caso dos **Estados Unidos**, onde é quase irrelevante o papel do Direito do Trabalho legislado. Naquele país, diversos Estados têm leis que especificamente autorizam empregados a obterem licença em razão do nascimento da criança. Todavia, tais leis estaduais constituem mera garantia do emprego: tratam-se de licenças que geram a suspensão dos contratos. As hipóteses de interrupção do trabalho, se não são inexistentes, certamente são incomuns, abrangendo dois extremos: as grandes empresas e os empreendimentos familiares, nos quais o trabalhador é tratado como membro da família (14).

Não obstante, em contraste com a ausência de leis de

caráter social, naquele país nove Estados (e mais o Distrito de Colúmbia), regulam o afastamento dos trabalhadores para o cumprimento de outras responsabilidades paternas. A despeito de variarem muito os direitos de Estado para Estado, estas leis podem ser divididas em duas categorias básicas:

a) leis relativas a pais novos ("new-parents laws"), que lidam com a gravidez, parto e adoção;

b) leis sobre responsabilidades paternas ("parental responsibility laws"), que cobrem eventos tais como os referentes a uma criança com problemas disciplinares na escola.

Na **Califórnia**, por exemplo, o empregador está proibido de discriminar, seja qual for a forma, o empregador que se vir obrigado a afastar-se dos serviços para atender a reuniões escolares (Education Code, § 48900.1), cabendo a este, apenas, notificar previamente seu empregador (Cal. Lab. Code § 230.7 - 1989). Em **Connecticut**, os pais têm direito a uma licença não-remunerada de 24 semanas a cada biênio, para cuidar de seus filhos doentes, licença esta que, no **Distrito de Colúmbia**, é de 16 semanas e, no **Maine**, de 8 semanas. Para cuidar da doença do filho, em **Minnesota** existe o "employer-provided paid sick leave" (Minn. Stat. Ann. § 181.9413-1990).

No **México**, **Santiago Barajas Montes de Oca** afirma a inexistência de regulamentação legal de licenças remuneradas, mas não em razão de inércia laboral, "pues los sindicatos han luchado y obtenido de los patronos, facilidades en este terreno", como por exemplo "la concesión de uno a tres días con pago de salário, para la atención de asuntos familiares, por regra general" (15).

Vemos, nestes exemplos de regramento do Direito do Trabalho estrangeiro, manifestações do princípio da paternidade responsável, princípio este que se consagra normativamente apenas com a conjunção de normas dos outros ramos do Direito, especialmente o Civil e o Penal. No Brasil, objetivamente considerando, um período de cinco dias constitui muito pouco para a compreensão do princípio da paternidade responsável em toda sua extensão. Em termos de política legislativa, a real importância do dispositivo constitucional, efetivamente, reside na concepção que o inspirou. Temos para nos que este sentimento merece servir mais vezes de fonte inspiradora para a implementação de um conjunto normativo multidisciplinar que realmente possibilite a consecução da meta do planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e especialmente protegido pelo Estado. O princípio da paternidade responsável deve orientar diversos ramos das Ciências Jurídicas. Ao Estado compete

viabilizar tal responsabilidade, por exemplo, dando cumprimento à imposição do Art. 7º, inciso XXV, da Constituição Federal, que prevê a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade, em creches e pré-escolas.

05. Duas indagações da maior pertinência se colocaram com o advento da nova figura constitucional;

a) Seria a licença-paternidade um direito trabalhista ou previdenciário?

b) Trata-se de direito auto-aplicável ou estará condicionada a regulamentação por lei ordinária?

Optamos por analisar os dois quesitos de uma só vez, já que as soluções trazem implicações recíprocas.

Octávio Bueno Magano entende que a licença-paternidade constitui um direito previdenciário. Em razão disto, impõe-se o cumprimento das fases previstas no artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para que possa ser publicado tal benefício. Enquanto inexistente fonte de custeio de tal benefício da seguridade social, impossível sua criação, majoração ou extensão, consoante o disposto no art. 195, § 5º, da Carta Magna. Coerente com a premissa estabelecida no sentido da natureza previdenciária do direito à licença paternidade, **Magno** conclui sua tese sustentando que o § 1º do artigo 10, do ADCT, implantou provisoriamente uma hipótese de suspensão do contrato de trabalho; "...a única maneira de se conciliarem as divergências normativas, acima sublinhadas, é concluir que a licença-paternidade foi provisoriamente implantada com licença não remunerada, só se convertendo em prestação pecuniária da Previdência Social, depois de completado o ciclo legislativo, previsto no artigo 59, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias" (16).

Em que pese o firme entendimento do festejado autor acima mencionado, a verdade é que a doutrina majoritária espousa entendimento diverso. **Valentin Carrion**, por exemplo, afirma; "O direito concedido pela Constituição ao genitor guarda forte analogia com que já havia sido legislado, autorizando a omissão de trabalho por um dia para registro do filho. A assimilação do novo dispositivo a este instituto afigura-se natural e não se deve considerá-lo como de direito previdenciário. Ao contrário do que ocorre com o salário-maternidade, pela diferente evolução jurídica havida"(17).

A Secretaria de Relações do Trabalho, em sua Instrução Normativa nº 01, de 12 de outubro de 1988 (DOU de 21.10.88) estabeleceu idêntico entendimento;

"LICENÇA PATERNIDADE

A 'licença paternidade' deve-se entender como ampliação da falta legal por motivo de nascimento de filho, de 1 (um) para 5 (cinco) dias (inciso III, art. 473 da CLT), até o advento de legislação posterior".

Parece-nos óbvia a conclusão no sentido de que, uma vez adotada esta interpretação sugerida pela Administração Pública Federal, torna-se incongruente a defesa da possibilidade de cumulação do direito previsto no art. 473, III, da CLT, com o do art. 7º, XIX da CF/88. Isto porque, de acordo com os termos de referida instrução normativa, o período maior de interrupção do contrato, previsto constitucionalmente, abrange também o menor, fixado no texto legal consolidado. Mais de cinco anos se passam da promulgação da Carta de 1988 e, até agora, não deliberou nosso Poder Legislativo regulamentar referido dispositivo constitucional. Esdruxulamente, o Executivo faz as suas vezes. E, segundo a orientação adotada pela Secretaria das Relações do Trabalho, há que se entender que o art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tem os mesmos efeitos jurídicos que uma simples ampliação provisória do inciso III do Art.473 da CLT para cinco dias. Não obstante, merece reflexão a assertiva feita por **Marly A. Cardone**, no sentido de que, no nascimento do filho, "o empregado falta um dia com base no art. 473, n. III da CLT e **mais cinco dias como licença-paternidade**" (18).

06. Amauri Mascaro Nascimento (19) propõe o debate de questões que entende ainda não resolvidas, destacando, dentre outras, a indagação acerca da solução para determinados "problemas como o do pai solteiro" .

Com a devida vênia, não vemos na questão proposta nada de realmente relevante a ser solucionado. A Constituição de 1988, ao estender seu manto protetor à **união estável** entre homem e mulher como **entidade familiar** (art. 226, § 3º), veda a discriminação do pai solteiro. Não pode o estado civil do pai, por isso, ser considerado hoje um "problema" a ser resolvido (20). O direito à licença-paternidade nenhuma perturbação sofre em razão do estado civil. Ele será devido independentemente da situação pessoal específica do pai; poderá ele ser solteiro e viver separado da mãe de seu filho; ou então manter união estável com a companheira; eventualmente, poderá até mesmo ser viúvo em razão do falecimento da esposa quando o parto, não havendo como cogitar que por tal ou qual motivo o direito deixe de existir (21).

07. O termo inicial para a concessão da licença-paternidade deve ser o dia do nascimento da criança, **inclusive**, isto a fim de que o pai possa auxiliar a sua companheira já desde aquele momento. A proposição, porém deve ser interpretada com uma certa elasticidade. Não seria justo excluir um dia de licença do trabalhador cujo filho viesse a nascer quando de seu retorno do trabalho, reduzindo-se com isto a licença para quatro dias. Por outro lado, parece-nos artificial demais a conclusão no sentido de que o trabalhador que, comparecendo ao turno da manhã, se ausentasse no turno da tarde em razão de haver sido informado do nascimento, tivesse o direito de retornar ao trabalho somente no turno da tarde após cinco dias. O que deverá ser investigado, em qualquer hipótese, é se a licença-paternidade atingiu plenamente suas finalidades precípuas de proporcionar, pelo prazo de cinco dias consecutivos; uma proximidade privilegiada, sem a sombra de preocupações profissionais, do pai com a mãe; a possibilidade do pai repartir as responsabilidades familiares, proteger a criança e com ela conviver mais intensamente nesse período especial.

No Direito Sueco, os empregados que desejarem beneficiar-se de licença em razão do nascimento ou adoção de criança deverão notificar seus empregadores por período não inferior a dois meses antecedentes ao início do afastamento ou, se isto não puder ser feito, o mais cedo possível. Além da notificação ao empregador, o pretendido período de afastamento deve também ser explicitado. A notificação de afastamento durante o período em que o empregado pretende receber o benefício paternidade para cuidado temporário da criança, como estabelecido na Lei de Previdência Social da Suécia (1962:381) ou pretende obter um benefício paternidade especial deve dar ao empregador ao menos uma semana de notificação antes de iniciar o período de afastamento. Se o afastamento ocorrer em razão de necessidade médica premente, nenhum período de notificação é exigido. O afastamento deverá ocorrer no dia requerido pelo empregado. Entretanto, se as horas de trabalho forem reduzidas à metade ou a três quartos da jornada diária normal de trabalho, a redução será espalhada por todos os dias da semana de trabalho, salvo se houver razões especiais para que tal não ocorra.

Também em alguns Estados norte-americanos, a exigência de prévia notificação do empregador é prevista. No **Oregon**, por exemplo, para que obtenha a concessão de licença não remunerada de 12 semanas em razão do nascimento ou da adoção de uma criança (nesta hipótese, com menos de seis anos de idade), o empregado deve trabalhar no local há pelo menos 90 dias e notificar

o empregador com antecedência de 30 dias - Or.Rev.Stat. § 659.360 (1987). Também em **Washington**, a concessão de licença com idêntica duração, a cada período de dois anos, depende de prévia notificação de 30 dias - Wash.Rev.Code § 48.78 (1989).

O Direito Pátrio não estabelece qualquer exigência de prévia notificação do empregador, no que se afasta da legislação sueca ou da norte-americana. Por outro lado, nossa legislação não prevê a possibilidade de escolha, pelo empregado, do dia específico para início do afastamento. Este é automático, não pode ser antecipado, adiado ou prorrogado.

08. Uma vez não concedida a licença, a lesão se resolve pela indenização. O empregador deverá pagar o valor equivalente ao período trabalhado durante a licença. A solução, obviamente, não é satisfatória, pois desnatura a finalidade do dispositivo constitucional. Entretanto, mesmo na legislação alienígena não se vem encontrando melhor alternativa. Nesse sentido, a Seção 13 da Lei SFC 1978:410, da Suécia, dispõe que, na hipótese de ocorrência de prejuízo decorrente do descumprimento de seus dispositivos, deverá o empregador indenizar o empregado. Além de não ser presumido o prejuízo, poderá o empregador, ainda, nos limites da razoabilidade, ser isentado do pagamento de indenização se os danos puderem ser reduzidos ou se dano algum se verificar.

Em nosso país, nos raros casos em que o pedido de reparação do dano se faz na constância da relação empregatícia, é possível cogitar da determinação judicial compulsória da interrupção do contrato pelo prazo de cinco dias, além da indenização devida. A razão é de ordem prática. Entendemos que, efetivamente, o período de licença-paternidade é período de estabilidade provisória no emprego. Esta provisoriedade, porém, é tão curta que não se pode cogitar de reintegração no emprego. A situação difere enormemente da hipótese da Seção 10 da lei sueca, segundo a qual o empregado não pode ser despedido sem justa causa no período de licença, sendo nula de pleno direito a dispensa em tais condições. Com efeito, na Suécia é possível cogitar da reintegração do empregado ainda dentro do período de licença. No Brasil, ainda que tal fosse possível, pouca ou nenhuma seria a vantagem para o trabalhador.

09. É de se ressaltar que, em se tratando de norma de ordem pública, direito absolutamente irrenunciável do trabalhador (que dele não pode dispor, por ser extensivo à entidade familiar em sua integralidade), compete ao Ministério Público zelar pelo seu respeito, não "a posteriori" (vez que, neste caso, até mesmo discu-

tível seria sua legitimidade para atuar em feito onde se reivindica mera compensação pecuniária decorrente de um direito social lesado), mas em caráter preventivo. ENSINA **Egon Felix Gottschalk**;

" A irrenunciabilidade de um direito pode ressaltar (...) da posição de seu objeto, não se incorporando o bem, juridicamente por ele protegido, ao patrimônio **exclusivo** de seu titular, por ser da família, do grupo, da comunidade. São direitos que, simultaneamente, encerram **deveres (COVIELLO)**, apresentando-se, por isso, sob o aspecto de uma **função social**" (grifos do autor) (22).

Observe-se que também os dispositivos da legislação sueca são de ordem pública, sendo vedados quaisquer acordos que restrinjam ou afastem os seus termos. Acordos de disponibilidade de tais direitos, tanto no Direito Sueco como no Brasileiro, devem ser considerados nulos e írritos.

Não dispõe nosso ordenamento jurídico positivo de meios de coerção do pai nos casos em que deliberadamente frustrar esse direito social. Ainda que ele "venda" o tempo de licença-paternidade, ou simplesmente deixe de exercer o direito à interrupção de suas atividades, nenhuma consequência legal advém o comportamento ilícito. É certo que a CLT, no "caput" do art. 437 e em seu parágrafo único estabelece severas sanções ao responsável legal da criança que infringir dispositivos referentes à proteção do trabalho do menor. Em casos extremos de ação ou omissão, existe até mesmo previsão de perda do pátrio poder ou destituição de tutela. Eventualmente, o legislador poderá servir-se de tais precedentes para estabelecer formas mais rigorosas para a prevalência desta norma de ordem pública (solução com a qual não somos simpáticos). Por outro lado, não vislumbramos como possa fiscalização trabalhista atuar com eficiência, se não houver denúncia pela parte interessada. Uma alternativa seria a comunicação às Delegacias Regionais do Trabalho, pelas maternidades, dos eventos ocorridos e dos nomes dos pais. Dada a estrutura precária dos sistemas de saúde e de Inspeção do Trabalho em nosso país, porém, tal alternativa se mostra de viabilidade bastante discutível.

10. No que concerne à concessão de licença-paternidade em caso de adoção - ou, mais precisamente, licença de adoção simplesmente -, pouco vem sendo discutido no âmbito doutrinário. No entanto, o tema é bastante conhecido no campo do direito

comparadô.

A licença de adoção, na **FRANÇA**, é concedida ao pai adotante na hipótese de ambos os cônjuges trabalharem. Para tanto, impõe-se a notificação prévia ao empregador. Caso a licença de adoção venha a ser concedida ao pai, deverá a mãe trabalhadora informar ao seu empregador que ela não pode ou não pretende receber referido benefício (23). Cumpre, porém, ressaltar que, no Direito Francês, as licenças-maternidade e adoção constituem mera autorização para a suspensão do trabalho. Apenas eventualmente, determinadas convenções coletivas de trabalho prevêm o pagamento, pelo empregador, de diferenças entre o montante recebido pela Previdência Social e o valor que o empregado receberia a título de salário.

Nos **Estados Unidos**, a questão referente à adoção é legalmente tratada em diversos Estados. Apenas a título ilustrativo, podemos citar;

a) **Colorado**; As políticas empresariais relativas à paternidade biológica se estendem à paternidade adotiva;

b) **Connecticut**; Concede-se licença não remunerada de 24 semanas a cada período de dois anos em razão de nascimento ou adoção de criança. Os empregados assim licenciados têm direito a retornar às funções anteriores ao afastamento ou a funções equivalentes;

c) **Distrito de Colúmbia**; Um empregado que trabalhou numa companhia por pelo menos um ano, e que tenha trabalhado pelo menos mil horas durante o período antecedente de 12 meses, tem o direito a uma licença não remunerada de 16 semanas a cada período de 24 meses, em razão de nascimento ou adoção de uma criança;

d) Em **New Jersey**, as condições para a concessão de licença se assemelham às Distrito de Colúmbia, com a variante de 12 semanas de licença (e não de 16) e a ressalva no sentido de que a criança adotada tenha menos de 18 anos de idade ou seja incapaz de cuidar-se.

Os tribunais trabalhistas brasileiros, ao que consta, não foram ainda instados a se pronunciar a esse respeito até o momento. Neste aspecto, nosso Direito Administrativo se encontra em muito melhor harmonia com o Estatuto da Criança e do Adolescente do que o Direito do Trabalho. Basta, para tanto, lembrar a edição da Lei Complementar paulista nº 367 que, pioneiramente, concede desde 1984, ao servidor público estadual, licença de 120 (cento e vinte) dias quando adotar menor de até 7 (sete) anos de idade (DOE de 15-

12-1984). A Lei Federal nº 8.112/90, por seu turno, em seu art. 208 dispõe que, pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

É de se prever que, alcançando o âmbito da Justiça do Trabalho, muito provavelmente sua aplicação será objeto de forte resistência. Tomemos por base o julgamento de pedido de licença a adotante (mulher), pelo TRT da 14ª Região, no RO 408/92, Ac. 1335/92, 22.09.92, Rel. Juiz Vulmar de Araújo Coelho Júnior, onde foi adotado o entendimento assim ementado;

“O pedido de licença remunerada à mãe adotante carece de amparo legal. Apesar do pleito ser razoável, em virtude do seu caráter social, não há previsão para o seu custeio, razão pela qual deve ser indeferido” (24).

É lícito concluir que, se óbice levantando para a impossibilidade de concessão de licença ao adotante se resumir na ausência de previsão de custeio da Previdência Social, no caso de licença ao pai-adotante referido obstáculo revelar-se-á inexistente. Isto porque, de acordo com a já citada Instrução Normativa nº 1, não se trata a licença-paternidade de benefício previdenciário, mas de direito trabalhista, pura e simplesmente.

Ademais, se estamos diante de um direito social assegurado, não somente ao pai, mas à **unidade familiar**, teremos que concluir que a licença-paternidade constitui, **também**, direito da mãe e principalmente, do filho, havido ou não da relação do casamento, ou por adoção. E, como já dissemos acima, no caso da adoção, o contato entre pai e filho nos primeiros dias é essencial para o sucesso do relacionamento futuro.

Assim, sob pena de violação ao disposto nos Arts. 227, § 6º, da Constituição Federal e 41 da Lei nº 8.069/90, impõe-se a conclusão no sentido de que o adotante também tem o direito à licença-paternidade.

11. Das reflexões ora lançadas, permitimo-nos extrair as seguintes conclusões;

I - O Art. 473, III, da CLT, retratando conceitos arraigados em nossa sociedade até meados desde século acerca dos limites reservados à paternidade, visava meramente possibilitar que o pai cumprisse imposição legal de registro civil do filho;

II - A Constituição Federal de 1988 introduziu em nosso ordenamento jurídico o conceito de **paternidade responsável**, mais

consentâneo com o estágio atual das relações familiares'

III - A licença-paternidade constitui hipótese de interrupção do contrato de trabalho, consoante entendimento majoritário e prevalecente da doutrina;

IV - A licença-paternidade é direito trabalhista (ou direito social) e não benefício previdenciário;

V - A concessão e o pagamento de licença-prêmio independem de regulamentação, por ser considerada esta, até que venha a ser regulamentada por lei, mera ampliação do período previsto no inciso III do Art. 473 da CLT (contra; Octávio Bueno Magano, que a considera mera hipótese de suspensão não remunerada do contrato);

VI - A licença-paternidade é direito extensivo a todos os trabalhadores, urbanos e rurais, domésticos e servidores públicos civis e militares;

VII - A licença-paternidade é concedida a todo pai, independentemente da forma de vínculo (casamento ou união estável) ou mesmo da existência desse vínculo (pais por qualquer motivo separados, ou pai recém enviuvados);

VIII - Os cinco dias de licença-paternidade, previstos nas Disposições Transitórias, não se somam ao dia da interrupção do contrato (ausência justificada) prevista no Art. 473, III, da CLT (contra; Marly A. Cardone);

XI - A licença-paternidade é devida a partir do dia do nascimento da criança;

X - Pelo que dispõem a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, é sustentável à tese no sentido de que o direito à licença-paternidade é extensivo às hipóteses de adoção; neste caso, a licença deverá ser concedida nos cinco primeiros dias de sua efetivação.

(1) ENGELS, Friedrich - "A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado," Editora Civilização Brasileira, 5ª Edição, tradução de Leandro Konder, págs. 80/81.

(2) RUSSOMANO, MOZART VICTOR - "Comentários à CLT", Rio de Janeiro, Editora Forense, 1983, pag. 503.

(*) O autor é Procurador do Estado de São Paulo, especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP e Mestrando pela PUC/SP.

(3) CATHARINO, JOSÉ MARTINS - "Compêndio de Direito do Trabalho", São Paulo, Editora jurídica e Universitária, 1972, Vol.

II, pág. 614.

Observe-se que o art. 50 da lei de Registros Públicos determina que o nascimento deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto, dentro do prazo de 15 dias, ampliando-se até 3 (três) meses para os lugares distantes mais de 30 (trinta) quilômetros da sede do cartório.

(4) Veja-se, a respeito; " Famílias Rurais do Estado de São Paulo; Algumas Dimensões da Vida Feminina" , artigo de Heleieth Iara Bongiovani Saffioti e Vera Lúcia Silveira Botta Ferrante, publicado na obra conjunta "Trabalhadoras do Brasil", da Fundação Carlos Chagas, São Paulo, Editora Brasiliense, 1982, págs. 111 e ss.

(5) Inicialmente, o texto do Projeto "B" da Constituição Federal previa a concessão de oito dias de descanso remunerado.

(6) Afirgam **Sílvio de Melo, Pérsio Luís Marconi e Sílvia Maria Correa de Melo Marconi**, em seu excelente trabalho " Os Direitos Trabalhistas na Nova Constituição e Seus Reflexos na Legislação do Trabalho" ; " Aqui, novamente, como toda mudança, a idéia, ao ser apresentada, na fase de elaboração, foi motivo de riso e chacota por parte da opinião pública alienada e desinformada. Passado o impacto, todos já a aceitam sem restrições" (Revista da Procuradoria Geral do Estado de São paulo nº 31, Junho de 1989, pág.82).

(7) NASCIMENTO, AMAURI MASCARO - " Direito do Trabalho na Constituição de 1988" , São Paulo, Editora Saraiva, 1989, pág. 188.

(8) OLIVEIRA, FRANCISCO ANTONIO DE - " Direito do Trabalho em Sintonia com a Nova Constituição" São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pg. 289.

(9) MAGANO, OCTÁVIO BUENO - "Política do Trabalho" , São Paulo, LTr Editora, pág. 309.

(10) MANUS, PEDRO PAULO TEIXEIRA - "Direito do Trabalho na Nova Constituição, São Paulo, Editora Atlas, 1989, pág. 35.

(11) FROMM, ERICH - "A Arte de Amar" , Belo Horizonte, Editora Itatiaia, 1966, pág.53.

(12) Revista Veja São Paulo, 11/8/93, reportagem " Os homens que esperam a cegonha", de Amauri Barnabé Segalla, 12 e 13.

(13) De acordo com a Constituição Federal, apenas quatro direitos sociais são comuns aos trabalhadores urbanos e rurais, à categoria dos trabalhadores domésticos, aos servidores públicos civis e militares. Dois deles estão diretamente relacionados à prote-

ção da família, base da sociedade, segundo o "caut" de seu art. 226; licença à gestanter, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias e licença-paternidade, nos termos fixados em lei. Os demais são; décimo-terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria, gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

(14) LACEY, DAN - " Your Rights in the Workplace", Berkeley/CA, Nolo Press, 1991, pag. 10/6.

(15) MONTES DE OCA, Santiago Barajas - " Derecho del Trabajo" - Universidade Nacional Autónoma de México, 1990, pag. 17).

(16) MAGANO, OCTÁVIO BUENO - Ob. cit., pag. 310.

(17) CARRION, VALENTIN - " Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, pag. 337. No mesmo sentido; FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, ob. cit., pag. 290.

(18) CARDONE, MARLY A. - " Proteção à Maternidade - Licença Paternidade", estudo inserto na obra coletiva "Curso de Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento", coordenada por Arion Sayão Romita, São Paulo, LTr Editora, Vol. 1, pag. 283.

(19) NASCIMENTO, Amauri Mascaro - ob. Cit., pag. 188

(20) Nesse mesmo sentido, afirma ALOYSIO SANTOS; "Quanto ao estado civil dos pais a própria Constituição veda peremptoriamente a distinção entre casados e não casados, protegendo à união estável entre homem e mulher como entidade familiar... (art. 226, § 3º)" "Manual de Contrato de Trabalho Doméstico", São Paulo, LTr Editora, 1993, pag 51.

(21) Quanto a este aspecto, a legislação sueca não deixa margem a dúvida. A autorização para ausenta-se do serviço alcança o/a trabalhador/a, enquanto progenitor/a ou adotante. Considerando que se trata de lei que visa a proteção da criança, vai muito mais além, autorizando a concessão da licença;

(a) Ao/À Trabalhador/a que mantenha união estável com o/ a progenitor/a;

(b) O/A trabalhador/a a que esteja casado/a e tenha (ou tenha tido) uma criança com o/a progenitor/a;

(c) O/A trabalhador/a que tenha sido casado/a e tenha (ou tenha tido) uma criança com o/a progenitor/a.

Como se vê, a abrangência da lei sueca, ao tratar de questão que envolve o cuidado à criança, é admirável, merecendo

ser imitada em eventual regulamentação legal desse direito social previsto em nossa Constituição Federal.

(22) GOTTCALK, EGON FELIX - "Norma pública e Privada no Direito do Trabalho", São Paulo, Saraiva & Cia Editores, 1944, pág. 211.

(23) JAVILLIER, JEAN-CLAUDE - "Manual de direito do trabalho", tradução de Rita Asdine Bozacyan, São Paulo, LTr Editora, 1988, pág. 101.

(24) Revista LTr 56/11-1375.

A REALIDADE PRISIONAL E OS DIREITOS DOS ENCARCERADOS NO BRASIL

César Barros Leal *

Casa de Detenção de São Paulo. 02 de outubro de 1992. 111 presos, segundo dados oficiais, foram sumariamente mortos, a sangue frio, com requintes de perversidade, a tiros, golpes de baionetas e mordidas de cães, numa desastrosa operação, que converteu o pavilhão nº 9 do maior presídio no nosso país, com 7.250 homens, num campo nazista de extermínio. O mundo inteiro ficou perplexo, atônito, não só com a violência policial (fato que, aliás apenas reforça a informação de que a Polícia Militar, na Grande São Paulo, tem assumido uma política genocida, pois responsável por uma morte a cada 7 horas), mas também com as profundas deficiências do universo penitenciário que afloraram, então, em toda a sua nudez obscena.

A chacina, por suas dimensões, evoca dois episódios, igualmente deploráveis: o primeiro - a intervenção da polícia, em 1971, na prisão de Attica, no Estado de Nova Iorque, quando, a pretexto de enfrentar a rebelião de 2.200 presos, que controlavam o estabelecimento havia quase uma semana e exigiam mais respeito aos seus direitos humanos, o Governador ordenou a invasão do presídio, por 1.000 policiais, resultando na morte de 40 pessoas; o segundo - a matança, por tropas do exército, armadas de mísseis, metralhadoras, fuzis, dinamites e até arcos e flechas, de 290 detentos sublevados, militantes do **Sendero Luminoso**, ordenada pelo governo peruano, em três cárceres daquele país (Santa Bárbara, San Pedro e El Frontón), em 1986.

Tenha-se em conta que a chacina na Casa de Detenção de São Paulo não deve, em momento algum, ser vista isoladamente (até mesmo porque não foi a primeira naquela Instituição), senão

* Procurador do Estado e Professor da Universidade Federal do Ceará.

como um elo a mais na grotesca corrente de fatos que se repetem com frequência cada vez maior e deixam transparente tanto o despreparo e a crueza dos agentes de segurança como a falência do sistema prisional.

No dia 05 de fevereiro de 1989, em pleno carnaval, na cidade de São Paulo, 50 presos, após uma tentativa de fuga, foram colocados à força por policiais civis e militares, no interior da cela-forte de uma delegacia policial (onde, diga-se de passagem, é comum os presos serem alojados por meses ou anos, esperando julgamento ou cumprindo pena, por falta de vaga nas prisões). O cubículo em que foram jogados media 1 metro e meio de largura por 3 metros de comprimento, não tinha janelas nem iluminação e ali os presos permaneceram nus, asfixiados, durante três horas. Quando a porta de aço se abriu, nove já estavam mortos e outros nove morreram em seguida, a caminho do hospital. Na época, o massacre foi qualificado por Sobral Pinto como **"uma crueldade sem limites"**, enquanto Dom Evaristo-Arns o considerou **"um dos atos mais abomináveis e inadmissíveis jamais vistos na história do Brasil"**. (1)

Em novembro de 1991, no presídio Ary Franco, no Rio de Janeiro, um agente prisional, procurando conter um tumulto, atirou uma bomba incendiária, de natureza até agora ignorada, dentro de uma cela coletiva, de 30 metros quadrados, onde havia 33 detentos. 26 homens morreram carbonizados, numa temperatura que alcançou 1.500 graus centígrados, igual à dos altos fornos das siderúrgicas, usados para a fundição do aço.

Esses dois últimos episódios foram largamente divulgados pela mídia e sobre eles se manifestaram, inclusive, organismos internacionais, como a Americas Watch, que produziu um relatório contundente sobre as condições das prisões no Brasil. (2). Nenhum deles, porém, provocou, como a tragédia de Carandiru, tamanha reação do público daqui e de além-fronteira. Os jornais, o rádio e a tv, a partir de então, têm assinalado a ruína em que se encontra grande parte dos cárceres brasileiros, transformados em barris de pólvora, em cujas instalações precárias vivem milhares de presos, num ambiente de promiscuidade, de violência, de medo, de total desrespeito aos direitos humanos, agravado pelo ócio, pela insuficiente assistência jurídica, pela superpopulação carcerária e pelo domínio das falanges, das quadrilhas.

São 124.000 presos concentrados em 210 prisões e um número indeterminado de cadeias e delegacias de polícia, com capacidade para acolherem apenas 51.000, com um excedente, por conseguinte, de 73 mil presos. Além disso, consta que há mais de

300.000 mandados de prisão por cumprir.

Em artigo publicado no nº 9 da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, comentei:

"Seja na Casa de Detenção de São Paulo, onde cerca de 7.250 homens habitam a maior prisão da América Latina, ou na Penitenciária Aníbal Bruno, de Pernambuco, palco de torturas veiculadas inúmeras vezes pela imprensa, seja na decadente Lemos de Brito, de Salvador, com seu **Beco da Morte**, ou no Instituto Penal Paulo Sarasate do Ceará, semidestruídos por presidiários amotinados, vi a projeção reiterada do mesmo filme, co-produzido pelo estigma, pelo preconceito e pela indiferença.

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade, carentes de assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas improvisadas dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam as suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes como método de obter confissões; prisões onde se conservam as **surdas**, isto é, celas de castigo, expressamente proibidas, nas quais os presos são recolhidos por tempo indefinido, sem as mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico; prisões onde detentos promovem o massacre de colegas, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao constante na sentença ou, embora absolvidos, continuam presos por esquecimento do juiz, que não lhes providencia o alvará de soltura; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém ingressos - que deveriam se submeter a uma observação científica - são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos."(3)

A concorrer para esta ultrajante realidade estão a incúria do governo, a indiferença da sociedade, a lentidão da justiça, a apatia do Ministério Público e de todos os demais órgãos da execução penal, incumbidos de exercer uma função fiscalizadora, por atribuição legal, mas que, no entanto, em face de sua omissão, tornam-se cúmplices do caos.

Considere-se que, ao sofrer a privação de sua liberdade, assume o criminoso o **status** de condenado e entre ele e a administração penitenciária se estabelece uma relação jurídica, com reci-

proximidade de direitos e obrigações. Em outros termos, conserva o condenado todos os direitos reconhecidos ao cidadão pelas leis vigentes, exceto aqueles cuja limitação ou privação façam parte do conteúdo mesmo da pena que lhe foi imposta.

Julio Fabbrini Mirabete, em seus Comentários à Lei de Execução Penal, acrescenta:

"A doutrina penitenciária moderna, com acertado critério, proclama a tese de que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade. Cria-se, com a condenação, especial relação de sujeição que se traduz em complexa relação jurídica entre o Estado e o condenado em que, ao lado dos direitos daquele, que constituem os deveres do preso, se encontram os direitos deste, a serem respeitados pela Administração. Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação."(4)

A Carta Magna de 1988 explicita, no art. 5º, que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. E assegura a todos, extensivamente aos presos, o direito à vida, à honra, à propriedade, à liberdade de consciência e de convicção religiosa, à instrução, à assistência jurídica, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas, assim como ao direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Ao tratar especificamente dos presos, a Lei Maior garante-lhes o respeito à integridade física e moral, estabelecendo que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Mais: buscando assegurar a separação preconizada pelos doutrinadores, define que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, no que, ademais, reiterou norma semelhante consignada na Constituição de 1824.

A Lei de Execução Penal reza, em seu art. 40, repetindo quase literalmente o preceito constitucional, que se impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios, elencando a seguir uma série de direitos, alguns dos quais passíveis de suspensão ou restrição, por razões disciplinares, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. São eles (art. 41): alimentação suficiente e vestuário; atribuição de

trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento, salvo quanto exigência da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; contacto com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação, que não comprometam a moral e dos bons costumes.

Há de registrar-se que esta relação não é exaustiva, uma vez que a lei define, em artigos esparsos, outros direitos, alguns subordinados a certos requisitos, tais como a remição, a autorização de saída e o livramento condicional.

Vê-se, porém, que é grande a distancia entre a lei e a realidade, entre o discurso e a ação, embora não se deva, por isso, desconhecer a relevância do elenco desses direitos, porquanto podem e devem ser invocados para a sua salvaguarda e constituem um alerta para a necessidade de humanizar a execução penal, na medida em que possam despertar a consciência do povo para a posição suicida que tem assumido tradicionalmente com o descaso e o preconceito em relação ao preso.

Atente-se para as conclusões do prof. Sérgio Adorno, do Núcleo de Estudos da Violência da USP, que constatou, após exame minudente das fichas dos detentos da Penitenciária do Estado de São Paulo, no período de 1974 a 1985, que a taxa de reincidência tinha estreita relação com o tratamento que o interno recebe intramuros, pois que o índice mais elevado de retorno ao cárcere foi exatamente dos que sofreram o maior número de punições, como, verbigrácia, o isolamento em celas de segurança, celas essas proibidas expressamente pela Lei de Execução Penal. (5)

O que se indaga, a partir do exposto até agora, vem a ser o seguinte: Que providências devem ser tomadas com vistas a reduzir a defasagem referida anteriormente entre a legislação e a prática, assegurando-se a observância dos direitos fundamentais dos presos?

Que medidas se requerem no sentido de superar os principais problemas que vergastam o nosso parque prisional, garantido-se aos que estão sob a custódia do Estado a proteção de seus direitos

como cidadãos, como seres humanos?

Pois bem. Em resposta, diríamos inicialmente que não há soluções mágicas para este problema que desafia a nossa criatividade, as nossas energias e que demanda um longo, paciente e dedicado esforço conjunto do Governo e da Comunidade.

É preciso, a nosso ver, reformar e/ou construir, por maior que seja o respectivo ônus para os Estados e a União, um número significativo de penitenciárias, de colônias agrícolas e casas do albergado, a fim de assegurar o cumprimento efetivo dos regimes fechado, semi-aberto e aberto, oferecendo, desse modo, a progressividade e a separação de que trata a lei.

É preciso dar um basta à situação de abandono das prisões brasileiras, tão veementemente denunciada em julho de 1992, por ocasião de Seminário, em Brasília, co-patrocinado pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Fundação Friedrich Naumann, comitê Internacional da Cruz Vermelha, como apoio do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, e cujas conferências e conclusões de grupos de trabalho foram reunidas em precioso livro. (6)

É preciso classificar o preso, de modo a proporcionar-lhe um tratamento individualizado, sem iludir-nos com a proposta falaciosa de ressocialização, até mesmo porque unanimemente hoje se reconhece a impossibilidade de uma prisão comum, com todas as suas mazelas e contradições, com a organização social que nela existe, contribuir para a recuperação de um presidiário.

É preciso dar, de forma permanente, séria e objetiva, assistência adequada aos presos, a nível material, social, religioso, jurídico e, sobretudo, laboral, esta como necessária à auto-suficiência dos presídios e como dever social e requisito da dignidade humana, levando-se em conta a habilitação, a condição penal e as necessidades futuras dos internos, assim como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

É preciso discutir a idéia de privatização, proposta que a nosso juízo deve ser implantada experimentalmente em projetos pilotos, em regime de gestão mista, e cujas vantagens são múltiplas: de ordem humana, operacional, legal e financeira.

É preciso discutir, por igual, a adoção de penas substitutivas, endereçadas à categoria de sentenciados para os quais o encarceramento, por seu caráter danoso, não é recomendável, e vistas como forma, inclusive, de desafogar as prisões.

Neste contexto, há um item relevante, que deve ser prioritário e sem o qual todo esforço de otimização da execução penal, toda proposta de assegurar-se ao preso os direitos não

excluídos pela sentença condenatória. carecem de qualquer fundamento. Refiro-me ao pessoal penitenciário, do agente prisional ao diretor da unidade.

Sabido é que os agentes são recrutados nas classes menos favorecidas, percebem um salário baixo, não têm escolaridade e, por isso mesmo, são facilmente corruptíveis. Os técnicos - professores, médicos, assistentes sociais, psicólogos, etc. - a par de seu número sempre reduzido, não têm preparação específica nem dispõem de recursos para desenvolverem uma atividade qualitativa. Já os diretores, com dignificantes exceções, são via de regra jejunos na função, para a qual, bastas vezes, são levados por favoritismo ou por acordos políticos.

Na verdade, mais do que a qualidade das instalações e dos equipamentos, o que importa mesmo é o preparo desse pessoal, a quem cabe administrar o cotidiano dos presos e de cuja capacidade profissional, de cuja diligência, de cujo zelo, dependem a ordem interna, a harmonica relação interpessoal e o respeito à integridade física e moral dos encarcerados.

Relembrem-se os episódios do 2º Distrito Policial de São Paulo, do presídio Ary Franco e de Carandiru, e tenha-se a nitida percepção de que todos os três resultaram do absoluto desprezo à condição humana do presidiário por parte daqueles a quem impenderia, por força do próprio mister funcional, velar pela sua integridade e segurança, mas que, despreparados, desvacionados - dos, acostumaram-se a tratá-lo com desprezo e antipatia, pior do que animais em cativeiro nos zoológicos, segundo o ilustre Prof. Edmundo Oliveira, Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário. (7)

CONCLUINDO

Urge que o Governo Federal e os governos estaduais parem de adotar uma política de avestruz e encarem a questão com a prioridade necessária.

Urge que a sociedade renuncie também à sua postura de indiferença e, atenta, zelosa com a sua própria segurança, exija a implantação de medidas que modifiquem o cenário atual, que garantam a formação, treinamento e aperfeiçoamento do pessoal penitenciário (e aqui me associo a Edmundo Oliveira ao sugerir a criação da Escola Penitenciária Nacional, com núcleos regionais, em convênio com os governos dos estados). (8)

Urge, sobretudo, que a sociedade readquira a sua capacidade de indignação e não silencie, jamais, diante do abandono, da

ignominia e da barbárie.

Só assim poderemos cortar pela raiz as condições ensejadoras do desrespeito aos direitos humanos que têm caracterizado a realidade penitenciária nas últimas décadas.

Consta que foi encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA pedido de condenação do Brasil por violação dos direitos humanos e indenização da família dos internos mortos em Carandiru. Dita petição foi elaborada com base em dados da entidade norte-americana Human Rights Watch, bem assim da Anistia Internacional, OAB, Comissão Teotônio Vilela e Núcleo de Estudos da Violência da USP.

Signatário de convenções internacionais de direitos humanos, o Brasil, que usualmente há adotado uma posição imobilista neste terreno, tem, afinal, de submeter-se não apenas à fiscalização das entidades incumbidas de zelar pelo seu cumprimento, como também às sanções impostas pela transgressão dos princípios nelas contidos.

Nada mais justo e imperativo.

Brasília, 05 de novembro de 1992.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. VEJA, 15.02.89, p. 24
02. RELATÓRIO AMERICAS WATCH: Condições das prisões no Brasil. The Americas Watch Committee, 1989
03. BARROS LEAL, César. O Sistema Penitenciário Brasileiro e os Direitos Humanos. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará (9): 55-64, 1992
04. MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11.07.84. São Paulo, Atlas, 1987, p. 135
05. VEJA, 14.10.92, p. 30
06. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (ed). A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras (Seminário de Brasília de 1991), Instituto Interamericano de Direitos Humanos e Friedrich Naumann-Stiftung, San José da Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992
07. VEJA, 14.10.92, p. 31
08. OLIVEIRA, Edmundo. A Privatização das Prisões. Belém, CEJUP, 1992, p. 26-27

JURISPRUDÊNCIA

TRANSPosição DE CARGO NO SERVIÇO PÚBLICO NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO

É indispensável concurso público para o ingresso na carreira de Procurador do Estado, sendo inadmissível a transposição de Assistente Jurídico para o cargo em questão. Recurso desprovido.

RMS Nº 1.653-5 — PB

Rect.: Antônio Ailton Gonçalves

Impdo.: Secretário da Administração do Estado da Paraíba

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Recco.: Estado da Paraíba

Relator: Min. Américo Luz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o relator os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

Brasília, 7 de junho de 1993 (data do julgamento).

Ministro José de Jesus Filho, Presidente — Ministro Américo Luz, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Américo Luz (Relator): — Adoto o constante do parecer do Ministério Público Federal, que assim resume a espécie (fls. 131/133):

"Trata-se de Recurso Ordinário fundado no art. 105, inc. II, alínea **b**, da Constituição Federal, oposto por Antônio Aírton Gonçalves, objetivando a reforma do v. acórdão de fls. 63/73, proferido pelo E. Tribunal Pleno do Estado da Paraíba, assim ementado:

'Mandado de segurança. Assistente Jurídico de Órgão de Regime Especial que pleiteia enquadramento como Procurador do Estado: Denegação.

Enquadramento do impetrante pelo impetrado no cargo de advogado, Símbolo ANS-917, obedecendo a dispositivo de lei.

DENEGAÇÃO

Não pode perquirir o enquadramento no cargo de procurador quem não preenche os requisitos constitucionais e legais exigidos para tal. (fls. 67)'

Cinge-se a questão a mandado de segurança impetrado por servidor público admitido pelo regime celetista, exercente da função de Assistente Jurídico, objetivando obter da autoridade que entende ser coatora (Secretário de Administração do Estado da Paraíba) enquadramento na função de Procurador do Estado, sob o argumento de desvio de função.

No longo e confuso arrazoado de fls. 75/80, o recorrente limita-se a repetir os mesmos argumentos fáticos da ação mandamental, acrescentando, **in litteris**:

'Por conseguinte, se dúvida houvesse quanto ao direito adquirido do recorrente, seria ela elidida pela superveniência da Constituição Estadual que, em 5-10-89, pelo seu art. 30, inc. XXXIV, assegurou.

'Em caso de desvio de função, por período superior a um ano, o servidor legalmente habilitado adquire o direito à automática efetivação no cargo para o qual esteja desviado, não produzindo efeitos o ato que vier a preencher a vaga com preterição desse direito'. (fls. 79)'

Em contra-razões a Procuradoria Estadual sustenta ser

irretocável a r. decisão recorrida, vez que a pretensão do recorrente 'esbarra na Constituição Federal, na Constituição Estadual da Paraíba e na Lei Complementar Estadual nº 42, de 16 de dezembro de 1986...' (fls. 123).

Conclui, por fim, aduzindo que:

'Bem se vê, portanto, que o ingresso na Carreira de Procurador do Estado depende de concurso público e somente se dará por nomeação. Assim, a forma de provimento derivado pretendida pelo recorrente é completamente inaceitável, porque é ilegal e inconstitucional.

Por outro lado, o recorrente exercia a função de Assistente Jurídico da CEHAP, e não de Procurador, pois esta não existia no quadro do referido órgão. Assim, o seu enquadramento no cargo de advogado do Estado, ANS-917, foi perfeito porque é compatível com o que exercia anteriormente na CFHAP'. (FLS. 125)".

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Min. Américo Luz (Relator): — Louvo-me no pronunciamento ministerial para decidir a espécie, porquanto correto ao asseverar, **verbis** (fls. 133/134):

"**Data venia**, nenhum reparo merece a v. decisão recorrida, vez que, sob a égide da nova Carta Política, o pleito do recorrente é totalmente incompatível com o ordenamento jurídico em regência, e esbarra no óbice intransponível, estatuído no art. 37, II, da CF/88.

Vê-se, pois, que a única solução possível para a hipótese foi aquela adotada pela Administração Pública e acatada pela decisão recorrida, compatibilizando a Lei Estadual com a Constituição Federal.

O posicionamento jurídico do v. acórdão recorrido está em perfeito acordo com as decisões reiteradas da Suprema Corte e desse Superior Tribunal de Justiça, em situações similares em que se destacou a impossibilidade de transposição em não existindo o concurso público, como se vê, **in verbis**:

'Administrativo. Funcionalismo. Reclas-

sificação de cargos no âmbito estadual.

O funcionário público, pelo fato de gozar de estabilidade, não tem direito adquirido a transposição de cargo, se a pretende sem a prestação de concurso prevista na Lei de Reclassificação, no caso a Lei Delegada nº 94, de 20-6-73, do Estado do Piauí.

Contrariedade ao art. 153, § 3º, da Constituição Federal'.

(RE nº 9.288 — DJ de 29-5-81 — p. 5054 — Rel. Min. Décio Miranda).

'Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar. Constituição do Estado de Alagoas.

Arts. 49, inc. X, e 274 das Disposições Permanentes, e arts. 16, 21 e 36 das Disposições Transitórias. Transposição de cargos públicos. Regra abrangente que colidiria com o princípio do recrutamento de pessoal por concursos públicos. Serviços jurídicos da administração local direta e indireta'.

(ADIn. MC nº 362 - DJ de 26-10-90 - p. 11976).

'Do exposto, verifica-se que o ingresso na carreira de Procurador do Estado só se dá por nomeação para a classe inicial, precedida do indispensável concurso, e não como pretende o requerente; se tal ocorrer; **data venia**, violará as normas específicas submetidas nas Constituições acima citadas.

A transferência deste, do cargo que ocupava para o de Procurador do Estado, configura uma inegável nomeação para este último.' (fls. 72)".

Do exposto, nego provimento ao recurso.

LEGISLAÇÃO FEDERAL E ESTADUAL

LEI Nº 8.868, DE 14 DE ABRIL DE 1994.

Dispõe sobre a criação, extinção e transformação de cargos efetivos e em comissão, nas Secretarias do Tribunal Superior Eleitoral e dos tribunais Regionais Eleitorais e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam criados e transformados os atuais cargos em comissão, integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores. Código DAS - 100, dos Quadros de Pessoal das Secretarias do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, na forma do Anexo I desta Lei.

Art. 2º Ficam criados, nos Quadros de Pessoal das Secretarias do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, os cargos de provimento efetivo constantes do Anexo II desta Lei, a serem providos na forma do inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

Art. 3º Ficam transformados, no Quadro de Pessoal da Secretaria do Tribunal Superior Eleitoral, sete cargos de Inspetor de Segurança Judiciária, Código TSE-AJ-026, em igual número de Técnico Judiciário, Código TSE-AJ-021.

Art. 4º Ficam extintos, nos Quadros de Pessoal das Secretarias do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados do Tocantins, Amapá e Roraima, à medida que vagarem, os cargos de Inspetor de Segurança Judiciária, Código Aj-026.

Art. 5º Ficam criadas, nas Secretarias do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, Funções Comissionadas (FC), vinculadas à estrutura organizacional, nos níveis e quantita-

tivos estabelecidos no Anexo III desta Lei, calculadas no percentual de vinte por cento sobre a remuneração dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, de acordo com o Anexo IV desta Lei.

§ 1º Incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria o valor da respectiva função comissionada, à fração de um quinto, nos termos do art. 62. e seus parágrafos da Lei nº 8.112. de 11 de dezembro de 1990.

§ 2º Para efeito de incorporação das parcelas de que trata o parágrafo anterior, fica assegurada a contagem do tempo de exercício no Encargo de Representação de Gabinete.

§ 3º Poderão ser designados para o exercício de função comissionada servidores da administração pública direta e indireta, não pertencentes aos Quadros de Pessoal dos Tribunais Eleitorais, até o máximo de vinte por cento do total das funções.

Art. 6º Pelo exercício de função comissionada é devida, exclusivamente, a retribuição fixada no Anexo IV desta Lei, não se aplicando o disposto no Decreto-lei nº 2.173, de 19 de novembro de 1984; na Lei nº 7.759, de 24 de abril de 1989; e no art. 14 da Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992, com a redação dada pela Lei 8.538, de 21 de dezembro de 1992.

Art. 7º Em decorrência do disposto no **caput** do art. 5º desta Lei, ficam extintos os Encargos de Representação de Gabinete existentes no Tribunal Superior Eleitoral, nos Tribunais Regionais Eleitorais e nas Zonas Eleitorais.

§ 1º As atuais parcelas incorporadas de Encargos de Representação de gabinete dos servidores em atividade, aposentados e pensionistas, de que tratam as Leis nºs 6.732, de 4 de dezembro de 1979, e 7.411, de 2 de dezembro de 1985, passam a corresponder ao nível retributivo das funções comissionadas consoante o Anexo V desta Lei.

Art. 8º O Tribunal Superior Eleitoral fixará, em ato próprio, a lotação dos cargos em comissão e das funções comissionadas, por unidades administrativas, bem como as demais instruções necessárias à aplicação desta Lei.

Parágrafo único. Fica assegurada ao Tribunal Superior Eleitoral, sempre que ocorrer revisão das estruturas organizacionais dos Tribunais Eleitorais, a faculdade de alterar a denominação e remanejar os cargos em comissão e as funções comissionadas de que trata esta Lei desde que não acarrete aumento de despesa.

Art. 9º A gratificação mensal de que trata o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.350, de 28 de dezembro de 1991, devida aos

escrivães eleitorais, passa a corresponder ao nível retributivo da função comissionada FC-3, de que trata o Anexo IV desta Lei.

Art. 10. Fica instituída gratificação mensal devida aos Chefes de Cartório das Zonas Eleitorais do interior dos Estados, pela prestação de serviços à Justiça Eleitoral, correspondente ao nível retributivo da função comissionada FC-1, de que trata o Anexo IV desta Lei.

Art. 11 As Atividades a serem desenvolvidas nas áreas de planejamento de eleições, informática, recursos humanos, orçamento, administração financeira, controle interno de material e patrimônio serão organizadas sob a forma de sistemas, cujos órgãos centrais serão as respectivas unidades do Tribunal Superior Eleitoral.

§ 1º As disposições constantes do **caput** deste artigo aplicam-se a outras atividades auxiliares comuns que necessitem de coordenação central na Justiça Eleitoral.

§ 2º Os serviços incumbidos das atividades de que trata este artigo são considerados integrados ao respectivo sistema e ficam, conseqüentemente, sujeitos à orientação normativa, supervisão técnica e à fiscalização específica do órgão central do sistema, sem prejuízo da subordinação hierárquica aos dirigentes dos órgãos em cuja estrutura administrativa estiverem integrados.

Art. 12. Salvo se servidor efetivo de juízo ou tribunal, não poderá ser nomeado ou designado, para cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente, até o terceiro grau civil, inclusive, de qualquer dos respectivos membros ou juizes em atividade.

§ 1º Não poderá ser designado assessor ou auxiliar de magistrado qualquer das pessoas referidas no **caput** deste artigo.

§ 2º As nomeações para os cargos em comissão e as designações para as funções comissionadas deverão recair em pessoas que possuam formação e experiência compatíveis com as respectivas áreas de atuação.

§ 3º Os Ocupantes dos cargos em comissão, de Secretário e de Coordenador das Unidades de Controle Interno dos Tribunais Eleitorais deverão ter escolaridade de nível superior, com formação complementar ou experiência específica nas atividades inerentes ao sistema de Controle Interno.

Art. 13. Caberá aos Tribunais Regionais Eleitorais a realização dos concursos públicos para o provimento dos cargos efetivos, no âmbito de suas Secretarias.

Parágrafo único. Os Tribunais Eleitorais, à medida que

forem sendo providos os cargos efetivos, deverão reavaliar a necessidade da permanência dos servidores requisitados, informando periodicamente à Secretaria de Recursos Humanos do Tribunal Superior Eleitoral a função e as atividades desenvolvidas por esses servidores.

Art. 14. Ficam revogados os incisos XI do art. 30 e VII do art. 35; e os arts. 62 a 65 e 294 da Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965, que dispõe sobre o Preparador Eleitoral.

Art. 15. Os servidores públicos federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta, quando convocados para compor as mesas receptoras de votos ou juntas apuradoras nos pleitos eleitorais, terão, mediante declaração do respectivo Juiz Eleitoral, direito a ausentar-se do serviço em suas repartições, pelo dobro dos dias de convocação pela Justiça Eleitoral.

Art. 16. As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias da Justiça Eleitoral.

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília 14 de abril de 1994: 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

Publicada no D.O.U. de 15.04.94.

LEI Nº 8.911, DE 11 DE JULHO DE 1994

Dispõe sobre a remuneração dos cargos em comissão, define critérios de incorporação de vantagens de que trata a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no âmbito do Poder Executivo, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - A remuneração dos cargos em comissão e das funções de direção, chefia e assessoramento, nos órgãos e entidades da Administração Federal direta, autarquia e fundacional do Poder Executivo, para os fins do disposto do § 5º do art. 62 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é a constante do Anexo desta Lei, observados os reajustes gerais e antecipações concedidos ao servidor público federal.

Parágrafo Único. (VETADO)

Art. 2º - É facultado ao servidor investido em cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento, previstos nesta Lei, optar pela remuneração correspondente ao vencimento de seu cargo efetivo, acrescido de cinquenta e cinco por cento do vencimento fixado para o cargo em comissão, ou das funções e assessoramento e da gratificação de atividade pelo desempenho de função, e mais a representação mensal.

Parágrafo Único - O servidor investido em função gratificada (FG) ou de representação (GR), ou assemelhadas, constantes do Anexo desta Lei, perceberá o valor do vencimento do cargo efetivo, acrescido da remuneração da função para a qual foi designado.

Art. 3º - Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função

de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.

§ 1º - Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Cargo de Direção - CD.

§ 2º - Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo - FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.

§ 3º - Quando mais de um cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

Art. 4º - Enquanto exercer cargo em comissão, função de direção, chefia e assessoramento, o servidor não perceberá a parcela a cuja adição fez jus, salvo no caso de opção pelo vencimento do cargo efetivo, na forma prevista no art. 2º desta Lei.

Art. 5º - Para efeito desta Lei, considera-se cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração:

I - os de Natureza Especial;

II - os dois níveis hierárquicos mais elevados da estrutura organizacional do órgão ou entidade;

III - os de assessoramento no limite de até quarenta por cento do quantitativo constante no órgão ou entidade.

Art. 6º - As funções de direção e chefia são as de nível hierárquico imediatamente inferior aos níveis previstos no inciso II do artigo anterior.

Parágrafo Único - A designação para as funções de direção, chefia e assessoramento recairá, exclusivamente, em servidor ocupante de cargo efetivo, da Administração Pública Federal, Direta, Autárquica e Fundacional, exceto quando se tratar do limite estabelecido no inciso III do artigo anterior.

Art. 7º - Para efeito desta Lei, a incorporação dos quintos na forma da Lei nº 6.732, de 4 de dezembro de 1979, referente às Funções de Assessoramento Superior - FAS, correlaciona-se com os cargos do Grupo - Direção e Assessoramento Superiores - DAS,

observado o valor deste, igual ou imediatamente superior, na data em que ocorreu a incorporação.

Art. 8º - Ficam mantidos os quintos concedidos até a presente data, de acordo com o disposto na Lei nº 6.732, de 4 de dezembro de 1979, considerando-se, inclusive, o tempo de serviço público federal prestado sob o regime da legislação trabalhista pelos servidores alcançados pelo art. 243 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, observadas, para este efeito, as seguintes prescrições:

I - a contagem do período de exercício terá início a partir do primeiro provimento em cargo em comissão, função de confiança ou função gratificada, integrantes, respectivamente, dos Grupos-Direção e Assessoramento Superiores e Direção e Assistência Intermediárias, instituídos na conformidade da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, ou em cargo de natureza especial prevista em lei;

II - (VETADO)

Art. 9º - É incompatível a percepção cumulativa das vantagens incorporadas de acordo com o art. 2º da Lei nº 6.732, de dezembro de 1979, e a prevista no § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 10 - É devida aos servidores efetivos da União, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cedidos, por afastamento, para exercício em órgão ou entidade do mesmo Poder ou de outro Poder da União, a incorporação de quintos decorrentes do exercício de cargo em comissão e de função de direção, chefia e assessoramento.

§ 1º - A incorporação das parcelas remuneratórias, autorizada neste artigo, será efetivada com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no Poder cedente do funcionário.

§ 2º - Será admitida a conversão dos quintos incorporados, por parcelas equivalentes, nas seguintes situações:

I - quando ocorrer transformação do cargo ou função originária da incorporação efetivada; ou

II - quando acontecer mudança de cargo efetivo, mediante provimento efetivo, para Poder distinto do originário da incorporação efetuada.

§ 3º - A conversão prevista no parágrafo anterior não se aplica ao servidor aposentado que tenha passado para a inatividade com a incorporação de quintos efetivada.

Art. 11 - A vantagem de que trata esta Lei integra os

proventos de aposentados e pensões.

Art. 12 - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13 - Revogam-se a Lei nº 6.732, de 4 dezembro de 1979, o inciso II do art. 7º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991.

Brasília, 11 de julho de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

Romildo Canhim

Publicada no D.O.U. de 12.07.94.

LEI Nº 2.288, DE 29 DE JUNHO DE 1994

CRIA o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor-FUNDECON de que trata o Art. 57 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 e Art. 9º, § 2º da Constituição do Estado do Amazonas, de 05 de outubro de 1989 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

LEI:

Art. 1º - Fica criado o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor - FUNDECON, conforme o disposto no art. 57 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 e art. 9º, parágrafo 2º da Constituição do Estado do Amazonas, de 05 de outubro de 1989.

Art. 2º - O Fundo Estadual de Defesa do Consumidor FUNDECON, tem as seguintes finalidades:

I - Promover medidas e campanhas de formação e informação do consumidor.

II - Implementar um serviço de informação, para o sistema estadual de defesa do consumidor.

III - Desenvolver estudos relativos às relações de consumo, bem como incentivar e apoiar a criação e organização de Associações de Defesa do Consumidor.

Art. 3º - Constituem recursos do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor - FUNDECON, o produto da arrecadação:

I - da multa prevista no art. 57, parágrafo único, e do produto da indenização prevista no art. 100, "caput" da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

II - das indenizações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1965.

III - Outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo.

Parágrafo Único - Poderão, ainda, integrar os recursos do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor-FUNDECON, doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

Art. 4º - O Fundo Estadual de Defesa do Consumidor - FUNDECON, será gerido pelo Conselho Estadual de Defesa do Consumidor - CONDECON.

Art. 5º Ao Conselho de Defesa do Consumidor - FUNDECON, no exercício da gestão do Fundo, compete:

I - Zelar pela aplicação prioritária dos recursos previstos nos incisos I, II e III do art. 3º da presente Lei, na consecução das metas fixadas pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

II - Promover através de órgãos da administração públicas e de associações descritas no art. 5º inciso I e II da Lei Federal nº 7.347, de 24 julho de 1985, eventos relativos à educação formal e não formal de consumidor.

III - Firmar convênios e contratos que objetive atender ao disposto no inciso I, deste artigo.

IV - Fazer editar, em colaboração com órgãos oficiais de Defesa do Consumidor, material informativo que otimize o mercado de consumo do Estado.

V - Incumbir, mediante prévia solicitação dos órgãos oficiais de Defesa do Consumidor, pesquisas sobre fenômenos de mercado.

VI - Promover atividades e eventos que contribuam para difusão da cultura de proteção do consumidor.

VII - Estabelecer sua forma de funcionamento através de Regimento Interno.

Art 6º - Os recursos destinados ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor - FUNDECON, serão mantidos e geridos pelo Conselho Estadual de Defesa do Consumidor - CONDECON, por meio de conta única assinada pelo seu Presidente e por um tesoureiro, que será escolhido entre membros de CONDECON.

Art. 7º - Os recursos arrecadados deverão ser distribuídos por aplicações relacionadas diretamente à natureza da infração ou dano causado ao direito do consumidor.

Art. 8º - Em caso de concurso de credores, de crédito decorrente de condenação prevista na Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e depositado no FUNDECON, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes

terão preferência no pagamento, de acordo com o art. 9º da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Parágrafo Único - Neste caso, a destinação da importância recolhida ao FUNDECON ficará sustada, rendendo juros e correção monetária, enquanto pendentes de decisão de segundo grau, as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestante suficiente para responder pelas dívidas.

Art. 9º - O Conselho Estadual de Defesa do Consumidor - CONDECON, mediante entendimento a ser feito com o Poder Judiciário e o Ministério Público Federal e Estadual, será informado da propositura de toda ação civil pública e depósito judicial e de sua natureza, bem assim de trânsito em julgado.

Art. 10 - O Conselho Estadual de Defesa do Consumidor - CONDECON, passa a integrar a estrutura organizacional da Secretaria de Estado da Justiça, Segurança Pública e Cidadania - SEJUSC, como órgão diretamente vinculado ao titular desta pasta.

Art. 11 - O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo máximo de 60 (sessenta) dias de sua promulgação.

Art. 12 - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 13 - Revogam-se as disposições em contrário.

GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 29 de junho de 1994.

ALCEMIR PESSOA FIGLIUOLO
Governador do Estado, em exercício

DAVID RUAS NETO
Secretário de Estado de Governo

LEI Nº 2.297 DE 02 DE SETEMBRO DE 1994

INSTITUI o Programa de Incentivo ao Turismo de Compras e dá outras providências.

O GOVERNO 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 instituído o Programa de Incentivo ao Turismo de Compras, nos termos desta Lei.

Art. 2º - O Programa de Incentivo ao Turismo de Compras tem por objetivo contribuir para o desenvolvimento da atividade turística na Zona Franca de Manaus, com destaque para aquela voltada às compras de artigos importados no comércio da Zona Franca de Manaus.

Parágrafo Único - O Programa de Incentivo ao Turismo de Compras será elaborado por uma comissão nomeada especialmente para tal fim, pelo comitê de que trata o artigo 6º.

Art. 3º - O Programa de Incentivo ao Turismo de Compras será financiado pelo Fundo de Incentivo ao Turismo de Compras, cuja principal fonte de recursos será formada pela Contribuição de Incentivo ao Turismo de Compras.

Art. 4º - Os recursos de que comporão o Fundo de Incentivo ao Turismo de Compras terão as seguintes origens:

- I - A Contribuição de Incentivo ao Turismo de Compras;
- II - Doações dos Governos Federal, Estadual, Municipal, Governos e entidades públicas e privadas estrangeiras;
- III - Doações de pessoas físicas ou jurídicas;

IV - Convênio ou contratos firmados com os órgãos citados no inciso II;

V - O resultado da remuneração dos recursos momentaneamente não aplicados nas finalidades do Incentivo ao Turismo de Compras;

VI - Outras fontes internas e externas.

§ 1º - As contribuições, doações, e recursos provenientes das demais fontes citadas neste artigo serão feitas diretamente à conta do Fundo, no Banco do Estado do Amazonas, em formulário próprio definido em regulamento.

§ 2º - É vedada a aplicação dos recursos do Fundo para outras finalidades que não as previstas nesta Lei.

Art. 5º - A Contribuição de Incentivo ao Turismo de Compras será recolhida pelos comerciantes estabelecidos na Zona Franca de Manaus, a razão de 0,5% (meio por cento) do valor CIF das mercadorias importadas beneficiadas pelo Decreto Lei 288/67, Lei nº 2084/91, Decreto nº 14.459/92 e Legislação complementar e, ainda, sobre mercadorias estrangeiras importadas, destinadas ao Entrepósito internacional da Zona Franca de Manaus - AIZOF e, internadas na Zona Franca de Manaus, mesmo sem os benefícios alcançados pelos dispositivos legais retro-mencionados.

Art. 6º - O Programa de Incentivo ao Turismo de Compras, elaborado nos termos do que dispõe o artigo 2º, será submetido à aprovação do Comitê de Administração do Fundo que, também, será o responsável pela captação, administração e aplicação dos seus recursos.

§ 1º - O Comitê de Administração do Fundo será composto por um representante do Governo do Estado do Amazonas, indicado pelo Governador do Estado, e representantes da iniciativa privada, sendo um da Associação Comercial do Amazonas, um da Associação dos Importadores da Zona Franca de Manaus, um do Clube de Diretores Lojistas de Manaus e um da Federação do Comércio do Estado do Amazonas, que definirão o seu corpo administrativo.

§ 2º - O Comitê poderá, através de convênios, delegar a terceiros as atividades de captação e administração dos recursos do Fundo.

§ 3º - Compete, ainda ao Comitê:

- I - definir normas, procedimentos e condições operacionais;
- II - definir a periodicidade de aplicação de cada programa;
- III - determinar a prestação de contas dos recursos sob sua administração ou sob a administração de terceiro conveniado;
- IV - elaborar relatório circunstanciado sobre as atividades

desenvolvidas durante a execução de cada programa;

V - avaliar os resultados obtidos.

Art. 7º - O Fundo terá contabilidade própria, registrando todos os atos e fatos a ele referentes, e seu administrador deverá publicar trimestralmente os seus balanços devidamente auditados.

Art. 8º - Constituirão infrações à esta Lei:

I - A malversação ou aplicação indevida dos recursos do Fundo de Incentivo ao Turismo de Compras FITC;

II - O não cumprimento das finalidades desta Lei;

III - O não cumprimento das atribuições fixadas nesta Lei;

Art. 9º - Os infratores dos incisos I, II e III do artigo anterior, estarão sujeitos às penalidades previstas nos Códigos Civil e Penal Brasileiros, cumulativamente.

Art. 10 - Revogadas as disposições em contrário, esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação e será regulamentada no prazo de 60 (sessenta dias) do início de sua vigência.

GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 02 de setembro de 1994.

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO
Governador do Estado

DAVID RUAS NETO
Secretário de Estado de Governo

JOSÉ FERNANDO PEREIRA DA SILVA
Secretário de Estado da Indústria,
Comércio e Turismo

FRANCISCO OLIVEIRA PINHEIRO
Secretário de Estado da Fazenda

ASSUNTOS DIVERSOS

DISCURSO DE SAUDAÇÃO AOS NOVOS PROCURADORES

Jorge Henrique de Freitas Pinho

Exmo. Senhor () representante do Exmo. Sr. Governador do Estado e demais autoridades que compõe a mesa. Colegas Procuradores. Senhoras e Senhores

A distinção que me foi conferida para saudar os jovens e recém-nomeados colegas procuradores, ao ensejo da posse em seus respectivos cargos, deve-se prender ao fato de que em sendo eu um dos mais recentes na carreira, possa igualmente expressar e compreender este momento feliz dos novos procuradores, bem como testemunhar o apreço e respeito que os colegas mais antigos, e, em especial a Chefia Maior da Procuradoria Geral, têm pelos mais novos na carreira.

A posse do procurador é o prêmio final pelo êxito obtido no concurso de provas e títulos a que são obrigados a se submeter tantos quanto queiram ingressar na Procuradoria Geral do Estado, consolidando legitimamente o sistema de mérito.

O concurso público, realizado com lisura e impessoalidade, é a garantia da formação de indispensáveis quadros técnicos para a Pública Administração.

Nos países de primeiro mundo pode-se achar estranho alguém fazer a apologia do concurso público, por parecer redundante e desnecessário. Entre nós, no entanto, é imperioso destacar as vezes em que é realizado com seriedade, para que sirva de exemplo e passe a integrar a rotina de admissão dos Servidores Públicos, em repúdio frontal ao clientelismo e ao nepotismo.

Os colegas ora empossados têm o testemunho dos mais de 150 concorrentes que não lograram êxito no certame, de que os Concursos realizados - há mais de vinte anos pela Procuradoria Geral do Estado são escoimados de qualquer mácula, o que torna mais salutar e gratificante a vitória obtida.

Por isso mesmo, incumbe a nós outros recém-egressos na carreira, a responsabilidade de manter esta tradição, cujos melhores frutos são o respeito à categoria e a possibilidade do digno exercício do cargo, pelo constante aprimoramento das funções jurídicas.

Em que pese aos percalços da carreira que ainda não conta com todas as garantias a que faz jus - é ela, sem sombra de dúvidas, uma dos mais nobres no âmbito das carreiras jurídicas.

Exercer o Procuratório do Estado é lutar intransigentemente pelos legítimos interesses do Estado, com o dever de defender apenas os atos corretos da Administração, sustentando sua legalidade sem esquecer as finalidades da ação pública, em atendimento dos interesses do Estado e da Sociedade.

Não está obrigado o Procurador do Estado a convalidar atos espúrios, pelo contrário tem o dever de envidar os esforços que forem necessários para retirá-los do mundo jurídico, agindo não com a emoção do cidadão violado em seus direitos mas com rigor técnico e eficiência, na busca constante do chamamento do serviço público.

Na certeza de que com ingresso dos jovens e novos colegas, esta Casa se revigora, renasce e ganha força para continuar lutando "O bom combate", pois, muito embora possa faltar à juventude a experiência que o longo dos anos marca nas pessoas, transborda-lhe a vontade de aprender, a inteligência viva, o que o torna extremamente produtivo o encontro dos novos com os antigos, em proveito da Administração.

Maria Hosana, Ronald, Luiz Carlos e Julio Cezar, sede bem vindos a esta Casa cujas portas vos estão abertas de par em par, e que longos e profícuos sejam os anos em que nela permaneceremos juntos.

São estes nossos sinceros e efusivos votos de felicidades. Parabéns!

DISCURSO DE POSSE

Ronald de Souza Carpinteiro Péres

Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado

Exmo. Sr. Representante do Governador do Estado do Amazonas

Exmo. Sr. Representante do Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Amazonas.

Exmo. Sr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil.
Dr. Alberto Simonetti Cabral Filho.

Senhores Procuradores

Senhores e Senhoras.

No momento em que iniciamos nossa vida funcional nesta respeitável instituição, que é a Procuradoria Geral do Estado, coube a mim a honrosa incumbência de falar em meu nome e no dos colegas que comigo iniciam esta jornada.

Para mim não é tão fácil a tarefa em razão do meu temperamento, de natural tímido e avesso a manifestações públicas, o que não poderia servir de pretexto, no entanto, para fugir à missão que me foi dada, vez que a recusa importaria em indesculpável descortesia para com aqueles que me distinguiram com a escolha.

Parece-me desnecessário ressaltar a importância de um órgão como a Procuradoria Geral do Estado, à qual incumbe a responsabilidade de defender os interesses da coisa pública, coisa esta personificada na figura do Estado, tanto mais importante numa época como a atual em que o interesse público é freqüentemente sacrificado em favor de interesses particulares, muitas vezes de caráter espúrio, ou quando essa defesa é negligenciada pelos agentes encarregados de fazê-la, mas que preferem acomodar-se,

porque as causas não lhes oferece vantagem pecuniária adicional.

Assim, os procuradores que aqui ingressam pelo sistema do mérito, têm o dever indeclinável de se empenhar nas batalhas judiciais de interesse do Estado, como se lutassem pelas causas do seu próprio interesse, sem o direito de esmorecer no zelo sob pretexto de eventual insuficiência de remuneração. Quem aceita missões, deve cumpri-las até o fim, e a qualquer custo, especialmente quando se trata da defesa da coisa pública.

Não vou aqui, fazer profissão de fé em prol do direito e da justiça, porque seria repetir lugares comuns e prometer o óbvio. Estou consciente de que a dura realidade do Brasil de hoje torna muito difícil colocar em prática os ensinamentos jurídicos que adquiri na Universidade. O ideal de justiça que povoou os nossos sonhos de estudante, muitas vezes haverá de se esfumar no desempenho da atividade profissional, obstaculizada, muitas vezes, por uma engrenagem corrupta e viciada.

De minha parte, posso apenas prometer que esses óbices não serão capazes de me desalentar. Alertado para o que me espera, e encorajado por uma formação familiar alicerçada em sólidos valores éticos, saberei, como também meus colegas ingressantes, tenho certeza, com a ajuda dos procuradores mais antigos servir a esta instituição com dedicação, competência e dignidade profissional.

Ao encerrar esta alocução, peço vênia a todos os presentes para, em momento puramente pessoal, prestar, com minha posse na PGE, homenagem ao meu bisavô e avô paterno, à minha mãe, que bem serviram ao direito e à justiça na condição de magistrados, ao meu pai, exemplo de homem público, pai e professor de várias gerações, e ao meu avô materno, homem bom e simples, grande figura humana que, se vivo fosse, estaria hoje, exatamente neste dia completando 96 anos de idade, e de quem recebi, ainda na infância, as primeiras lições de vida.

Muito obrigado.

**Esta obra foi impressa com o apoio do
Banco do Estado do Amazonas S.A. - BEA**



GRAFIMA

Gráfica Industrial de Nanaus Ltda.
Rua Visconde de Porto Alegre, 122
Fones: (092) 633-1388 - 633-3230

DGE



Centro de Estudios Jurídicos