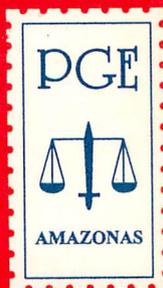




ESTADO DO AMAZONAS

REVISTA  
DA  
PROCURADORIA  
GERAL  
DO  
ESTADO



18/19

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Centro de Estudos Jurídicos

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

R. P.G.E	Manaus	a.13	n <sup>os</sup> 18/19	1995/1996
----------	--------	------	-----------------------	-----------

**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

Diretora do Centro de Estudos Jurídicos  
INDRA MARA BESSA, Procuradora do Estado.

Comissão Editorial:

ANTONIO MENDES DO CARMO, Procurador 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 AMAZONAS.  
Manaus, Procuradoria Geral do Estado, Coordenadoria de  
Documentação e Divulgação Jurídica, 1983.

1983-93 (1-19)

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

## **PROCURADORES DO ESTADO 1995**

### **1ª CLASSE:**

Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes  
Antônio Mendes do Carmo  
Elson Rodrigues de Andrade  
José das Graças Barros de Carvalho  
Lourenço dos Santos Pereira Braga  
Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins  
Oldeney Sá Valente  
Paulo Lobato Teixeira  
Raimundo Frânio de Almeida Lima  
Roosevelt Braga dos Santos  
Sandra Maria do Couto e Silva

### **2ª CLASSE:**

Aldemar Augusto Araújo Jorge de Sales  
Ana Eunice Carneiro Alves  
Indra Mara dos Santos Bessa  
Jorge Henrique de Freitas Pinho  
José Sodré dos Santos  
Leonardo Prestes Martins  
Paulo José Gomes de Carvalho  
Sérgio Vieira Cardoso  
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato

### **3ª CLASSE:**

Angela Beatriz Gonçalves Falcão de Oliveira  
Evandro Ezidro de Lima Régis  
Júlio César Lima Brandão  
Luis Carlos Paulo e Souza  
Maria Hosana Machado de Souza  
Roberta Ferreira de Andrade  
Ronald de Souza Carpinteiro Péres

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

Jaime Carvalho Arantes

## **PROCURADORES APOSENTADOS**

**ADALBERTO ANDRADE DE MENEZES**

- Decreto de 29 de abril de 1988

**ADSON DE SOUZA LIMA**

- Decreto de 08 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 05 de julho de 1982

**FERNANDO DE MELO COLLYER CAVALCANTE**

- Decreto de 28 de agosto de 1987

**FLÁVIO CORDEIRO ANTONY**

- Decreto de 18 de maio de 1995

**FRANCISCO DE ASSIS A. PEIXOTO**

- Decreto de 30 de janeiro de 1962

**HÉLIO SEBASTIÃO DE CASTRO LIMA**

- Decreto de 06 de março de 1980

**JACIREMA SANTANA PAES**

- Decreto de 6 de setembro de 1989

**JAYME ROBERTO CABRAL ÍNDIO DE MAUÉS**

- Decreto de 03 de abril de 1990

**JARI VARGAS**

- Decreto de 29 de dezembro de 1995

**JOÃO BOSCO DANTAS NUNES**

- Decreto de 24 de setembro de 1993

**JOSÉ BERNARDO CABRAL**

- Decreto de 25 de agosto de 1981

**JOSÉ MARTINS DE ARAÚJO**

- Decreto de 25 de agosto de 1995

**LEONOR DO CARMO VILA**

- Decreto de 20 de junho de 1995

- MÁRIO JORGE COUTO LOPES**  
- Decreto de 15 de junho de 1954
- MIOSÓTIS CASTELO BRANCO**  
- Decreto de 04 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
- SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO**  
- Decreto de 09 de março de 1995
- 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 Carmine  
Elzamir Muniz Frade  
Moacir da Silva

#### **EX-PROCURADORES**

Agnaldo E. da Silveira Filho  
Ana Borges Coelho Santos  
Cynthia de Araújo Lima Lopes  
Djalma Monteiro de Almeida  
Vánias Batista Mendonça

## PROCURADORES DO ESTADO 1996

### 1ª CLASSE:

Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles  
Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes  
Antônio Mendes do Carmo  
José das Graças Barros de Carvalho  
Lourenço dos Santos Pereira Braga  
Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins  
Paulo Lobato Teixeira  
Raimundo Frânio de Almeida Lima  
Sandra Maria do Couto e Silva  
Sérgio Vieira Cardoso

### 2ª CLASSE:

Ana Eunice Carneiro Alves  
Indra Mara dos Santos Bessa  
Jorge Henrique de Freitas Pinho  
José Sodré dos Santos  
Júlio Cezar Lima Brandão  
Leonardo Prestes Martins  
Luís Carlos Paula e Sousa  
Maria Hosana Machado de Souza Matos  
Paulo José Gomes de Carvalho  
Roberta Ferreira de Andrade  
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato

### 3ª CLASSE:

Adriane Simões Assayag Ribeiro  
Angela Beatriz Gonçalves Falcão de Oliveira  
Antônio Augusto Martins Neto  
Carlos Alberto Moraes R. Filho  
Elissandra Monteiro Freire  
Ellen Florêncio Santos Rocha  
Erick Cavalcanti Linhares Lima  
Evandro Ezidro de Lima Régis  
Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha  
Onilda Abreu da Silva  
Ricardo Augusto de Sales  
Ronald de Sousa Carpinteiro Peres

Ruth Ximenes de Sáboia  
Ruy Marcelo Alencar de Mendonça  
Suely Xavier Lima

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

Jaime Carvalho Arantes

**PROCURADORES APOSENTADOS**

Adalberto Andrade de Menezes  
Adson de Souza Lima  
Alberto Guido Valério  
Benedito de Jesus Azedo  
Darcy de Santana Costa  
Eduardo Magnani da Encarnação  
Elson Rodrigues de Andrade  
Eros Pereira da Silva  
Fernando de Melo Collyer Cavalcante  
Flávio Cordeiro Antony  
Hélio Sebastião de Castro Lima  
Jacirema Santana Paes  
Jari Vargas  
Jayme Roberto Cabral Índio de Maués  
João Bosco Dantas Nunes  
José Bernardo Cabral  
José Martins de Araújo  
Leonor do Carmo Mota Vila  
Mário Jorge Couto Lopes  
Miosótis Castelo Branco  
Oldeney Sá Valente  
Paulo de La Cruce de Grana Marinho  
Plínio Ramos Coelho  
Roosevelt Braga dos Santos  
Ruy Brasil Corrêa  
Sebastião David de Carvalho  
Silvia Pucú de Stephano  
Vicente de Mendonça Júnior  
Walter Barbosa dos Reis  
Wandina de Araújo Oliveira

## **PROCURADORES FALECIDOS**

Adrião Severiano Nunes Neto

Aureliano Ribeiro Carmine

Caupolican Padilha Gomes

Elzimir Muniz Frade

Moacir da Silva

Onesmo Gomes de Souza

## **EX-PROCURADORES**

Agnaldo E. da Silveira Filho

Ana Borges Coelho Santos

Cynthia de Araújo Lima Lopes

Djalma Monteiro de Almeida

Vanias Batista Mendonça

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

**AMAZONINO ARMANDO MENDES**  
Governador do Estado do Amazonas

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Subprocurador Geral do Estado

## SUMÁRIO

Apresentação .....	21
--------------------	----

### PARECERES

- Remuneração de Servidores. Limites Máximos ..... 23  
- **Raimundo Frânio de Almeida Lima**
- Benefício do art. 49, II., da Lei nº 1.639/83. Servidor aposentado antes de sua Instituição ..... 31  
- **Raimundo Frânio Almeida Lima**
- Pagamento de horas-extras durante o trimestre do gozo de Licença Especial ..... 36  
- **Lourenço dos Santos Pereira Braga**
- Aplicação aos Servidores de Autarquia de regra do art. 82 da Lei nº 1.762/86 .. ..... 43  
- **Lourenço dos Santos Pereira Braga**
- Pedido de Isonomia Vencimental ..... 53  
- **Leonardo Prestes Martins**
- Reintegração de Cargo. Comunicabilidade de Instâncias Penal e Administrativa ..... 62  
- **Júlio Cezar Lima Brandão**
- Legalidade da Inscrição da FUNTEC no Registro Civil de Pessoas Jurídicas..... 70  
- **Jorge Henrique de Freitas Pinho**
- Pagamento de Inativos e Pensionistas do TCE ..... 77  
- **Jorge Henrique de Freitas Pinho**
- Consulta sobre pagamento atrasado do reajuste ..... 83  
- **Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins**

- Autenticação do Termo de Contrato ..... 89  
- **Sérgio Vieira Cardoso**
  
- Compatibilidade entre Acordo Coletivo e a Nova Condição da Superintendência de Habitação ..... 92  
- **Indra Mara dos Santos Bessa**
  
- Incorporação de Função Gratificada assegurada por Acordo Coletivo..... 99  
- **Indra Mara dos Santos Bessa**
  
- Consulta sobre a possibilidade de pagamento de Correção Monetária .....109  
- **Maria Hosana Machado de Souza**
  
- Falta de Recolhimento do ICMS apurado por arbitramento, mediante processo regular, em razão da desclassificação da escrita do contribuinte..... 114  
- **José Sodré dos Santos**
  
- Mercadorias Estrangeiras..... 118  
- **José Sodré dos Santos**
  
- Imposto de Renda. Responsabilidade por Sucessão ..... 125  
- **Roberta Ferreira de Andrade**
  
- Serviço Extraordinário. Cálculo da Remuneração ..... 134  
- **Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes**
  
- Cancelamento Total ou Parcial de Notificação Fiscal ..... 139  
- **Ronald Carpinteiro Péres**
  
- Pagamento de diárias a servidor deslocado. .... 145  
- **Ellen Florêncio Santos Rocha**
  
- Aposentadoria com vencimentos do cargo efetivo. Pedido de substituição pelos do cargo em comissão de maior valor exercido por mais de um ano. Previsão do § 1º do art. 140

da Lei nº 1.762/86. Inativação decretada antes da Lei Estatutária ..... 152

- **Raimundo Frânio Almeida Lima**

- Aposentadoria nos termos do inciso III, a, do art. 111 da Constituição do Estado. Conselheira posta em disponibilidade com a extinção do Tribunal de Contas do Município. .... 160

- **Raimundo Frânio Almeida Lima**

- Estabilidade. Definição de Regime Jurídico ante a Constituição e a Lei ..... 168

- **Lourenço dos Santos Pereira Braga**

- Cessão de Uso de Bens Móveis do Patrimônio Estadual. Inexigibilidade de Autorização Legislativa. Consulta. .... 177

- **Indra Mara dos Santos Bessa**

- Autenticação de Termo de Contrato. Pedido de Reconsideração do despacho denegatório ..... 184

- **Indra Mara dos Santos Bessa**

## **DESPACHOS**

- Restabelecimento da Titularidade de Cargos transformados a partir do art. 21 do ADCT da Constituição do Estado. Pedido ..... 191

- **Raimundo Frânio Almeida Lima**

- Consulta sobre o pagamento de débito oriundo do serviço prestado por terceiro de boa fé, com aquiescência tácita do Estado ..... 198

- **Ana Eunice Carneiro Alves**

- Convenção coletiva. Aplicabilidade de suas normas por fundação de Direito Privado instituída e mantida pelo Poder Público ..... 202

- **Indra Mara dos Santos Bessa**

## TRABALHOS FORENSE

- Mandado de Segurança com Pedido de Liminar .....211  
- **Oldeney Sá Valente**
- Ordem de Habeas-Corpus ..... 224  
- **Oldeney Sá Valente**
- Recurso Especial..... 241  
- **Jari Vargas**
- Impugnação à Cálculo de Liquidações de Sentença.....250  
- **Evandro Ezidro de Lima Régis**
- Informações em Mandado de Segurança ..... 254  
- **Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato**
- Embargos à Execução Fiscal Proposta pelo INSS .....272  
- **Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato**
- Contestação à Ação Anulatória de Decisão Administrativa 284  
- **Elissandra Monteiro Freire de Menezes**
- Contestação à Ação Ordinária ..... 295  
- **Jorge Henrique de Freitas Pinho**
- Ação Declaratória .....302  
- **Jorge Henrique de Freitas Pinho**
- Agravo Retido em Ação Revisional de Aluguéis .....310  
- **Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha**
- Agravo de Instrumento em Ação Ordinária de Ressar-  
cimento Cumulada com Perdas e Danos .....314  
- **Ricardo Augusto de Sales**
- Contestação a Ação Ordinária de Incorporação de  
Gratificação para Inativos.....325  
- **Erick Cavalcanti Linhares Lima**

- Recurso de Apelação ..... 337  
     - **Ruy Marcelo Alencar de Mendonça**
- Recurso Extraordinário ..... 350  
     - **Paulo Lobato Teixeira**
- Medida Cautelar Fiscal Incidental à Execução Fiscal ..... 359  
     - **Evando Ezidro de Lima Régis**

## **DOCTRINA**

- Mandado de Injunção como Instrumento de Proteção Ambiental ..... 365  
     - **Júlio César Lima Brandão**
- A responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor ..... 375  
     - **Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato**
- Considerações sobre alguns aspectos da Medida Cautelar ..... 394  
     - **Roberta Ferreira de Andrade**
- Responsabilidade Civil do Médico ..... 419  
     - **Elissandra Monteiro Freire de Menezes**
- A Impossibilidade de Desapropriação de Terrenos Reservados ..... 434  
     - **Erick Cavalcanti Linhares Lima**
- Da Ação Monitória contra a Fazenda Pública ..... 443  
     - **Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho**
- As Normas do Recurso de Agravo ..... 459  
     - **Paulo Lobato Teixeira**
- Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA ..... 476  
     - **Júlio César de Lima Brandão**

- Guerra Fiscal entre Estados e Municípios ..... 503  
- José Sodré dos Santos

## LEGISLAÇÃO

- Lei nº 2.350 de 18.10.95 - Dispõe sobre a Cobrança Extrajudicial da Dívida Tributária do Estado e dá outras providências ..... 515
- Resolução nº 08/95-GPE – Dispõe sobre a Cobrança de Honorários Advocatícios na esfera extrajudicial, na forma do art. 2º da Lei nº 2.350, de 18.10.95 e dá outras providências ..... 518
- Portaria nº 32/95 - GPGE – Delega Competência à Chefia da Procuradoria Fiscal / PGE para autorizar a formalização de acordos judiciais e dá outras providências ..... 521
- Decreto nº 17.061, de 18 de Março de 1996 - Aprova o Regimento Interno da Procuradoria Geral do Estado, e dá outras providências ..... 523
- Emenda Constitucional nº 15, de 16.03.1995 - Altera a redação dos dispositivos que indica, da Constituição Estadual ..... 535
- Emenda Constitucional nº 16, de 03.05.1995 - Modifica o Inciso II do art. 102 da Constituição do Estado do Amazonas ..... 537
- Emenda Constitucional nº 17, de 28.09.1995 - Altera a redação do art. 44 da Constituição Estadual ..... 538
- Emenda Constitucional n.º 18, de 19. 10.1995 - Suprime parte do texto do art. 95 e de seu inciso I e modifica o texto do art. 96, e da parte de seu § 2º, todos da Constituição do Estado do Amazonas..... 540

- Emenda Constitucional nº 19, de 22.12.1995 – Suprime o § 9º do art. 105 da Constituição do Estado do Amazonas . 542
- Emenda Constitucional nº 20, de 22.12.1995 - Altera as disposições relativas do art. 151 e seus parágrafos da Constituição Estadual ..... 543
- Emenda Constitucional nº 21, de 22.12.1995 – Altera a redação dos § § 2º e 3º do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e acrescenta os § § 4º, 5º e 6º 546
- Emenda Constitucional nº 22, de 22.12.1995 - Revoga o art. 46 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Amazonas ..... 548
- Emenda Constitucional nº 23, de 12.06.1996 – Altera a redação do inciso XXII do art. 109 da Constituição Estadual.. 549
- Emenda Constitucional nº 24, de 13.12.1996 - Dá nova redação ao § 1º, do art. 108 da Constituição do Estado do Amazonas..... 550

## APRESENTAÇÃO

Ao assumirmos, pela terceira vez, a chefia da Procuradoria Geral do Estado, encontramos novamente a nossa Revista com a edição atrasada, sem nenhuma perspectiva de ser retomada a sua publicação. De par com a reestruturação do Órgão, uma das nossas primeiras iniciativas, nesse retorno, foi justamente providenciar a obtenção dos recursos para atualizar este importante e útil repositório de matérias jurídicas produzidas pelos membros da PGE no desempenho de suas complexas atribuições na consultoria e na representação judicial e extrajudicial do Estado.

Ao ensejo, pois, dos vinte e cinco anos de criação da Instituição, o que este ano transcorre, causa-nos emoção e grande alegria podermos aviventar este que é um marco da profícua existência da nossa Corporação, mercê da atuação responsável e competente de seus ilustres integrantes, cuja produção intelectual vem mantendo a PGE no lugar que lhe é devido, entre as mais respeitadas instituições jurídicas do Amazonas.

Com efeito, ao completar o seu jubileu de prata, a PGE consolidou o prestígio de que merecidamente desfruta no seio da Administração Estadual, e isso só foi possível graças ao espírito reinante na Casa, onde se vem cultivando continuamente o estudo da ciência jurídica e, sobretudo, o compromisso de todos os seus membros com os princípios legais, éticos e morais em que se baseia o exercício da Advocacia Pública. Esse estado de ânimo está fielmente traduzido nos artigos doutrinários, manifestações, pareceres, peças e arazoados forenses estampados nesta edição, os quais bem revelam, de um lado, a operosidade dos Procuradores do Estado e, do outro, a relevância das funções que a Constituição lhes incumbiu, não apenas essenciais à Justiça, mas sobretudo indispensáveis à própria existência do Estado de Direito Democrático.

Ao registrar e agradecer a valiosa contribuição de todos os ilustres Procuradores do Estado e dos eminentes colaboradores, bem assim da direção do CEJUR e da Comissão

Editorial, é com grande satisfação que entregamos aos nossos leitores mais este número da Revista da Procuradoria Geral do Estado, relativo ao biênio 1995/96, com a promessa que ora fazemos de que em breve ela estará completamente atualizada, cumprindo, assim, no ano próximo, os seus quinze anos como uma das mais conceituadas revistas jurídicas do Amazonas.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PARECERES****PROCESSO Nº 604/95-PGE****ASSUNTO:** Remuneração de Servidores. Limites Máximos.**INTERESSADO:** O Procurador-Geral da Assembléia Legislativa**PARECER Nº 023/95-PPE/PGE**

REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES.  
LIMITES MÁXIMOS, NOS TERMOS DO  
INCISO X DO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO  
DO ESTADO.

- Na observância dos limites máximos de que fala o inciso X do art. 109 da C.E. (o qual repete o inciso XI do art. 37 da C.F.), não são de ser computadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho que o servidor perceba, mesmo quando incorporadas ao seu vencimento.
- Manifestações reiteradas, nesse sentido, pelo E. Supremo Tribunal Federal, mesmo diante da Lei Federal 8.852/94, que dispõe sobre a aplicação do inciso XI do art. 37 e do § 1º do art. 39 da C.F. no âmbito dos Poderes da União .

Por via de ofício dirigido ao Procurador-Geral do Estado, busca o titular da Procuradoria da Assembléia Legislativa saber quais são as parcelas de remuneração dos servidores públicos que não devem ser consideradas na observância dos limites máximos de que fala o inciso X do art. 109 da Constituição Estadual. É essa, sumariamente, a questão dos autos. Passo a opinar.

Ao início, penso que necessário é demonstrar o que estabelece a apontada disposição da Lei Maior do Estado. Eis !

### Art. 109 - (Omissis)

.....  
X - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, pelos Deputados Estaduais, Secretários de Estado e Desembargadores (...).

Inserida na Carta Estadual em obediência ao que MACHADO HORTA chamou de princípio constitucional estabelecido (in "A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro"), a norma de que aqui se cuida foi produzida à imagem e semelhança exatamente do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. Isso é muito sabido, sem dúvida, mas, por oportuno e em obséquio à certeza, transcrevamos tal dispositivo da Lei Máxima da República:

### Art. 37 - (Omissis)

.....  
XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados (...).

Esse, sem dúvida, foi um dos preceitos do capítulo da Administração Pública de interpretação mais polêmica nos primeiros meses de vigência do ordenamento constitucional instaurado em outubro de 1988. Todavia, não se completara ainda um ano da promulgação da Carta, e já o Supremo Tribunal

Federal, provocado através da ADIn 14-4-DF pela Associação dos Magistrados Brasileiros, definia o seu real conteúdo. Foi em face do § 2º do art. 2º da Lei 7.721/89 — o qual incluía os adicionais por tempo de serviço no conceito de vencimentos dos Ministros do STF —, que o Pretório Máximo, reunido plenamente a 13/09/89, seguindo voto do insigne CÉLIO BORJA, decidiu:

"O parágrafo 2º do art. 2º da Lei Federal nº 7.721, de 6 de janeiro de 1989, quando limita os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal — **computados os adicionais por tempo de serviço** — à remuneração máxima vigente no Poder Executivo, vulnera o art. 39, § 1º, **in fine**, da Constituição, que **SUJEITA A TAL LIMITE APENAS OS VENCIMENTOS, EXCLUÍDAS AS VANTAGENS PESSOAIS (...)**. (In RTJ 130, págs. 475/484 — Os grifos são do original; o versal, não.)

Suceder-se-iam, ainda no âmbito do Supremo, não poucos questionamentos em torno do aludido inciso XI do art. 37 da CF. Caminhando pela trilha que a ADIn 14 abria, a Corte Maior repetiria sempre e sempre o entendimento borjiano construído em consonância com o § 1º do art. 39 da Carta, que, ao prescrever a isonomia de vencimentos, exclui, expressamente, não só as vantagens pessoais, mas, também, as relativas à natureza e ao local de trabalho. ("Estas não integram os vencimentos dos cargos — objeto exclusivo da regra isonômica — mas são atributo e apanágio do servidor", dilucidou o Ministro-Mestre).

Assim, por exemplo, ter-se-ia com o RE nº 141.788-9-CE, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, mais esta decisão, que alarga e ao mesmo tempo particulariza a apreciação do tema:

.....  
II. Vencimentos do Ministério Público estadual: teto; imunidade à sua incidência

das vantagens de caráter individual, ainda que incorporadas.

1. Na ADIn 14, de 28.9.89, Célio Borja, RTJ 130/475, o STF — embora sem confundir o campo normativo do art. 37, XI, com o do art. 39, § 1º, da Constituição — extraiu, da inteligência conjugada dos incisos XI e XII do art. 37, a aplicabilidade, para fins de cálculo dos vencimentos sujeitos ao teto, do mesmo critério do art. 39, § 1º, para fins de isonomia, isto é, o de isentar do cotejo as vantagens de caráter individual.

2. Para esse efeito, constitui vantagem pessoal, e não vencimento, a retribuição percebida pelo titular de um cargo, não em razão do exercício dele, mas, sim, em virtude do exercício anterior de cargo diverso; a chamada incorporação ao vencimento da parcela correspondente não tem o efeito de alterar-lhe a natureza originária, transmutando-a em vencimento, mas apenas o de assegurar-lhe tratamento equivalente ao do vencimento-base (...). (D.J.U. de 18/junho/93, págs. 12.114/115).

Poderia acorrer a alguém a lembrança de que a Lei Federal 8.852/94, editada depois da ADIn 14, veio a dispor sobre o conceito de remuneração para os efeitos constitucionais e dele excluiu apenas as vantagens que enumerou. Desse modo, seria lícito supor que todas as omitidas se somariam aos vencimentos quando se tratasse de definir os limites máximos a que se refere o inciso XI do art. 37 da CF. Mas será exatamente isso o que entende o tribunal ao qual a própria Constituição Federal conferiu o encargo de ser seu guardião (V. art. 102) e seu intérprete por excelência?

Essa indagação e, de resto, toda a referência à citada lei são formuladas aqui apenas por necessidade de prevenir arguições temerárias — registre-se. Afinal, diploma de eficácia restrita ao âmbito dos Poderes da União (V. seu art. 1º), mencioná-lo em resposta a consulta do específico interesse de um Estado-Membro teria valia meramente ilustrativa, não fosse a possibilidade de, eventualmente, vir a ser invocado para decidir questão estadual.

Seja como for, o fato é que, ao ser apreciada pelo Supremo, a aludida Lei 8.852 não suscitou qualquer modificação na compreensão do pretório acerca da questão. É isso o que está bem expresso no arresto relativo ao Agravo em Agravo de Instrumento nº 154.555-1-CE, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, desta forma:

Vencimentos: teto (CF, art. 37, XI): exclusão, no cotejo, da remuneração do servidor sujeito ao teto constitucional das parcelas correspondentes a vantagens de caráter individual (ADIn 14, Borja, RTJ 130/475), como tal considerada a retribuição percebida pelo titular de um cargo, não em razão do exercício dele, mas, sim, em virtude do exercício anterior de cargo diverso (RE 141.788, 8.6.93, Pertence, DJ 18.06.93): não é pertinente à causa a L. 8.852/94, cujos dispositivos, de resto, nem vinculam o STF na interpretação das normas constitucionais nela objeto de regulamentação (...). (D.J.U. de 27/maio/94, pág. 13.193).

E nessa linha seguiu decidindo a Corte Máxima. Veja-se, v.g., este despacho do Min. CELSO DE MELLO, Relator do RE nº 171.647-9-CE:

(...) a remuneração percebida por Secretário de Estado traduz paradigma de observância compulsória, **no que se refere aos servidores do Poder**

**Executivo local**, de tal modo que esse teto constitucional, **por revelar-se inultrapassável**, qualifica-se como fator de indiscutível limitação aos valores estipendiários devidos aos agentes públicos vinculados a esse Poder.

Impõe-se ressaltar, no entanto, que as retribuições pecuniárias devidas ao servidor público em razão de circunstâncias de ordem pessoal ou de caráter funcional (natureza ou local de trabalho) **não se incluem no cômputo geral da remuneração para efeito de incidência do teto constitucional**.

As vantagens de ordem pessoal ou aquelas que se refiram à natureza ou ao local de trabalho traduzem, na realidade, benefícios resultantes da situação funcional particular de cada agente público.

Por efeito de expressa disposição constitucional (CF, art. 39, § 1º), tais vantagens pecuniárias acham-se excluídas dos valores remuneratórios a serem considerados na definição do estipêndio funcional, tendo presente o teto fixado pela Constituição. (D.J.U. de 17/ outubro/94, págs. 27.838/839).

E, por fim, esta outra decisão, mais recente, aplicada como desfecho do Rec. em MS nº 21.840-5-DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO:

.....  
REMUNERAÇÃO - TETO CONSTITUCIONAL - VANTAGENS PESSOAIS. A teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), as vantagens

personais não devem ser computadas para saber-se da observância do teto previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal — precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 14, relatada pelo Ministro Célio Borja, cujo acórdão foi publicado no Diário Justiça de 1º de dezembro de 1989. (D.J.U. de 04/novembro/94, p. 29.831).

Assim, vistas as reiteradas manifestações do Supremo Tribunal Federal em torno do alcance e conteúdo do inciso XI do art. 37 e do § 1º do art. 39 da CF, as quais não mudaram de rota nem mesmo diante das disposições da Lei Federal 8.852 (datada de 04/fevereiro/94) —, estou em que, para os efeitos do inciso X do art. 109 da Constituição do Amazonas, não são de ser computadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho pagas aos servidores, mesmo quando incorporadas aos seus vencimentos.

É o parecer.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus(AM), 12 de junho de 1.995.

**R. FRÂNIO A. LIMA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 604/95-PGE**

**ASSUNTO:** Remuneração de Servidores, Limites Máximos.

**INTERESSADO:** O Procurador-Geral da Assembléia Legislativa

**D E S P A C H O :**

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o judicioso Parecer nº 023/95-PPE/PGE, da lavra do ilustre Procurador Frânio Lima, Chefe da PPE.

Nada mais tendo a acrescentar, devolva-se o processo à Procuradoria da Assembléia Legislativa, em observância das formalidades de praxe.

Em 23/06/95.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 988/95-PPE**

**ASSUNTO:** Benefício do art. 49, II, da Lei nº 1.639/83. Servidor aposentado antes de sua instituição.

**INTERESSADO:** A Dra. Procuradora do Estado (aposentada) Wandina de Araújo Oliveira.

**PARECER Nº 029/95-PPE/PGE**

APOSENTADORIAS DECRETADAS ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. APLICAÇÃO DO DIREITO DE EXTENSÃO INSCRITO NO PAR. 4º DO ART. 40 DA CARTA.

- No caso do benefício de proventos correspondentes ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior ou com acréscimo de 20 por cento quanto o servidor era ocupante da última classe, a data à qual deve retroagir o pagamento é a da Lei 2.293, isto é, 15 de agosto de 1994. Posição que a PGE passou a adotar com a edição desse diploma legal.

Pede a Interessada que a Administração lhe conceda o favor do art. 49, II, da Lei nº 1.639/83, qual seja o adicional pecuniário de 20% (vinte por cento) devido a quem passa à inatividade por tempo de serviço. Pede, ainda, que o pagamento retroaja à data da vigência da Lei 2.293, que é de 15 de agosto de 1994.

Chegado o pleito a esta PPE, logo o encaminhei à instrução pela Divisão de Pessoal, donde retornou agora com a informação de que a aposentadoria da Peticionária se fundou no inciso III e parágrafo único do art. 123 da Lei 701/67, na última classe da carreira de Procurador do Estado, e ocorreu a 31 de maio de 1982.

Até aqui, o relatório. Passo a opinar.

A Lei 701/67, que se aplicava às aposentadorias dos Procuradores do Estado à época da inativação da Postulante (maio/82), não contemplava vantagem como a ora requerida, em verdade. A inserção desta na legislação do interesse da categoria somente ocorreu mais de um ano após tal aposentação, com a Lei 1.639/83 (a atual LOPGE), cujo art. 49 veio a estabelecer que a aposentadoria do Procurador do Estado por tempo de serviço se dá:

I - com os proventos correspondentes ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior;

II - com proventos aumentados de 20 (vinte por cento), quando ocupante da última classe.

Ainda assim, por falta de disposição legal expressa, não foi o favor concedido a quem aposentado já estava.

Essa impossibilidade permaneceria mesmo na Lei 1.762/86, cuja edição marcou avanços no regime jurídico dos servidores efetivos do Estado. Aliás, o E.F. que veio a suceder a 701/67, ao tratar do benefício no art. 139, até consagrou indiretamente a vedação aos inativos, pois fixou:

Art. 139 - (...)

Parágrafo único - O disposto neste artigo aplicar-se-á às aposentadorias decretadas a partir da vigência deste Estatuto.

Somente os constituintes de 1988 removeriam o óbice. Fizeram-no a partir do parágrafo 4º do art. 40 do corpo permanente da Carta, no qual inscreveram:

Art. 40 - (...)

.....

Parágrafo 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. (Grifei).

E porque esse preceito não bastasse para beneficiar igualmente aos então já aposentados, complementaram, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 20 - Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição. (Grifei).

Consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça, a propósito, o entendimento de que, decorridos os aludidos cento e oitenta dias, o dispositivo acima transcrito tornara possível estender o favor em exame às aposentadorias decretadas antes de outubro/88. Isso foi o que restou claro no despacho proferido pelo Ministro WILLIAM PATTERSON nos autos do MS nº 1.612-7-DF, desta forma: "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 a eles devidos a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição e o legislador ordinário não editou nenhuma lei regulamentando o artigo 40, parágrafo 4º citado, ele se tornou auto-aplicável". (Diário da Justiça da União de 02/04/93, págs. 5.637/8).

Foi com apoio nessa decisão, aliás, que esta Procuradoria, no Parecer nº 022/93-PPE/PGE, assentou: "(...) 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 tornou-se devida após os cento e oitenta dias nele fixados”.

Todavia, cerca de um ano depois, em face de ter o Legislativo local aprovado a Lei 2.293, pela qual revogou expressamente o já referido parágrafo único do art. 139 do Estatuto, definiu o Chefe do Executivo que — em casos como o presente — a vantagem seria devida a partir da data da edição daquele diploma revogatório: 15 de agosto de 1994. Em consequência, tornou-se essa a posição da PGE, consoante defendido no MS nº 29.500.087-2, Impetrantes os também Procuradores Adson de Souza Lima e Eros Pereira da Silva, aposentados igualmente antes da Lei 1.762/86.

Por todo o exposto, é de deferir-se o pleito, inclusive quanto à data do início do pagamento do benefício, a qual, afinal, acaba por ser a que a Procuradoria Geral do Estado defende no Processo judicial citado, ainda não decidido.

É o meu parecer.

Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, em Manaus,  
11 de agosto de 1995.

**R. Frânio A. Lima**  
Procurador-Chefe

#### **PROCESSO Nº 988/95-PPE**

**ASSUNTO:** Solicita revisão de proventos, com a inclusão de 20% de que trata o art. 49, II, da Lei n.º 1.639/83, a partir da data da vigência da Lei n.º 2.293, de 15.08.94.

**INTERESSADO:** Wandina de Araújo Oliveira.

#### **D E S P A C H O :**

**APROVO** integralmente as precisas colocações do **PARECER Nº 029/95**, da apurada lavra do ilustre Procurador-

Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, de modo que seja incluído o adicional de 20% (vinte por cento) sobre o montante das parcelas dos proventos da aposentadoria, a partir da vigência da Lei nº 2.293, de 15 de agosto de 1994, que permitiu a extensão da dita vantagem aos funcionários públicos que, igualmente como a petionária, se aposentaram antes da data da instituição do benefício em causa.

Por derradeiro, esclareça-se que, à semelhança de casos idênticos, essa inclusão de vantagem, ao constituir revisão de proventos, alterando o respectivo montante, deverá ser concretizada através de decreto do Chefe do Poder Executivo.

ENCAMINHE-SE o presente Processo ao Gabinete do Governador do Estado, acompanhado da minuta de decreto de inclusão da vantagem.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus, 30 de agosto de 1995.

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Subprocurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 446/95/PGE**

**ASSUNTO:** Pedido de pagamento de horas-extras durante o trimestre do gozo de licença especial.

**INTERESSADO:** Antonio Perreira dos Santos

**PARECER Nº 011/95-PPE/PGE**

ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO POR SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS: NÃO INCORPORAÇÃO AOS VENCIMENTOS. REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR EM GOZO DE LICENÇA ESPECIAL.

**SENHOR PROCURADOR-CHEFE:**

Em petição endereçada, em 24 de agosto de 1994, ao Secretário dos Transportes e Obras pleiteou o Interessado **o pagamento de suas horas extras referentes aos meses de junho, julho e agosto/94** que deixou de ser efetuado quando se encontrava em gozo de licença especial.

Em 12 de setembro o processo foi à Coordenadoria do Sistema de Pessoal da SEAD onde, em 13 de outubro, recebeu informação segundo a qual **a supressão do pagamento de horas-extras foi por obra do Chefe do Poder Executivo, através do Decreto nº 16.053, de 31.05.94** (sic), e restou aduzido que **embora o vigente Estatuto dos Funcionários Públicos Estaduais agende em seus termos legais mencionada vantagem, no período em que o R. solicitou a Licença Especial a suspensão das horas extraordinárias foi decretada** (sic).

Em 21 de novembro a matéria foi objeto do Parecer 125/94-CGS/SEAD que, após confirmar que a supressão do pagamento da gratificação decorreu do Decreto mencionado, conclui por considerar que **se sistematicamente o Postulante recebia o pagamento das gratificações fundadas em horas extras, é certo**

**que as mesmas poderão ser consideradas como direitos e vantagens incorporáveis a sua licença especial e, em tal circunstância, entende-se como procedente o pedido da peça prima (sic), para o que tomou em linha de conta a regra do art. 78 da Lei 1762/86.**

O entendimento foi aprovado e os autos encaminhados à SETRAN, para elaborar a folha de pagamento necessária. Quando os documentos iniciais desse procedimento chegaram à Secretaria da Administração, para processamento, a Auditoria dos Sistemas questionou a legalidade, sugerindo fosse solicitada audiência desta Procuradoria, no que foi atendida pelo inteligente e culto Titular da Pasta.

Relatei.

A questão parece circunscrever-se à natureza da gratificação pela prestação de serviços extraordinários e sua incorporação aos vencimentos do servidor ante o fato da habitualidade do pagamento.

Nesse âmbito, indispensável firmar que não se cogita, aqui, de agente público vinculado ao regime trabalhista, onde o pagamento habitual de vantagens, inclusive a de que se trata, proporciona a incorporação do valor respectivo, ainda que pela média, ao patrimônio salarial do empregado, sendo vedado retirá-la, a partir daí, conforme entendimento já consagrado no campo da aplicação do Direito do Trabalho. O Requerente, entretanto, vincula-se ao Estado pelo regime do Estatuto (Lei nº 1762, de 14 de novembro de 1986), não sendo de interesse, pelo tanto, a orientação doutrinária e jurisprudencial reportada.

No plano estatutário há, como sabido, os vencimentos e as vantagens, estas que o saudoso **HELIO LOPES MEIRELLES**, de citação obrigatória, define como **acréscimos de estipêndio do funcionário, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (ex facto temporis), ou pelo desempenho de funções especiais (ex facto officii), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (propter laborem, ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (propter personam).** (cfr. "Direito Administrativo Brasileiro",

14ª edição, Revista dos Tribunais, 1989, p. 400). De vencimento não se trata, porquanto esse é a *retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao valor fixado em lei para o respectivo símbolo, padrão ou nível*, como propriamente definido pelo art. 80 do Estatuto. E, tratando-se de vantagem, tem-se a que se encontra prevista no inciso V do art. 90 da legislação que vincula ao direito público.

Pois bem: a propósito dessas, ensina o mestre:

***Certas vantagens pecuniárias se incorporam automaticamente ao vencimento (v.g., por tempo de serviço) e o acompanham em todas as suas mutações, inclusive quando se converte em proventos da inatividade (vantagens pessoais subjetivas); outras, apenas são pagas com o vencimento mas dele se desprendem quando cessa a atividade do servidor (vantagens de função ou de serviço); outras, independem do exercício do cargo ou da função, bastando a existência da relação funcional entre o servidor e a Administração (v.g., salário-família) e, por isso mesmo, podem ser auferidas mesmo na disponibilidade e na aposentadoria, desde que subsista o fato ou a situação que as geram (vantagens pessoais objetivas).***

(idem, ibidem).

E, embora o estatuto local não incorpore a distinção, as vantagens compreendem **os adicionais e as gratificações**, que se diferenciam por serem aqueles, os adicionais, **uma recompensa ao tempo de serviço do funcionário ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática**, enquanto as gratificações constituem **compensação por serviços comuns executados em**

**condições anormais para o funcionário, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor** (idem, p. 402).

Assim, o que a lei baré denomina de gratificação por tempo de serviço (art. 90, III), por exemplo, é **adicional**, enquanto **gratificação** é, mesmo, a verba pela prestação de serviços extraordinários (art. 90, V), como também é a paga pela execução de trabalhos de natureza especial, com risco de vida ou de saúde (art. 90, VI), por exemplo. É a primeira conclusão, já possível desde aqui.

Tratando-se de **gratificação** e não de adicional, tem-se que é característica básica dessa vantagem a sua **transitoriedade**, justo por ser concedida, no dizer do eminente administrativista pátrio que tanto respeito impõe, **em razão das condições excepcionais em que está sendo prestado um serviço comum (propter laborem), ou em face de situações individuais do servidor (propter personam)**. A gratificação pela prestação de serviços extraordinários integra, como evidente, o primeiro grupo, eis que o lhe dá causa é a execução de serviços em jornada prolongada, i.e., em tempo que excede ao normalmente fixado como de expediente da repartição pública. É, portanto, **gratificação propter laborem**, o que se alinha como segunda conclusão.

O caráter de transitoriedade da gratificação (**pro-labore faciendo**) faz incompatível sua integração ao fixo vencimental do servidor, justo porque a ela a Administração se obriga na medida mesma, e a cada vez, em que ocorra a prestação do serviço em condições especiais, aí incluída a jornada de trabalho. De lembrar, outra vez, a palavra do professor:

***As gratificações - de serviço ou pessoais - não são liberalidades puras da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente***

**ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Na feliz expressão de Mendes de Almeida, são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de circunstâncias momentâneas (op. cit., p. 408).**

Tanto basta para me autorizar, "data maxima venia", a dissentir do entendimento do eminente Consultor de Sistemas da SEAD. É com essa compreensão que leio a regra do art. 78 do Estatuto barê, "in verbis":

***Art. 78 - Após cada quinquênio de efetivo exercício, o funcionário fará jus à licença especial de três meses, com todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo, podendo acumular o período de dois quinquênios.***

Direitos e vantagens do cargo do servidor não englobam as gratificações, mesmo a que se refere à prestação de serviços extraordinários, por sua natureza transitória e de "pro-labore faciendo", devida, de conseguinte, em correspondência com a realização do trabalho em jornada prolongada, o que corresponde à afirmação de que no gozo de licença especial o servidor não faz jus à percepção de gratificação por horas-extras.

Não tenho, então, como óbice ao deferimento do pedido o decreto governamental que proibiu a prestação de serviços extraordinários e sua conseqüente remuneração. Tenho, insisto, que as horas-extras não integram a remuneração do servidor em gozo de licença especial, por sua própria natureza de transitoriedade.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO, em  
Manaus, 10 de abril de 1995.

**LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA**  
Procurador do Estado.

**PROCESSO Nº 446/95/PGE**

**ASSUNTO:** Pedido de pagamento de horas extras durante o  
trimestre de gozo de licença especial.

**INTERESSADO:** Antonio Perreira dos Santos

**D E S P A C H O :**

R. hoje

Adoto. Efetivamente, no regime estatutário, não há como cogitar-se de incorporação de pro labore faciendo a vincimentos, pelo menos sem expressa determinação legal. Aliás, de incorporação de vantagens transitória, indistintamente, o direito local só fala quando em relação a proventos, como o faz, v.g., art. 142 da Lei 1762/86.

PPE/PGE, em Manaus, 12 de abril de 1995.

**R. FRÂNIO A. LIMA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 446/95/PGE**

**ASSUNTO:** Pedido de pagamento de horas extras durante o  
trimestre de gozo de licença especial.

**INTERESSADO:** Antonio Perreira dos Santos

**DESPACHO :**

APROVO, por seu fundamento jurídico e lúcida formulação, o PARECER Nº 0011/95, da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, ao esclarecer que, no gozo de licença especial, não se percebe gratificação por serviços extraordinários, porque não havendo efetivo cumprimento de horas extras não pode haver percepção dessa vantagem, razão por que o Decreto do Executivo de supressão dela (horas extras) não teve interferência no caso em foco.

Demais, no regime estatutário, não há incorporação de gratificação de "pro labore" a vencimentos de servidor ativo e somente ocorre incorporação aos proventos de aposentadoria, na hipótese de percepção contínua da vantagem por mais de cinco anos, antes de o servidor passar à inatividade, como bem sublinha em seu despacho o eminente Procurador-Chefe da PPE/PGE.

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

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus, 20 de abril de 1995.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 01820/94-PGE**

**ASSUNTO:** Aplicação aos servidores de autarquia de regra do art. 82 da lei nº 1.762/86

**INTERESSADO:** Instituto de Desenvolvimento Rural do Estado do Amazonas

**PARECER Nº 010/95-PPE/PGE**

ADMINISTRATIVO. REGRA QUE AUTORIZA CRIAÇÃO DE AUTARQUIA: VIGÊNCIA E EFICÁCIA. TRANSPOSIÇÃO DE SERVIDORES PARA O RÉGIME ESTATUTÁRIO. TERMO INICIAL DO EFETIVO EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. INCOMUNICABILIDADE DE RÉGIMES JURÍDICOS.

**SENHOR PROCURADOR-CHEFE:**

Encampando solicitação formulada por um de seus técnicos, o Diretor-Presidente do Instituto de Desenvolvimento Rural do Estado do Amazonas submeteu a exame desta Procuradoria consulta sobre a aplicação aos servidores da autarquia da regra do art. 82 da Lei 1762/86, envolvendo basicamente "duas questões a saber:

1 - a concessão do benefício tem efeito retroativo ao mês de maio de 1993 ou a janeiro de 1994?

2 - como a concessão está sendo operacionalizada pela SEAD a partir de maio de 1994, o valor a ser pago será corrigido?"

Nesta Casa, o eminente Procurador-Geral do Estado fez encaminhar a consulta à Secretaria da Administração, a fim de receber o indispensável parecer conclusivo do órgão central do respectivo Sistema de Pessoal", em despacho datado de 05 de outubro de 1994.

Em 21 do mesmo mês, foi a matéria distribuída à Consultoria Geral dos Sistemas, sendo que em 07 de novembro o Consultor solicitou audiência da Auditoria dos Sistemas, no que

terminou atendido em 22 de dezembro, quando resultou informado que "os pedidos referentes às Gratificações de Vantagem Pessoal dos servidores da EMATER-AM estão sendo concedidos a partir de FEVEREIRO/94, de acordo com orientação verbal da própria Coordenadoria e da CGS" (sic).

Em 05 de janeiro deste ano os autos retornaram ao ilustre Consultor que, a 22 de fevereiro, pronunciou-se favoravelmente à consideração da vigência da Lei 2.202, de 03 de maio de 1993, como termo inicial "para efeito de percepção das vantagens consignadas no citado art. 82 (quintos) da mencionada lei, observando que o conteúdo do art. 2º do decreto 15.186, diz respeito ao período anterior àquele diploma legal" (sic).

Em 13 de março, o Consultor-Chefe aprovou o Parecer a 20 daquele mês o inteligente e culto Titular da Pasta fez retornar o processo à Procuradoria.

Relatei.

Versa a consulta sobre questão de direito intertemporal que pode ser assim resumida, em ordem cronológica de regulação positiva:

a) a Lei nº 2.202, de 03 de maio de 1993, autorizou "o Chefe do Poder Executivo a transformar a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado do Amazonas - EMATER/AM em Instituto de Desenvolvimento Rural do Estado do Amazonas...";

b) o Decreto nº 15.816, de 24 de janeiro de 1994, aprovou "o Quadro de Pessoal e o respectivo enquadramento dos servidores do Instituto de Desenvolvimento Rural do Estado do Amazonas - EMATER";

c) na mesma data, o Decreto nº 15.817 transformou a Empresa em Instituto.

E, ao que destaca o consulente, como o artigo 9º da Lei submeteu os servidores ao regime jurídico instituído pela Lei 1762, de 14.11.86, na qualidade de funcionários públicos,

o objeto da consulta é a definição do momento em que terá ocorrido efetivamente a passagem dos agentes públicos de um para outro regime jurídico de vinculação com o Estado.

A matéria posta sob exame a mim se me revela intrincada a partir da constatação de que a Lei 2.202, de 03 de maio de 1993, não poderia autorizar o Chefe do Poder Executivo a criar a autarquia, por transformação da empresa pública, tal como terminou fixado pelos artigos 1º e 2º, "in verbis":

*"Art. 1º - Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a criar, mediante a transformação da atual EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO ESTADO DO AMAZONAS - EMATER/AM, o INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO RURAL DO ESTADO DO AMAZONAS - EMATER/AM, entidade autárquica, dotada de personalidade jurídica de direito público interno e autonomia técnica, administrativa e financeira, com sede e foro na Capital do Estado e jurisdição em todo o território amazonense, vinculado à SECRETARIA DE ESTADO DA PRODUÇÃO RURAL E ASSUNTOS FUNDIÁRIOS - SEPROR".*

*"Art. 2º - O Instituto, cuja criação é autorizada por esta lei, terá por finalidade contribuir para o desenvolvimento auto-sustentado do meio rural do Amazonas, atuando como instrumento de ação técnico-administrativa para a execução eficiente das políticas agrária, agrícola, pesqueira e florestal, previstas nos artigos 174 e 175 da Constituição Estadual..."*

É que a fórmula encontrada para a criação da autarquia

não se compadece com a regra do inciso XIX do artigo 37 da Constituição da República, segundo a qual

***"somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública",***

reproduzida, como indispensável no parágrafo 2º do artigo 105 da Carta do Estado.

Não foi assim, entretanto, que procedeu o Estado. Ao que se constata, em maio de 1993 houve tão-só a **autorização para criação da autarquia**, o que faz dessa regra uma norma de **eficácia limitada**, daquelas que necessitam de outra, que JOSÉ AFONSO DA SILVA, o constitucionalista, denomina de **integrativa**. Foi o que ocorreu. Em 24 de janeiro de 1994, o Chefe do Poder Executivo fez editar o Decreto de nº 15.817, em cópia nos autos, em o qual fixou:

*"Art. 1º - Fica criado o INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO RURAL DO ESTADO DO AMAZONAS - EMATER..."*

*"Parágrafo único - O Instituto de que trata este Artigo constitui autarquia estadual, com personalidade jurídica própria de direito público interno, com sede e foro em Manaus, vinculado à Secretaria de Estado da Produção Rural e Assuntos Fundiários - SEPROR".*

Desta forma, **para considerar existente o Instituto de Desenvolvimento Rural, como autarquia, outra não me parece possa ser considerada como data de sua criação senão a do Decreto por último referido, i.e., 24 de janeiro de 1994, o que consiste na primeira conclusão que me imponho, desde aqui.**

A mesma exigência constitucional de **lei específica** para

criação de autarquia é feita expressamente pelo parágrafo 2º do artigo 105 da Carta do Estado para a **extinção** das entidades que integram a Administração Indireta do Executivo, isto é, além daquelas, as “*sociedades de economia mista*” (II), as “*empresas públicas*” (III), as “*fundações públicas*” (IV), bem como “*as demais entidades de direito privado sob o controle direto ou indireto do Estado e Municípios, inclusive sob a forma de participação acionária*” (V).

Também não foi assim que agiu o Estado, no particular. A Lei 2.202/93, como visto, ao autorizar a criação do Instituto vinculou esse ato à **transformação** da empresa pública, não a extinguindo, portanto. Depois, o Decreto 15.817 estabeleceu:

*“Art. 7º - Com a estruturação do Instituto de Desenvolvimento Rural do Estado do Amazonas, **fica extinta** a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado do Amazonas.”*

*“Parágrafo único - **Com a extinção prevista neste artigo**, serão transferidos para o patrimônio do Instituto os bens, direitos e obrigações da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado do Amazonas, a título gratuito, a ser formalizado em ato próprio.”*

A segunda conclusão que alinhio, desde agora, é então no sentido de que a **EMATER, enquanto empresa pública, existiu até a data do Decreto em referência, i.e., 24 de janeiro de 1994, quando o Instituto foi criado.**

Numa palavra: a criação da autarquia resultou condicionada a fato futuro — *a edição de decreto governamental* — submetida, por consequência, a esse mesmo fato a extinção, por transformação, da empresa pública.

Essa constatação influi, “*data máxima venia*”, na leitura de todas as normas da Lei 2.202/93, inclusive a do artigo 9º, “*in verbis*”:

*“Art. 9º - Ficam submetidos ao regime jurídico instituído pela Lei nº 1762, de 14 de novembro de 1986 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas), na qualidade de funcionários públicos, os atuais servidores sujeitos ao regime celetista, integrantes da tabela de pessoal da EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO ESTADO DO AMAZONAS - EMATER/AM, exceto os admitidos por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de contratação.”*

Não se tem aqui, **data máxima venia**, norma de eficácia plena, embora possa parecer, à primeira vista, que regula inteira e completamente a matéria que lhe serve de objeto, tal como foi sugerido na consulta e como parece haver sido acatado pelo digno parecerista da SEAD. A transposição para outro regime jurídico, **o estatutário**, decorreu, ao querer da lei, da criação do Instituto, como autarquia, e isso não se operou, como visto, na data em que a lei entrou em vigor, justo porque ela própria **submeteu essas medidas a fato futuro: a edição do decreto**.

Não cogito se a lei poderia operar a transposição de servidores de um para outro regime jurídico sem ferir a regra do **artigo 37, II, da Constituição Federal**, que afinal assim procedeu a Lei do Regime Jurídico único, no plano da União. Tenho como inafastável, entretanto, **venia concessa**, que enquanto servidores de empresa pública não poderiam os agentes de que se trata ser subordinados ao regime estatutário, a uma porque o artigo 39 da Lei Mãe o destina ao âmbito da administração direta, da autárquica e da "fundacional" (sic), a duas, porque o parágrafo 1º do artigo 173 da mesma Constituição obriga ao regime trabalhista, que alguns poucos denominam de **celetista**, que é o **próprio das empresas privadas**.

Assim sendo, quando mais não fosse, **porque a extinção da EMATER como empresa pública somente se deu**

com a edição do Decreto nº 15.817, de 24 de janeiro de 1994, tenho que aí, e somente aí, foi que a norma de transposição de servidores para o regime estatutário se tornou eficaz, o que constitui outra conclusão, a terceira, neste ponto da análise.

O artigo 8º da Lei 2.202/93 dispôs:

*“O quadro de pessoal da nova autarquia com a respectiva tabela de vencimentos será aprovado mediante decreto governamental, observado o plano de cargos e salários adotado pelo Estado, mas observada a especificidade das atribuições do instituto.”*

A par de registrar estranheza com a delegação para criação de cargo público por Decreto, que dessa regra consta, tenho como inevitável considerar que a passagem dos servidores para o regime estatutário restou vinculada a outro fato futuro, desta feita a **aprovação, pelo Executivo, do quadro de pessoal**. Basta a esse raciocínio, **data venia**, considerar que no âmbito trabalhista existem empregos, sendo os cargos próprios da esfera estatutária, hoje por distinção admitida a partir da própria Constituição. Pois bem: **como falar de servidor estatutário sem que ostente a condição de titular de cargo?**

Casualmente, no mesmo dia 24 de janeiro de 1994 o Chefe do Executivo fez editar outro Decreto, de nº 15.816, para aprovar **o quadro de pessoal e o respectivo enquadramento dos servidores do Instituto...**

**Tenho aí, então, a norma integrativa necessária à plena eficácia da regra de autorização para transferência dos servidores da empresa pública do regime trabalhista para o estatutário.** Aliás, ao formular essa última conclusão não me distancio, como necessário, do entendimento dessa nobre Chefia no Parecer nº 068/92-PPE/PGE, quando Vossa Excelência fincou, com a serenidade do domínio, orientação para que a autarquia, ao ser criada, utilizasse o regime do Estatuto para vinculação de seus servidores.

Por todas essas razões, discordo **data máxima venia** do entendimento do culto parecerista da Secretaria da Administração, **para considerar como termo inicial da contagem do tempo de serviço dos servidores em questão, na condição de estatutários, a data dos Decretos 15.816 e 15.817, i.e., 24 de janeiro de 1994.**

Uma última questão a ser enfrentada é a que diz com o conteúdo do artigo 2º do Decreto 15.816/94, "in verbis":

*"Fica assegurado aos servidores do Instituto, a contagem do tempo de serviço em cargo ou função de confiança, exercidos na Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado do Amazonas, ou em outra Instituição da Administração Pública Estadual, para efeito do adicional de que trata o Artigo 82, da Lei nº 1.762/86."*

Esta Procuradoria tem entendido, reiteradas vezes, que o "exercício em cargo ou função de confiança" de que trata o artigo 82 do Estatuto se restringe ao âmbito dessa mesma legislação, que de vantagem estatutária se trata, o que somente haverá de ser revisto se a extensão do benefício for expressamente autorizada por diploma legal do mesmo nível hierárquico do Estatuto. Não considero, então, e em obediência ao princípio da hierarquia das normas, que o decreto governamental possa ter força de modificação da lei, preferindo, no particular, haver por mais legítimo o fixado pelo parágrafo único desse mesmo artigo.

*"Para concessão do adicional de que trata este Artigo, será observada a legislação pertinente à matéria."*

É claro que a obrigação de dar cumprimento à lei não decorre dessa norma do ato do Executivo, mas leio nela a restrição necessária a tornar inócua a regra do **caput** do artigo, em obséquio ao princípio da legalidade, hoje com assento constitucional.

Isto considerado, tenho como conclusão final, para responder à consulta, que o tempo de serviço como estatutários dos servidores da extinta empresa pública somente se iniciou em 24 de janeiro de 1994 — quando foi criada a autarquia e quando foi instituído o quadro de pessoal do novo órgão — computando-se daí, e somente daí, o eventual efetivo exercício para efeito de concessão da gratificação de que trata o artigo 82 da Lei 1762/86, salvo relativamente a quem ostentasse a condição de estatutário desde antes.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus, 04 de abril de 1995.

**LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA**  
Procurador do Estado

**DESPACHO:**  
Adoto.  
Encaminhe-se.  
PPE/PGE, em 05.04.95

**R. FRÂNIO A LIMA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 01820/94-PGE**  
**ASSUNTO:** Aplicação aos servidores de autarquia de regra do art. 82 da lei n.º 1.761/86.  
**INTERESSADO:** EMATER

**DESPACHO:**

APROVO, por seus próprios fundamentos, o bem lançado Parecer nº 010/PPE/PGE, concluindo que o regime

estatutário dos servidores da extinta empresa pública somente se iniciou em 24.01.94, quando foi criada a autarquia passando, daí em diante a ser devida a gratificação de que trata o art. 82 da Lei 1762/86.

Nada tendo a acrescentar, devolva-se o processo à EMATER, de onde se origina, com observância das formalidades de praxe.

Em 06.04.95

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 106/94-PGE****ASSUNTO:** Pedido de isonomia vencimental**INTERESSADA:** Maria Tereza Serrão de Sousa**PARECER Nº005/95-PPE/PGE**

**CARGOS DE BIBLIOTECÁRIO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. FIXAÇÃO DE VENCIMENTOS IGUAIS, ATRAVÉS DA LEI 2.234, DE 20 DE JULHO DE 1993. ISONOMIA DE VENCIMENTOS QUE SE RECONHECE E SE DÁ PROVIMENTO.**

MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA, com fundamento no parágrafo 1º, do artigo 39 da Constituição Federal, dirige requerimento ao Sr. Procurador-Geral do Estado solicitando ISONOMIA DE VENCIMENTOS com os correspondentes de Bibliotecário da Administração Direta.

A postulante diz que exerce o cargo de Técnico de 3ª Classe, Nível M, Referência I, com lotação na Biblioteca Jurídica desta PGE. É Bacharel em Biblioteconomia formada pela Universidade do Amazonas e que exerce desde 1978 a chefia da Biblioteca desta Procuradoria-Geral do Estado.

Registra, ainda, que foi enquadrada no cargo de bibliotecária pela Lei Nº 1.253/77, mas que, através do Decreto nº 6.011, de 04.12.81, todos os cargos de bibliotecário da Administração Direta passaram a ter lotação na SEDUC.

Entretanto, a requerente passou a prestar serviço na PGE, através do Ofício nº 538/81, a pedido do então Procurador-Geral do Estado, Dr. Daniel Isidoro de Mello, tendo sido transferida para este rígido, através do Decreto de 23.12.87, onde permanece até a presente data.

É o relatório.

Todos sabemos e reconhecemos que a postulante exerce as funções de chefia da biblioteca, símbolo AD-4, desta PGE, com invulgar capacidade, experiência e dedicação irrepreensíveis.

Não resta a menor dúvida de que se está diante de uma anomalia funcional e que precisa o quanto antes ser corrigida, através dos meios legitimamente invocados pela postulante.

A isonomia a que se reporta a Constituição de 1988 é assegurada aos servidores da Administração Direta que exerceram cargos (entendendo-se também empregos e funções) de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

O Prof. José Afonso da Silva em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. 1989, p. 574, ERT, ensina a respeito da isonomia de vencimentos que a "Constituição considera elemento de comparação **as atribuições do cargo**, (grifo não no original), "importa verificar, segundo ele, para a isonomia de vencimentos genérica aqui estabelecida, se os cargos, nos termos da lei, têm atribuições iguais ou assemelhadas. A similitude é bastante para atrair a isonomia de vencimentos".

Arremata o festejado mestre:

"Cargos de atribuições iguais ou assemelhadas devem ter vencimentos iguais".

É indubitoso que a Constituição assegura a tantos quantos estejam cifrados pelo texto do § 1º do citado artigo 39 a isonomia de vencimentos, sem entretanto, deixar de remeter para a sua eficácia a regulação da matéria à conta de lei ordinária, de nível federal, estadual ou municipal, conforme o ente político de que se esteja tratando.

É certo que a requerente é detentora de cargo técnico

na PGE, não obstante desempenhe o cargo Comissionado de chefe da Biblioteca, símbolo AD-4. E assim é porque na estrutura organizacional deste órgão inexistente cargo de bibliotecário, de provimento efetivo, conforme se constata do texto do Decreto nº 14.155, de 05 de agosto de 1991 (DOE da mesma data).

As atribuições, portanto, que a requerente vem exercendo desde 1978 na chefia da referida Biblioteca, com esmero e responsabilidade profissional, são requisitos que autorizam afirmação de que são incontestáveis e absolutamente iguais às dos titulares do cargo de Bibliotecário da Secretaria de Estado da Educação. Sendo as atribuições iguais, no caso, sobram razões para afiançar a pretendida isonomia vencimental.

A questão é saber se o cargo de chefia do qual é titular a postulante, por não ser de provimento efetivo, está submetido ao princípio da igualdade vencimental, nos termos em que preconizado no citado § 1º, do artigo 39 da CF.

Tenho que a norma constitucional sob comentário não cogita de tal distinção, afinal, cargo público na definição legal é a mesma, seja de provimento efetivo seja de provimento em comissão. Pouco importa, a meu juízo, se para efeito de atendimento ao princípio isonômico, a natureza do cargo. O que é sombranço na intimidade do princípio da igualdade é que as atribuições do cargo, na espécie, sejam iguais ou assemelhadas, não se levando em linha de conta a classificação do cargo quanto à natureza do provimento, nem mesmo se circunscreve a qualquer dos três Poderes.

A Lei nº 2.234 de 20 de julho de 1993, posterior, portanto, à promulgação da Carta de 1988, fixa o teto vencimental, dentre outros, do cargo de Bibliotecário integrantes da Administração direta, assegurando assim, tratamento remuneratório isonômico a quantos ocupem os cargos ali nominados, bastante que pertencentes à estrutura da Administração Direta.

Daí se infere que, sendo a postulante ocupante de cargo de Chefia de Biblioteca da PGE, esta que integra a

Administração Direta, por força da Constituição Estadual, uma vez que ostenta status de Secretária de Estado, as disposições da citada Lei nº 2.234/93 são legítimas e perfeitamente aplicáveis à situação da requerente, por lhe dar tratamento igualitário, consoante estabelece o § 1º do artigo 39 da CF.

Naturalmente que para se dar concreção ao preceito da sobredita Lei 2.234/93 é necessário que se tenha por base de cálculo, penso, o disposto no artigo 2º do mesmo diploma legal, isto é, que o piso salarial correspondente ao cargo de chefia da Biblioteca seja duas vezes o valor fixado para nível "A", Referência I, da Tabela do Geral de Salários do Estado.

Diante do exposto, o parecer é no sentido de que se deva adotar as providências legais e administrativas com vistas à igualação dos vencimentos da requerente, tomando por base o piso salarial atribuído ao cargo de Bibliotecária, nos termos do artigo 2º da Lei nº 2.234 de 20 de julho de 1993, a fim de que se dê concreção ao princípio isonômico, de que trata o § 1º do artigo 39 da Constituição da República.

É o Parecer **sub censura**.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus(AM), 02 de março de 1.995.

**LEONARDO PRESTES MARTINS**  
Procurador do Estado

**PROCESSO Nº 106/94-PGE**

**ASSUNTO:** Isonomia vencimental. Pedido. Ocupante de cargo de Técnico de 3ª Classe com função de Bibliotecário.

**INTERESSADA:** Maria Tereza Serrão de Sousa

**D E S P A C H O:**

O tema que ora se aprecia não é inédito. Com efeito,

pelo menos uma petição no mesmo sentido já foi ai estudada. No exame do pedido precedente, constante dos Processos de n<sup>os</sup> 0573/94-PGE, 1173/93-SEPROR e 4349/93-0-SPT/SEAD (Interessada: Julaide Gomes Coutinho) esta Procuradoria, pelo Procurador Lourenço Braga, emitiu o Parecer 042/94-PPE/PGE, no qual ficou timbrado o seguinte:

“É defeso à Administração conferir tratamento vencimental diferenciado a titulares de cargos de Bibliotecário e de Técnico de Nível Superior que, portadores de correspondente habilitação profissional, desempenhem funções próprias do bacharel em Biblioteconomia. Inteligência da regra do par. 1º do art. 39 da Constituição Federal”.

Diante dessa inquestionável definição, propus, em meu despacho, que a Administração corrigisse tal tratamento

“partindo do levantamento dos cargos da Lei 1716/85 que se encontram vagos para neles enquadrar todos os Técnicos de Nível Superior de regime estatutário com funções de Bibliotecário”.

Em seguinte, ainda indiquei:

“Se, porém, a quantidade de claros encontrados não bastar, procede-se ao enquadramento, pelo menos, dos que à época do mencionado diploma legal (outubro de 1985) já titularizavam cargos para os quais era exigida habilitação em Biblioteconomia”.

Ignoro o que ocorre depois dessa manifestação. Se o sugerido levantamento foi feito, parece claro, diante da petição destes autos, que também a autora da presente desconhece os

resultados encontrados, os quais, afinal, pela identidade de situação, interessam intimamente à pretensão aqui em exame.

Seja o que tenha sido, entendo que a providência alvitrada ainda é a mais eficaz para a pronta obediência ao mandamento constitucional de tratar os iguais com igualdade no campo vencimental (parágrafo 1º do art. 39 da C.F.), pois leva em conta a eventual existência de cargo vago, único meio de solucionar-se o pleito sem a edição de nova lei.

Com efeito, lembre-se: tal como se verificava com todas as demais Bibliotecárias da Administração Direta do Executivo, pertencia a Postulante ao quadro permanente da SEDUC quando foi editada a Lei 1716/85, que, entre outros, criou 45 cargos daquela denominação na mesma Secretaria (20 de 3ª Classe, 15 de 2ª e 10 de 1ª) e neles mandou enquadrar os servidores que ostentassem situação funcional equivalente à "estabelecida" em seu Anexo III. No cumprimento dessa determinação, O Executivo expediu o Decreto 9010-B/85, procedendo somente ao enquadramento da Requerente e de 14 colegas suas de 3ª Classe (assim, ficaram desocupados cinco postos desse nível e todos os 25 das duas outras classes da carreira). Então, naquela condição formal de integrante da lotação da SEDUC, a Postulante permaneceu até 23 de dezembro de 1987, quando foi decretada sua transferência para o cargo de Técnico de 3ª Classe, Ref. I, do quadro desta PGE. No mesmo ato, o Chefe do Poder Executivo declarou vago o cargo anterior.

De lá para cá, muitas mudanças o quadro da SEDUC sofreu em relação ao seu contingente de Bibliotecários. Ao fazer uma comparação do rol de enquadrados pelo citado Decreto 9010-B/85 com relação fornecida pelo Banco de Dados da SEAD, o ilustre autor do mencionado Parecer 042/94-PPE/PGE conclui que:

- "a) dos quinze inicialmente enquadrados na classe inicial somente oito (8) permanecem em atividade, sendo:
  - Maria de Lourdes de Souza Pires, única na terceira classe;

- Tereza Ruim Ferreira, Waldete Moura de Oliveira, Wilma Remédios Greijal Silva e Sônia Maria Damasceno na segunda classe, intermediária;
- Maria Emilia Trigueiro Dias, Francisca Clarice Menezes Braga e Idelzuite de Jesus Maia na primeira classe, final da carreira.

b) dezenove dos vinte e sete listados pela SEAD não tiveram seus nomes constantes do Decreto de enquadramento, exatamente Waldete Moura de Oliveira Cabral, Marlene Pereira da Silva, Inah Albuquerque Ausier Araújo, Zeina de Paula Raman Neves, Izadora Maria Alencar Cantisan, Vera Maria Chaves, Lucila Cláudia Brandão Gonçalves, José Prestes Amazonas, Etiane Paula de Oliveira Campo, Rute Reis Armond de Melo, José Geraldo Xavier dos Anjos, Rosângela dos Santos Barbosa, Adalgisa Neves da Silva, Erli Tavares Benchaya, Pacífica Gonçalves da Costa, Melquizete de Souza Almeida, Clotilde Firmo Pires, Mônica Armond de Melo, Marinete de Souza Almeida e Ione Sena Alfaia.

Para a correção pelo modo que propus no processo anterior, essa relação teria sido bastante se os nomes constantes da letra b estivessem figurando com as respectivas classes. Como tal não ocorre, volto a pedir à SEAD um criterioso levantamento da atual situação de ocupação dos vinte cargos de Bibliotecário de 3ª Classe, Ref. I, do quadro criado pela Lei 1716/85, para que, havendo vagas, sejam estas providas pelas interessadas no Processo 0573/94-PGE e no presente (JULAIDE GOMES COUTINHO e MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUZA), através de decreto que torne sem efeito os atos pelos quais foram

transformados para Técnico de Nível Superior os cargos de Bibliotecário de que eram titulares, segundo consta.

Encaminhe-se.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus, 17 de março de 1995.

**R. FRÂNIO A. LIMA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 106/94-PGE**

**ASSUNTO:** Isonomia vencimental. Pedido. Ocupante de cargo de Técnico de 3ª Classe com função de Bibliotecário.

**INTERESSADA:** Maria Tereza Serrão de Sousa

**D E S P A C H O:**

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer nº 005-PPE/PGE, complementado pelo elucidativo despacho do ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, Dr. Frânio Lima, expendendo as orientações necessárias a que a Secretaria de Administração adote as medidas competentes para atender os justo pleito da Requerente, indicando, ainda, solução global à anomalia apontada, em termos de nomenclatura e política salarial de uma categoria funcional específica.

Na circunstância de Não haver cargos vagos para viabilizar a solução apontada no despacho referido, deverá a SEAD providenciar a elaboração de um projeto de lei, pelo qual ou sejam criados os cargos de Bibliotecário bastantes para o enquadramento imediato da Requerente e demais servidores da categoria, em idêntica situação, ou, sem mudança de

nomenclatura, seja dada a eles a remuneração própria da atividade específica que exercem.

ENCAMINHE-SE o Processo a Secretaria de Estado da Administração, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus, 31 de março de 1995.

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Procuradora-Geral do Estado, em exercício

**PROCESSO Nº 115/94-PGE (1001/94-GAGOV / 7837/94-SPT/  
SEAD)**

**ASSUNTO:** Solicitação de reintegração de cargo.

**INTERESSADO:** Jorge Fernandes Garcia de Vasconcellos

**PARECER Nº 002/95-PPE/PGE**

**REINTEGRAÇÃO. COMUNICABILIDADE DE  
INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA.**

- Se o servidor responde, pela mesma falta, no plano administrativo e na esfera criminal, a condenação naquele é de ser desfeita por sentença absolutória deste que nega a materialidade ou a autoria (Ementa do Parecer nº 018/94-PPE/PGE).

- Sentença penal que decreta a extinção da punibilidade pelo decurso do lapso prescricional não autoriza a reintegração administrativa do servidor.

Senhor Procurador-Chefe:

Busca o Interessado, demitido do serviço público estadual pelo Decreto de 24.11.67, publicado no Diário Oficial do Estado de 27 de novembro daquele mesmo ano, a sua "reintegração" no cargo de Oficial de Fazenda, nível 13, letra "D", da Secretaria de Fazenda.

Alega, em síntese, que a 9a. Vara Criminal da Capital inocentou-lhe da falta imputada pela Administração.

Em 22.04.94, os autos foram encaminhados à SEFAZ para instrução, onde a Seção de Registro Funcional/DP emitiu parecer contrário à pretensão do Interessado (fls. 29/30).

De igual modo, opinou a Consultoria da SEAD através do Parecer nº 119/94-CGS/SEAD (fls. 33/36).

Anexada ao processo encontramos farta documentação, a saber: a) cópia não-autêntica do Ofício nº 311/86, datado de 21.07.86, proveniente do TRE (fls. 6); b) cópia não-autêntica do Decreto de 14.06.66, nomeando o Requerente para o cargo de Oficial da Fazenda (fls. 7); c) cópia autêntica de sentença proveniente da 9a. Vara Criminal da Capital (fls. 8/9); d) cópias não-autênticas de certidões negativas expedidas pela 7a., 8a., 9a. e 12a. Varas Criminais da Capital (fls. 10/13); e) cópia não-autêntica do Decreto 26.05.83, nomeando o Requerente para o cargo comissionado de Diretor Administrativo e Financeiro da EMATER (fls. 14); f) cópia não-autêntica de um contra-cheque pertencente ao Requerente (fls. 15); g) cópia não-autêntica do Ofício nº 552/83, datado de 12.09.83, proveniente da EMATER (fls. 16); h) cópia do Decreto nº 7.404, de 19.08.83 (fls. 17/18); i) cópia não-autêntica do Ofício nº 20/87, datado de 15.01.87, proveniente do TRE (fls. 19); j) cópia não-autêntica do Ofício nº 702/86, de 30.12.86, proveniente do TRE (fls. 20); l) certidão autêntica proveniente da Seção de Pessoal da Secretaria do TRE (fls. 21/23); m) atestado autêntico, datado de 07.04.94, proveniente do TRE (fls. 24); n) cópias não-autênticas dos Decretos de 30.03.90 e de 14.01.91 (fls. 25/27); o) cópia não-autêntica do Decreto de 24.11.67, que demitiu o Interessado (fls. 28); p) parecer emitido pela Seção de Registro Funcional/DP da SEFAZ, datado de 18.10.94 (fls. 29/30); q) parecer nº 119/94-CGS/SEAD, datado de 04 de janeiro (fls. 33/36).

É o relatório.

A reintegração, segundo o art. 26 da Lei nº 1.762, de 14.11.86 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas), “é o ato pelo qual o demitido reingressa no serviço público, em decorrência de decisão administrativa ou judicial transitada em julgado, com o ressarcimento de todos os direitos e vantagens, bem como dos prejuízos resultantes da demissão”.

Portanto, o retorno pode se dar através de decisão administrativa ou judicial.

IVAN BARBOSA RIGOLIN, comentando o Regime Jurídico único dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei n.º 8.112/90), leciona :

"será administrativa no caso, por exemplo, de revisão do processo administrativo que o demitiu, procedida a pedido ou mesmo ex officio, no seio da própria Administração. Poderá ser entretanto judicial a decisão, no caso em que o servidor, inconformado com a sua demissão, tenha ou não pedido revisão do processo, obtém judicialmente à União de reintegrá-lo aos seus quadros. Nesta ação judicial, que pode ser um mandado de segurança ou uma ação ordinária anulatória de ato administrativo, o servidor demitido, para obter êxito, precisará ter demonstrado alguma irregularidade formal no processo demissório, ou a manifesta injustiça na penalidade aplicada. De qualquer modo, sempre que obtenha a anulação do ato de sua demissão o servidor terá direito a ser reintegrado ao cargo anteriormente ocupado." (São Paulo: Ed. Saraiva, 1992. p.74).

Não existe, "in casu", nenhuma decisão judicial transitada em julgado decorrente de ação determinando a reintegração do Interessado. Aliás, inexistente sequer ação.

Resta-nos, pois, verificar a existência de decisão administrativa. Entretanto, para ser considerada eficaz de modo a reintegrar o Requerente, indispensável é que a decisão administrativa tenha como suporte regular processo revisional, nos moldes previsto pelos arts. 196 "usque" 201 da Lei nº 1.762/86 (E.F.), o que efetivamente não é o caso. Não existe nenhum processo revisional em andamento. É o que se conclui diante do silêncio dos autos.

Em atendimento ao princípio da economia processual,

vamos entender o pedido de reintegração formulado pelo Interessado como sendo um pedido de revisão processual.

Assim entendido o requerimento, indagamos: a solicitação do Requerente vem acompanhada de novos fatos ou circunstâncias capazes de justificar a sua inocência ou a inadequação da penalidade aplicada, tal como é exigido pela Lei nº 1.762/86 (E.F.)? Não, não está.

A base de sustentação do requerimento do Peticionário consiste na decisão judicial que decretou a extinção da punibilidade por decurso do lapso prescricional, proferida pelo Juízo da 9a. Vara Criminal da Capital nos autos do processo-crime que lhe movia a Justiça Pública por infringência ao art. 304 Código Penal, o que é insuficiente para dar ensejo a instauração do processo revisional. Não existe a menor dúvida que a decretação da extinção da punibilidade pelo decurso do lapso prescricional não é fato ou circunstância nova capaz de justificar a inocência do Requerente e tampouco tem o condão de declarar a inadequabilidade da penalidade administrativa que lhe fora aplicada há quase 28 (vinte e oito) anos passados.

Afastada está, portanto, qualquer possibilidade jurídica de instauração de processo revisional.

Resta-nos, pois, finalmente, analisar o pedido sob o prisma da relatividade do "princípio da impenetrabilidade ou incomunicabilidade das instâncias".

Tal princípio está insculpido no art. 151 da Lei nº 1.762/86, "in verbis" :

"Art. 151. Pelo exercício irregular de suas atribuições, o funcionário responde civil, penal e administrativamente."

O princípio comporta exceções. Portanto, é relativo. Sua relatividade tem por fundamento o fato de que a coisa julgada no crime tem força **erga omnes**, i.e., o juiz penal tem plenitude de jurisdição.

Por outro lado, a relativização do princípio somente é admissível se o juízo penal declarar inexistente o fato ou que o servidor não foi o seu autor.

Somente nessas circunstâncias a decisão penal tem força **erga omnes** repercutindo nas outras instâncias, oportunidade em que não pode persistir a pena administrativa, como já decidiu reiteradamente a Corte Maior.

Quando, porém, a absolvição, no juízo criminal, se dá por motivos diversos, i.e., insuficiência de provas, extinção da punibilidade etc, ela não anula o ato demissório do servidor. A decisão não repercute nas outras instâncias.

Outro não é o entendimento desta Procuradoria-Geral do Estado, conforme Ementa do Parecer nº 018/94-PPE/PGE:

**“REINTEGRAÇÃO. COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA.**

- Se o servidor responde, pela mesma falta, no plano administrativo e na esfera criminal, a condenação naquele é de ser desfeita por sentença absolutória deste que nega a materialidade ou a autoria.
- Decisão penal absolutória por insuficiência de prova, fundada no princípio “in dubio pro reo”, não autoriza a reintegração administrativa do servidor.”

No caso em exame, a r. sentença penal não julgou o mérito da ação, condenando ou absolvendo o Interessado. O ilustre magistrado da então 9a. Vara Criminal, acolhendo requerimento do órgão do Ministério Público, decretou a extinção da punibilidade pelo decurso do lapso prescricional, com fundamento no inc. V do art. 109 do Código Penal.

A prescrição, na lição do Prof. JÚLIO FABBRINI MIRABETE,

“é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso de tempo. Justifica-se o instituto pelo desaparecimento do interesse estatal na repercussão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do delito e à superação do alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção penal perde a sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social.” (MANUAL DE DIREITO PENAL. 3a. ed. Vol. I. São Paulo: Atlas, 1987, p. 387).

Enfim, a prescrição não inocenta ou condena o agente. É decretada por sentença mas não tem o poder de inocentar. A prescrição apenas impede o Estado de punir.

Assim, a r. sentença acostada aos autos, por não ter declarado a inexistência do fato ou que o Requerente não foi o seu autor, não tem força para desconstituir a pena administrativa imposta.

Por todo o exposto, endossamos o Parecer nº 119/94-CGS/SEAD que concluiu pelo indeferimento do pedido.

É mister ainda lembrar que o Interessado faz referência a “reintegração” de dois outros contemporâneos seus que também foram demitidos pelo Decreto de 24.11.67 e recentemente reintegrados pelos Decretos de 30.03.90 e 14.01.91.

Por desconhecermos os fundamentos dessas reintegrações, acautelaremos-nos de emitir qualquer opinião.

É o nosso entendimento, s.m.j..

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus(AM), 6 de fevereiro de 1994.

**JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO**  
Procurador do Estado

**PROCESSO Nº 115/94-PGE (1001/94-GAGOV / 7837/94-SPT/  
SEAD)**

**ASSUNTO:** Solicitação de reintegração de cargo.

**INTERESSADO:** Jorge Fernandes Garcia de Vasconcellos

**D E S P A C H O :**

Encampo em todos os seus termos, o bem lançado Parecer de nº 002/95-PPE/PGE, no qual o ilustre Procurador Júlio Cezar Lima Brandão opina no sentido da impossibilidade jurídica da Revisão, por ausência dos pressupostos legais que fundamentam o pedido.

Com efeito, na espécie, não há falar em repercussão de decisão judicial, justo porque esta sequer apreciou o mérito da ação criminal, antes, extinguiu a punibilidade, consoante autoriza a lei penal

Em consequência, não havendo o juízo criminal, no mérito, se manifestado sobre a materialidade do delito e a sua autoria, é de se ter como prevacente, na íntegra, a instância administrativa, que no caso vertente aplicou ao requerente a pena demissória do cargo que ocupava.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus (AM), 08 de fevereiro de 1995.

**LEONARDO PRESTES MARTINS**

Procurador-Chefe, em exercício

**PROCESSO Nº 115/94-PGE (1001/94-GAGOV / 7837/94-SPT/  
SEAD)**

**ASSUNTO:** Solicitação reintegração ao Serviço Público no cargo de Oficial de Fazenda. Consulta.

**INTERESSADO:** Jorge Fernandes Garcia de Vasconcellos

**DESPACHO:**

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o bem lançado Parecer nº 002-95/PPE/PGE, emitido pelo Procurador Júlio Cesar Brandão e endossado pelo Procurador-Chefe da PPE.

Acolhendo como fundamento deste despacho, as razões do Parecer aprovado, nada mais tenho a acrescentar.

Devolva-se o processo à SEAD, de onde se origina, com observância das formalidades de praxe.

Em 08.02.95.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO: Nº 47/95-PGE**

**ASSUNTO:** Consulta sobre a Legalidade da Inscrição da FUNTEC no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

**INTERESSADA:** Secretaria de Estado de Governo - SEGOV

### **PARECER Nº 056-A/95-PA-PGE**

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO. FUNDAÇÃO GOVERNAMENTAL. EXAME DA LEGALIDADE DA INSCRIÇÃO DA FUNTEC NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS. CONSULTA.

Ao legislador é dado optar pela estrutura que melhor se apresente para a realização de atividades de interesse coletivo, desde que respeite as regras constitucionais relativas à Administração Pública direta ou Indireta. **Ipsa facto**, pode o Estado criar fundações governamentais como entes de direito público ou de direito privado.

Por exercer, mesmo sem fins lucrativos, atividade que também pode ser explorada pela iniciativa privada, sem dispor do **jus imperii** Estatal, não há qualquer irregularidade na natureza jurídica de direito privado da FUNTEC, nem mesmo de sua inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

A interessada, de ordem do Chefe do Poder Executivo Estadual, solicita desta PGE exame detalhado da inscrição da FUNDAÇÃO TELEVISÃO E RÁDIO CULTURA DO AMAZONAS

- FUNTEC, no registro civil de pessoas jurídicas, considerando tratar-se de dinheiro público e concessão ao Governo do Estado.

Anexados aos autos estão as cópias da Lei nº 2.216, de 09/06/93, da escritura de instituição da FUNTEC e do Ofício nº 122/93/PGJ.

É o sucinto relatório.

A resposta ao exame solicitado impõe seja feita profunda análise da natureza jurídica das Fundações e suas variadas formas de relação com o Poder Público.

Entenda-se inicialmente que fundação é a personificação de um patrimônio voltado a uma finalidade específica que lhe é destinada pelo instituidor.

As fundações tem origem no direito privado, entretanto, diante da necessidade de descentralizar a prestação dos seus serviços, o Estado se utilizou, desse tipo de pessoa jurídica, juntamente com as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e ainda das autarquias que, todavia, são pessoas jurídicas de direito público.

Convém salientar que doutrinária e jurisprudencialmente não é pacífico o entendimento a respeito da natureza jurídica das fundações vinculadas ao Poder Público.

Mesmo diante da Lei nº 7.596, de 10/04/87 que lhes cominou, no âmbito Federal, personalidade jurídica de direito privado, não foi possível pacificar o conceito, pois a Constituição Federal de 1988 resolveu não enfrentar diretamente a questão:

Preferiu o Constituinte imiscuir-se dessa responsabilidade, utilizando-se de termos genéricos e comuns, referindo-se ora a "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público", ora a "fundações mantidas pelo Poder Público", ora a "fundações sob controle estatal" ou ainda a "fundações controladas pelo Poder Público", sem contar o neologismo "fundacional" inserto no art. 37, da CF, que muito para alguns dê ensejo a um terceiro gênero

de Administração Pública, não passa da veemência com que se pretende que as fundações vinculadas ao Poder Público se submetam aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

O próprio termo "fundação pública" enseja controvérsia, com uma corrente de doutrinadores entendendo que o termo só possa ser aplicado a pessoa jurídica de direito público, e outra corrente majoritária estabelecendo que o termo "pública" não está ligado diretamente   natureza jurídica do ente mas   sua vincula o com o Poder Público, tal como ocorre na empresa pública que, muito embora seja dita com pública   pessoa jurídica de direito privado.

Analisando os variados dispositivos constitucionais que se referem a funda es, entendendo, juntamente com Carlos Ari Sundfeld in RDP v. 97/86, que o legislador refere-se   **funda es governamentais**, todo as vezes que se utiliza das varia es das expressões: "funda es instituidas e mantidas pelo Poder Público".

E mais, a indefini o do legislador constituinte quanto   natureza jurídica das funda es governamentais, permite que prevaleça a corrente majoritária da doutrina, liderada por Celso Antonio Bandeira de Melo, que entende poder o Estado criar funda es governamentais como entes de direito público ou de direito privado.

Por outro lado, deve-se notar que ao legislador   dado optar pela estrutura que melhor se apresente para a realiza o de atividades de interesse coletivo, desde que respeite as regras constitucionais relativas   Administra o Pública direta ou indireta. Assim, pode a lei instituir os mais variados tipos de entes sem qualquer vincula o com formas pré-existentes, e até mesmo alterar as estruturas, a organiza o e o funcionamento de qualquer entidade.

Dessa forma, não raramente, quando da mudança de governo, quer no âmbito Federal quer no Estadual, são criados, extintos, modificados e fundidos ministérios, secretarias, enfim

os mais variados órgãos da Administração Pública, e assim é porque, desde que respeitada a Constituição, o Legislador tudo pode, sendo de se destacar que não há na **Lex Fundamentalis** dispositivo que proíba a criação de entes de natureza privada.

Entretanto, há que se destacar que não bastará apenas a menção expressa no corpo da lei de que uma fundação governamental tem personalidade jurídica direito privado para que se trate de um ente de direito privado. É necessário, a par disso, que se examine a verdadeira fisionomia da entidade, o regime a que ela se submete, pois, muitas vezes o legislador, não necessariamente versado em Direito, cria seres jurídicos aos quais entroniza natureza pública sem se dar conta disso.

Dessa forma não poderá ser privada um fundação governamental que exerça as prerrogativas do Poder Público, como o poder de polícia, ou que tenha seu pessoal regido pelo regime estatutário como total controle estatal de seus salários, ou com seus dirigentes nomeados e demitidos **ad nutum** pelo Executivo, ou que exerçam atividades exclusivas do Poder Público, como exercício do poder de polícia ou a prestação de serviços públicos.

Uma vez marcada pelos traços **jus imperii** não poderá ser tida com privada uma fundação governamental.

As fundações governamentais de natureza pública, a seu turno, se caracterizam como espécies do gênero autarquia, carregam consigo as prerrogativas do Poder Público, submetendo-se inexoravelmente a todas as normas do direito público.

Nesse passo, cumpre destacar que a natureza privada que pode ser assumida pelas fundações governamentais não as afastam dos vários comandos que lhe foram destinados pela Constituição Federal, dentre os quais destacamos:

- a) Criação por lei (art. 37, XIX), sendo extintas do mesmo modo, em vista do princípio do paralelismo das formas;

- b) Sujeição à regras de licitação, sendo seus contratos regidos por normas típicas dos contratos administrativos (art. 22, XXVII);
- c) Orçamento integrado ao orçamento geral do Estado (art. 165, § 5º, I; e 169);
- d) Sujeição à fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas (art. 71, II);
- e) Admissão de empregados mediante concurso público, observadas as regras do art. 37, I, II, III, IV e VIII;
- f) Atos de admissão de pessoal sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas (art. 71, III);
- g) Vedação de acumulação do emprego exercido com outro cargo, função ou emprego na Administração direta e indireta (art. 37, XVI e XVII);
- h) Imunidade tributária (art. 150, §2º);

A par desses comandos constitucionais que se submetem as fundações governamentais, mister é referir que se lhes aplicam também as disposições do art. 5º, da CF, no que concerne a garantia dos direitos do cidadão, relativamente ao contraditório, ampla defesa, direito de petição, enfim aos comandos que garantem as prerrogativas do cidadão em face do Poder Público.

Tecidas essas considerações a respeito da natureza jurídica das fundações governamentais, cumpre-nos examinar a FUNTEC.

A FUNTEC foi criada pela Lei nº 2.216, de 09 de junho de 1993, que dispôs ser ela uma fundação de direito privado, sem fins lucrativos e que adquiriria personalidade jurídica a partir de sua inscrição no registro civil.

Destaque-se que seria mesmo desnecessária sua inscrição no registro civil, uma vez que somente por lei pode ser

instituída uma fundação governamental, segundo o que preconiza o art. 37, XIX, da Carta Federal.

Uma vez criada por lei, as alterações de seus estatutos jamais poderão ultrapassar as disposições gerais de sua lei instituidora, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Disto decorre que não se poderá fazer, via estatuto, por exemplo, reduzir o mandato dos membros do conselho curador, de oito para quatro anos, será necessário, para tanto, a alteração do texto legal.

No que concerne especificamente à natureza jurídica da FUNTEC, entendo que não haja problema algum na sua caracterização como pessoa jurídica de direito privado: primeiro porque está explorando, ainda que sem finalidade lucrativa, atividade que também é exercida pela iniciativa privada, o que vale dizer que não se trata de atividade exclusiva do Poder Público; e segundo porque não lhe foram atribuídas as prerrogativas do **jus imperii**.

O fato de terem sido destinados recursos públicos para criação da FUNTEC não tem o condão de torná-la pessoa jurídica de direito público, mas sim de impingir-lhe a obrigação de prestar contas ao Tribunal de Contas do Estado.

A respeito da concessão referida no Decreto nº 62.167, de 24 de janeiro de 1968, há que se observar que o referido diploma já foi revogado, por Decreto Federal publicado no Diário Oficial da União de 13 de maio de 1991, p. 8938, segundo pesquisa realizada nos bancos de dados do Prodasen.

Ademais, uma nova outorga da concessão pode ser dirigida à FUNTEC pelo Ministério das Comunicações, sem maiores problemas.

Isto posto, respondo à consulta declarando que não vislumbro irregularidade no fato da FUNTEC ter sido instituída

pelo Estado do Amazonas, como pessoa jurídica de direito privado, e inscrita no Registro Civil de Pessoas Jurídicas,

É o parecer que submeto, à superior consideração do incluíto Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 31 de janeiro de 1995.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**

Procurador do Estado

**PROCESSO Nº 47/95-PGE**

**ASSUNTO:** Consulta de legalidade de criação dos Estatutos da Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas, FUNTEC, no registro civil de pessoas jurídicas.

**INTERESSADO:** SEGOV

**DESPACHO:**

Aprovo, por seus próprios fundamentos o Parecer nº 056-A/95-PA/PGE que, analisando a natureza jurídica da Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas - FUNTEC, concluiu pela inexistência de irregularidade na sua instituição, como pessoa jurídica de direito privado e sua inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Nada tendo a acrescentar à opinião do ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, devolva-se o processo à SEGOV de onde se origina, com observância das formalidades de praxe.

Manaus, 03 de fevereiro de 1995.

**OLDENEY SÁ VALENTE**

Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 1521/95-PGE.****ASSUNTO:** Pagamento de Inativos e Pensionistas do TCE.**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ**PARECER Nº 0315/95-PA/PGE**

**Ementa:** ADMINISTRATIVO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTARIAS. EXAME DO COMPROMETIMENTO COM A FUNÇÃO LEGISLATIVA, ESTABELECIDO PELO ART. 52, 4º, DA LEI Nº 2.292, DE 22 DE JULHO DE 1994. EXAME DO COMPROMETIMENTO COM O PODER LEGISLATIVO, FIXADO NO ART. 43, DA LEI Nº 2.342, DE 19 DE JULHO DE 1995. CONSULTA.

Partindo-se do princípio de que a Lei não pode e nem deve conter expressões inúteis, a correta interpretação do disposto no art. 52, § 4º, da Lei nº 2.292, de 22 de julho de 1994, é no sentido de que as despesas com pessoal inativo e pensionistas do TCE não estão incluídas na função legislativa, em face do que devem essas despesas corresponder à função programática que lhes é própria, no caso a função de previdência e assistência.

Por outro lado, com base no mesmo princípio interpretativo, há de se reconhecer que para o exercício de 1996, o comprometimento das receitas tributárias liquidas para com o Poder Legislativo está limitado em 6%, tal como decorre do disposto no art. 43, § 4º, da Lei nº 2.342, de 19 de julho de 1995. Esse limite, no próximo exercício, desengadamente, não se referirá

apenas à função legislativa, tal como vem ocorrendo neste exercício e nos anteriores, mas a todas as despesas relativas ao referido Poder.

A interessada, através de seu ilustre representante legal, solicita o exame e pronunciamento desta PGE, no que se refere à questão interpretativa do § 4º, do art. 52, da Lei nº. 2.292, de 22 de julho de 1994 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o Exercício de 1995), contida no OF/PTC/149/95, da lavra do ínclito Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.

Vêm os autos instruídos com cópia do aludido ofício da Presidência do TCE e do Despacho de 21 de maio de 1992, da lavra do ilustre Procurador-Geral do Estado.

É o breve relatório.

Cumpre destacar que no despacho de 21 de maio de 1992, da lavra do culto e diligente Procurador-Geral do Estado, matéria semelhante à que hoje se apresenta foi examinada nesta casa.

Na época tratava-se do exame e interpretação das disposições contidas do parágrafo 4º, do art. 54, da Lei nº. 2.062, de 05/08/91 que tratava das Diretrizes Orçamentárias para os exercícios de 1992, 1993, 1994, e que consignava a seguinte redação:

“Art.54.....  
omissis

§ 4º - O comprometimento das despesas com a Função Legislativa não poderá exceder a 6,5% da Receita Tributária Líquida, devendo para tal ser observada a seguinte distribuição: Assembléia Legislativa 3,4%; Tribunal de Contas do Estado 1,7%; e Tribunal de Contas dos Municípios 1,4%”.

Enfrentando a questão posta à época, e com base nas disposições legais então vigentes, em especial a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, o ilustre Procurador-Geral, concluiu:

“De fato, a Lei nº 2.062/91 não se distanciou das diretrizes estabelecidas pela Lei nº. 4.320/64 ao fixar o percentual de 1.7% para as despesas com a função legislativa a qual engloba os Programas: Processo Legislativo e Fiscalização Financeira e Orçamentária.

Dai se infere, de logo, que o percentual 6,5% que é o limite máximo a ser dispendido com a Função Legislativa, nos termos da Lei nº. 4.320/64, não se confunde com a função de Assistência e Previdência, esta que é a função que responde pelos dispêndios com os Inativos e Pensionistas, na conformidade da Classificação Funcional - programática - Anexo 5, da citada Lei nº 4.320/64.

Destarte, por entender que as informações assentadas no Ofício nº. 195/92-GSS/SEPLAM refletem de forma correta a interpretação da Lei nº 2.062/91, ora submetida a esta PGE, a elas me associo, fazendo daquele entendimento o meu, pelo que respondo que as despesas com pessoal inativo e pensionistas não se incluem na Função Legislativa, consoante o detalhamento da Despesa, Anexo II, da Lei nº. 2.105/91, ao revés, tais despesas deverão obedecer a Função Programática que lhes é própria e consentânea com as orientações impostas pela Lei nº. 4.320/64, que no caso se trata da Função Assistência e Previdência”.

Como já referido, a questão trazida a exame é praticamente a mesma enfrentada pelo douto Procurador-Geral no despacho supra, tanto que, dispondo de maneira semelhante à do § 4º, do art. 54, da Lei nº 2062/91, o art. 52, da Lei 2.292/94, ao versar a respeito do orçamento do Poder Legislativo estabelece em seu parágrafo 4º:

"Art.52.....

omissis

§ 4º - O comprometimento com a Função Legislativa no que se relaciona as despesas, não poderá comprometer do total das Receitas Tributárias líquida além do percentual de 7,0% devendo para tal ser observada a seguinte distribuição: Assembléia Legislativa 3,9; Tribunal de Contas do Estado, 1,7; e Tribunal de Contas dos Municípios 1,4%".

Assim, cabe, por analogia, a mesma solução já estabelecida para a situação anteriormente examinada, qual seja a de que as despesas com pessoal inativo e pensionistas do TCE não estão incluídas na função legislativa, em face do que devem essas despesas corresponder à função programática que lhes é própria, no caso a função de previdência e assistência.

A interpretação acima colocada decorre do princípio de que a lei não pode e nem deve conter expressões inúteis, em face do que se o legislador estabeleceu que a limitação despesas se referia à **função legislativa** não há confundir com o total de despesas do Poder Legislativo.

Por outro lado, é de se esclarecer que a nova Lei de Diretrizes Orçamentárias, referente ao exercício de 1996 (Lei nº 2.342, de 19 de julho de 1995), estabelece claramente que o comprometimento da receita não é mais limitado à **função legislativa**, mas ao total das despesas do Poder Legislativo como se pode inferir de seu art. 43, § 4º.:

“Art.43. ....  
omissis  
§ 4º - O comprometimento com o **PODER LEGISLATIVO**, no que se relaciona as despesas, não poderá comprometer do total das receitas tributárias líquidas além do percentual de 6,0% devendo para tal ser observada a seguinte distribuição: Assembléia Legislativa 3,3%; Tribunal de Contas do Estado 2,4%” (Destaquei).

Entendo, pois, que no exercício de 1996 o comprometimento das receitas tributárias líquidas para com o Poder Legislativo está limitado em 6%. Esse limite, no próximo exercício, desenganadamente não se referirá apenas à **função legislativa**, tal como vem ocorrendo neste exercício e nos anteriores, mas a todas as despesas relativas ao referido Poder.

A luz de todo o exposto respondo à consulta formulada afirmando que para o corrente exercício as despesas de pessoal inativo e pensionista do TCE não estão incluídas na limitação imposta pelo art. 52, § 4º, da Lei nº 2.292, de 22 de julho de 1994, que se refere exclusivamente à função legislativa. Todavia, no exercício de 1996, todas as despesas do Poder Legislativo (e não somente as relativas à função legislativa) estarão limitadas pelo no art. 43, § 4º, da Lei nº 2.342, de 19 de julho de 1995, em face da redação que lhe foi dada.

É o parecer que submeto à superior consideração do incluíto Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em  
Manaus, 25 de outubro de 1995.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador Chefe da PA/PGE

**PROCESSO Nº 1521/95-PGE.**

**ASSUNTO:** Consulta da nobre presidência do Tribunal de Contas do Estado, a respeito de percentuais de repasses de recursos financeiros. Interpretação do art. 52. § 4.º, da lei n.º 2.292, de 22/julho/94 e art. 43, da lei n.º 2.342, de 19/julho/95.

**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ.

**DESPACHO:**

Reconhecendo os judiciosos fundamentos de análise externados no PARECER Nº 0315/95, da Procuradoria Administrativa/PGE, da lavra do ilustre Procurador do Estado, Dr. JORGE PINHO, que fez adequada exegese dos diplomas legais que regem a matéria APROVO o Parecer em tela, com suas coerentes conclusões, à falta, pois, de argumentos eficazes para refutá-las.

DEVOLVA-SE, pois, o Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA - SEFAZ.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus, 27 de outubro de 1995.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 1588/95-PGE.****ASSUNTO:** Consulta sobre pagamento atrasado de reajuste.**INTERESSADA:** Seretaria de Estado dos Transportes e Obras.**PARECER Nº 408/95/PA-PGE.**

**EMENTA :** ADMINISTRATIVO. CONTRATO. SERVIÇO DE ENGENHARIA CONSULTIVA, ACOMPANHAMENTO TÉCNICO E CONTROLE TECNOLÓGICO PARA AS OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DO PROJETO MANAUS MODERNA. PAGAMENTO ATRASADO. SERVIÇOS JÁ CONCLUÍDOS.

Condição essencial: apresentação das faturas reajuste.

Base de Cálculo: faturas de reajuste.

A SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTE E OBRAS - SETRAN, através do ofício SETRAN/GS/Nº 1.790/95, datado de 25.09.95, solicita exame e parecer sobre o pedido formalizado pela Diretor da Empresa SEEBLA - Serviços de Engenharia EMÍLIO BAUNGART LTDA., presente nos autos.

Em 25 de abril de 1986, nesta cidade de Manaus, foi celebrado entre a SETRAN e a Empresa SEEBLA - Serviços de Engenharia Emilio Baungart Ltda, o Contrato nº 033/86, cujo objeto é a prestação de serviços de Engenharia Consultiva, Acompanhamento Técnico e Controle Tecnológico para as obras de implantação do projeto "Manaus Moderna" na cidade de Manaus.

Decorridos nove (9) anos, vem agora a Empresa Contratada, reclamando a quitação das faturas reajustes dos serviços contratados no período de 1991 até janeiro de 1993.

O presente processo está composto dos seguintes documentos: pedido do pagamento dos atrasados pela

Contratada; planilha de cálculo apresentada pela Contratada; exposição dos valores devidos e cálculos de atualização monetária nos termos do Decreto nº 15.590, de 20.08.93; informação do setor financeiro da SETRAN, pedindo que seja indicada a base de cálculo para que o órgão adote os procedimentos legais; o pedido de diligência desta Especializada solicitando esclarecimento sobre o assunto, cuja resposta ainda deixam dúvidas.

É o relatório.

### **PARECER.**

O Contrato Administrativo é um ajuste que a Administração Pública, exercendo essa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para conseguir objetivos de interesse público e conforme deseja a Administração. Ele é sempre bilateral e, em geral, formal, oneroso, comutativo e realizado de acordo com a vontade das partes.

O que tipifica o contrato administrativo e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica bilateral com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste .

O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado de equação econômica ou equação financeira é a relação estabelecida inicialmente no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento.

Se de um lado a Administração tem o poder de modificar o projeto e as condições de execução do contrato para adequá-lo às exigências supervenientes do interesse público, de outro lado, o contratado tem o direito de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida no ajuste. Para tanto, operam-se os reajustes econômicos que se fizeram necessários a restauração do requerimento financeiro do contrato, rompido pelo ato unilateral da Administração.

A Lei nº 2.300/86 admitiu o aditamento do contrato para manutenção do equilíbrio econômico e financeiro inicial quando houvesse alteração de encargos ou de tributos.

O reajustamento contratual de preços é a majoração dos valores unitários ou de parte do valor global contratado, segundo o previsto no contrato, para compensar a inflação e atender as elevações do mercado, decorrentes da desvalorização da moeda ou do aumento geral de custos no período de sua execução.

Não é a concordância posterior das partes que legitima o reajuste de preço; é o contrato originário que deve autorizar essa conduta deste que admitida no edital na conformidade da legislação permissiva do reajustamento. No presente caso, o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato nº 033/86 indica os índices setoriais de reajuste nos termos do Decreto nº 94.042/87 e Decreto - Lei nº 2322 e legislação complementar.

Os atrasos de pagamentos também ensejam reajustamento ou recomposição de preços, pois constituem um ilícito contratual por parte da Administração que deve reparar o dano causado ao contrato.

O Estatuto da Licitação e Contratos vigente a época deste Contrato ( art.68,XVI), prevê que o atraso no pagamento, superior a 90 dias, constitui até mesmo motivo para rescisão do Contrato a ser pleiteada pelo Contratado.

O reajuste dos preços terão épocas estabelecidas; os índices de correção serão prevista no contrato e a fórmula estabelecida em norma legal ou regulamentar da respectiva Administração Contratante. Calculado o reajustamento devido, editar-se-á o contrato ou se consignarão simplesmente os novos preços com a demonstração dos respectivos cálculos na forma estabelecida no contrato. Sem estes requisitos e formalidades é inadmissível a revisão de preços.

O presente ajuste sob análise foi celebrado em 25.04.86, tendo sido o objeto do mesmo concluído conforme informa a SETRAN às fls.59.

Nessa época o ajustamento era vigente e faz parte do Contrato indicando inclusive a formula e legislação que o protegia. Inegável era a existência em nossa economia de uma inflação galopante, tornando imprescindível a aplicação da correção monetária, que apesar de não prevista na Lei nº 2.300 de 21.11.1986, estava baseada no princípio da manutenção do equipamento econômico - financeiro contratual, previsto naquele Estatuto.

A forma de pagamento está devidamente determinada na Cláusula Oitava do Contrato assim como está previsto o reajustamento (cláusula sétima do contrato e cláusula primeira do 1º Termo Aditivo).

Desta forma, entendo que para a realização deste reajuste há uma condição a ser observada pela contratada: a apresentação das faturas reajustes que até a presente data não foram apresentadas pela Contratada conforme afirma o setor financeiro da SETRAN.

Chamo atenção da SETRAN, para o cumprimento da Lei nº1384/80, no que se refere ao encaminhamento dos ajustes para autenticação nesta PGE, uma vez que esses instrumentos contratuais nunca foram examinados por esta Especializada, ausência do pronunciamento do órgão jurídico da SETRAN, sobre o assunto, bem como a presença do documento, nos autos, das fls. 10 às 15, sem identificação do órgão e sem a assinatura do responsável, portanto sem valor.

Pelas informações contidas nos autos, concluo o meu exame e entendo que cabe a SETRAN notificar a Empresa Contratada a apresentar as Faturas reajustes, base de cálculo para que a Administração possa cumprir sua obrigação procedendo o pagamento, sob pena de perda do direito da CONTRATADA.

É o parecer.  
S. m. j.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE em Manaus,  
15 de dezembro de 1995.

**MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS**  
Procuradora do Estado

**PROCESSO Nº 1588/95-PGE.****ASSUNTO:** Consulta sobre pagamento atrasado de reajuste.**INTERESSADA:** Secretaria de Estado dos Transportes - SETRAN.**DESPACHO :**

Aprovo integralmente o parecer de fls., por seus legítimos fundamentos.

Com efeito, em incorrendo a Administração Pública em mora, deve arcar com a obrigação de pagar o valor devido corrigido monetariamente, pena de caracterizar-se enriquecimento ilícito, em detrimento do particular.

A parte lesada, todavia, tinha o dever de apresentar as faturas supostamente em atraso, em tempo hábil, não podendo o Estado ser responsabilizado quando não há demonstração de débito, como ocorre no caso vertente.

Vê-se do Parecer Técnico, às fls, 49, que a SEEBLA não ingressou com a cobrança dos reajustamentos referentes a 61ª a 69ª Medições na época própria, além de não ter sequer faturado o valor, principal das 70ª a 73ª.

Em assim sendo, sua pretensão carece de fundamento. Como pretender pagamento de determinado **quantum**, acrescido da devida correção monetária, se inexistente base de cálculo?

Mister se faz que comprove, via apresentação de faturas, o débito que alega não ter recebido. Ao depois, deverá à Interessada proceder a análise técnica de tais documentos, atestando sua veracidade e valor atualizado. somente com essas informações poderá o Estado quitar sua obrigação.

Faço à SETRAN o seguinte alerta: a competência para atestar o débito é sua, bem como a fórmula de cálculos da correção monetária. Nossa manifestação é apenas sobre o lado jurídico da questão.

Encaminhado, pela via própria, à sábia consideração do Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 03 de janeiro de 1996.

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora Chefe

**PROCESSO Nº 1588/95-PGE.**

**ASSUNTO:** Consulta sobre pagamento atrasado de reajuste.

**INTERESSADA:** SETRAN

**INTERESSADA:** Consulta jurídica referente ao contrato n.º 33/86, celebrado entre a SETRAN e a empresa Seebla-Serviços de Engenharia Emílio Baungart.

**DESPACHO:**

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o PARECER Nº 408/95, da Procuradoria Administrativa/PGE, bem como o despacho da respectiva Chefia, que bem esclarecem a questão objeto da consulta, referente ao pedido de pagamento de faturas atrasadas, formulado pela empresa SEEBLA-SERVIÇO DE ENGENHARIA EMÍLIO BAUNGART LTDA.

DEVOLVA-SE o Processo à SETRAN, para os devidos fins.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus, 04 de janeiro de 1996.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 1067/95-PGE****ASSUNTO:** Autenticação do Termo de Contrato**INTERESSADO:** IER/AM**PARECER Nº 227/95-PA/PGE****EMENTA:** ATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Para fins de autenticação, o IER/AM Instituto de Educação Rural do Amazonas, encaminha a Procuradoria Geral do Estado - PGE o Termo de Contrato nº 01/95, celebrado com a firma **TELETEC - COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TELEINFORMÁTICA LTDA.**, com o objetivo de que a Contratada execute assistência e manutenção no Sistema Telefônico do IER/AM.

O processo está instruído com o original do Termo de Contrato, a publicação do Extrato no Diário Oficial do Estado, cópia do processo licitatório, com a portaria que declarou a inexigibilidade da licitação, a documentação da empresa, ressaltando a Declaração da ACA - Associação Comercial do Amazonas, de que a Contratada é o único distribuidor autorizado e credenciado a prestar os serviços de assistência técnica e Vendas dos equipamentos de fabricação da MATEL - TECNOLOGIA DE TELEINFORMÁTICA S/A, além do parecer da Assessoria Jurídica do IERAM.

Procedendo o exame dos autos, verifiquei que a interessada, na Portaria nº 008/95-IER/AM GDA, de 17 de maio do ano em curso, que declarou a inexigibilidade de Licitação, incorreu em erro de enquadramento legal ao se referir ao item I do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, que se refere a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresas ou representante comercial exclusivo, vedado a preferência de marcas, não respondendo a prestação de serviços, como se pretende fundamentar.

A Empresa contratada pretendeu ressaltar, ainda, no presente a sua exclusividade na prestação do serviço e no fornecimento de materiais através da Declaração, expedida pela Associação Comercial do Amazonas.

Observamos que a Declaração apensa aos autos, apenas reconhece o credenciamento para prestar serviços de assistência técnica, e não lhe confere o atributo da exclusividade para tal objetivo.

A exclusividade só se configura expressamente no que se refere a distribuição dos equipamentos da MATEC

O atestado de exclusividade deveria, se assim fosse configurada a situação, estender-se a prestação dos serviços de manutenção. O credenciamento, pressupõe, seja estendido, também a outras empresas de assistência técnica, além da contratada.

De par com o exposto, e entendendo que a prestação de serviços, objeto do Termo de Contrato nº 01/95-IER/AM, deveria ter seguido as normas gerais de Licitação, pois não se enquadra no elenco de situações que determinem a declaração de inexigibilidade, que sempre será determinada por impossibilidade fática, lógica ou jurídica do confronto licitatório, sugerimos a inautenticação do Termo de Contrato supra referido.

É o parecer sub censura.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em Manaus, 31 de julho de 1995.

**SÉRGIO VIEIRA CARDOSO**  
Procurador do Estado

**PROCESSO Nº 1067/95-PGE**

**ASSUNTO:** Autenticação do termo de contrato

**INTERESSADO:** IER/AM

**DESPACHO:**

Concordo com o parecer do Dr. Sérgio Cardoso.

Ao interessado sem a formalidade da autenticação.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em  
Manaus, 10 de agosto de 1995.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**

Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 1067/95-PGE**

**ASSUNTO:** Termo de Contrato n.º 001/95 de assistência técnica,  
celebrado entre o IERAM e TELETEC-Comércio e  
Serviço de Teleinformática.

**INTERESSADO:** IER/AM

**DESPACHO:**

Na conformidade do pronunciamento da Procuradoria Administrativa/PGE, que deixou de autenticar o Instrumento, DEVOLVA-SE o Processo ao **INSTITUTO DE EDUCAÇÃO RURAL DO AMAZONAS - IER/AM**, para conhecimento das razões expostas no Parecer nº 227/95-PA/PGE, lavrado pelo Dr. **SÉRGIO VIEIRA CARDOSO** e Despacho da respectiva Chefia.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus, 14 de agosto de 1995.

**OLDENEY SÁ VALENTE**

Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 1579/95 - PGE**

**ASSUNTO:** Compatibilidade entre acordo coletivo e a nova condição da Superintendência de Habitação.

**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Administração.

**PARECER N.º 021/95 - PPT/PGE**

NEGOCIAÇÃO COLETIVA. SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE HABITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.

**EMENTA:** Os Entes Públicos da Administração Direta não estão sujeitos as normas coletivas do trabalho, regidos que são pelo princípio de subordinação à previsão da lei - princípio da legalidade. O Estado ao contratar sob o pálio do direito privado iguala-se ao particular, devendo obediência as disposições contidas na legislação trabalhista.

Versam os presentes autos, como já dissemos anteriormente, sobre consulta formulada pelo Secretário de Estado da Administração acerca da compatibilidade entre Acordo Coletivo e a nova condição jurídica da Superintendência Estadual de Habitação, hoje parte integrante da Administração Direta.

Tal indagação foi precedida de pedido de reajuste salarial, na ordem de 20.93%, encaminhado pelo Dirigente Maior daquela Entidade, ao argumento de que setembro era o mês da data-base de seus empregados.

Afirma ainda que a referida vantagem está autorizada pela Medida Provisória n.º 1.079/95 que assegurou aos trabalhadores, na primeira data-base da categoria, reposição de acordo com a variação acumulada do IPC.

O processo veio a esta Especializada, ocasião em que solicitamos fosse convertido em diligência, a fim de que a SUHAB procedesse a juntada do Instrumento Coletivo que fixou a sobredita data-base. Pedimos também que esclarecesse se absolveu in totum as finalidades da extinta SHAM.

As referidas determinações foram cumpridas, retornando a consulta para análise de mérito.

É o relatório.

O exame da questão proposta comporta os seguintes aspectos:

1. Possibilidade de Órgão da Administração Direta do Estado participar de negociação coletiva (acordo, convenção ou dissídio);
2. Obrigatoriedade de cumprimento de cláusulas coletivas do trabalho vigentes quando da mudança de personalidade jurídica do empregador;
3. Análise da Medida Provisória n.º 1.079/95, no que tange a reajuste salarial.

O primeiro é de fácil resposta. A Constituição Federal de 1988 (art. 39, parágrafo 2º) ao enumerar os institutos trabalhistas aplicáveis aos servidores públicos da administração direta, autarquias e fundações, nos incisos do art. 7º que se lhes aplicam, omitiu o inciso XVI (reconhecimento das convenções coletivas). Logo, se o legislador quisesse que usufríssem desse direito, não há dúvida que teria deixado expresso, a exemplo do que fez com outros incisos. Se assim não foi reconhecido, a conclusão que se extrai é de que os servidores públicos não podem se utilizar dos instrumentos coletivos, para efeito de estabelecer normas e condições de trabalho.

Ademais, as peculiaridades da negociação coletiva não se amoldam ao sistema constitucional dos direitos dos servidores

públicos, regido que é pelo princípio da subordinação à previsão da lei - Princípio da legalidade.

Não se pode perder de vista, por exemplo, o que dispõe o art. 37, X, da CF, quando diz que **a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índice entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data**, além de ser da iniciativa privada do Chefe do Executivo as leis que aumentem a remuneração dos servidores da administração direta e autarquias (art. 61, parágrafo 1º, inciso II, da CF). O mesmo princípio é adotado pelos Estados e Municípios, até porque a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração dos servidores só pode ser feita se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal, consoante dispõe o art. 169, parágrafo único, inciso I, da CF. E mais: estabelece o art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que os entes públicos não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento de valor das respectivas receitas correntes.

Como bem disse o eminente Ministro Carlos Veloso no acórdão da ADIn 492-1 - DF - TP - j. 12.11.92 - DJU 12.03.93, **Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, e segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malgrado o acordo, o direito de ajuizar o dissídio coletivo.**

Quanto ao segundo ponto, mister seja levado em consideração que os servidores da SUHAB, atualmente uma Superintendência com personalidade jurídica de direito público, pertenciam aos Quadros da Sociedade de Habitação do Estado do Amazonas - SHAM, criada que foi pela Lei Estadual n.º 1.174, de 29.12.75.

Aquele ente foi constituído como pessoa jurídica de direito privado, mais especificamente uma sociedade de economia mista, com vistas a exploração de atividade econômica.

Via de consequência, seu pessoal era regido pela Consolidação da Leis do Trabalho, em obediência ao princípio insculpido no art. 173, parágrafo primeiro, da Carta Política do País, com direito inclusive a instauração de dissídio coletivo, como de fato ocorreu.

Vê-se do documento acostado aos autos, que em maio de 1993 o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho proferiu sentença normativa, fixando dentre outras cláusulas, setembro como a data-base dos empregados da extinta SHAM.

Mesmo que o prazo de validade do citado instrumento tenha sido de apenas um ano, dúvida não resta de que aquela norma continuou produzindo efeito, ou seja, o mês de setembro passou a corresponder a data-base dos citados trabalhadores.

Ocorre que por imperativo legal - Lei Estadual n.º 2.330/95, a SHAM foi extinta e em seu lugar foi criada a SUHAB. No mesmo diploma legal ficou dito que o pessoal administrativo passaria do antigo órgão para o sucessor.

As consequências daquela disposição foram inúmeras. Hoje temos empregados contratados sob o pálio do direito privado labutando para a Administração Direta, gerando conflitos de toda ordem, como o que agora examinamos.

Ora, por todas as razões acima esposadas, é vedado ao servidor público da Administração Direta, das autarquias e fundações, desde que não explorem atividade econômica, intentar negociação coletiva de trabalho.

Ocorre que sua celebração foi anterior a essa vedação, por serem empregados de um ente descentralizado.

Indaga-se: Os empregados da SHAM tinham direito a reposição salarial ora pleiteada. Todavia, no curso de seus contratos, houve uma alteração profunda na estrutura jurídica do ente empregador que por força de mandamento constitucional não pode ficar adstrito a cláusulas convencionais. Há de prevalecer o interesse privado ou o público?

A resposta a tal formulação, implicitamente, já foi dada no Parecer n.º 030/95-PPE/PGE, de lavra do eminente Procurador Leonardo Prestes Martins que assim entendeu:

Dai se infere, de logo, que, não obstante a transmutação da natureza jurídica da SHAM em Superintendência Estadual de Habitação - SUHAB - a dizer, a transformação da empresa pública em órgão da Administração Direta regido pelas regras do Direito Público não implica direta e necessariamente a mudança também do regime dos servidores da antiga SHAM, eis que a Constituição Federal de 1988 não abriga no seu texto por via oblíqua qualquer possibilidade de investidura para cargos ou empregos, senão mediante concurso público de provas ou de provas e títulos (cf. art. 37, II, da CF).

A outro tanto, o artigo 22 da precitada Lei n.º 2.330/95 põe termo a dúvida a respeito da manutenção do regime jurídico dos servidores oriundos dos órgãos extintos ou transformados:

“Art. 22 Mantido o regime jurídico e assegurados os direitos individuais respectivos, inclusive as vantagens relativas à natureza ou ao local de trabalho, os servidores dos órgãos extintos ou transformados por esta Lei serão remanejados, por ato do Chefe do Poder Executivo, para compor a lotação numérica de que trata o parágrafo 1º do artigo 15 desta Lei.”

Se a própria lei cabocla não só determinou a manutenção do regime, como assegurou os direitos individuais

respectivos, entendemos que os servidores da atual SUHAB fazem jus a todos os direitos estabelecidos na legislação consolidada, como não poderia deixar de ser, excetuado a partir de então a participação em negociação coletiva.

A data-base da categoria, entretanto, deixou de ser cláusula normativa. A todos os trabalhadores é atribuída essa vantagem e se já tinham o mês de setembro como referência, este deve permanecer.

Esses são ônus que o Estado deve arcar quando resolve despir-se de suas prerrogativas para nivelar-se a iniciativa privada.

Por derradeiro, resta-nos verificar o que realmente estabelece a Medida Provisória n.º 1.079/95. O artigo 9º tem a seguinte redação:

art. 9º É assegurado aos trabalhadores, na primeira data-base da respectiva categoria após a vigência desta Medida Provisória, o pagamento de reajuste relativo à variação acumulada do IPC-r entre a última data-base e junho de 1995, inclusive.

Inconteste, portanto, que aos servidores da SUHAB deve ser dada a reposição pleiteada.

É o parecer, sub censura.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/  
PGE, em Manaus, 03 de novembro de 1995

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora-Chefe

**PROCESSO N.º 1579/95 - PGE**

**ASSUNTO:** Reajustes salariais dos servidores da SHAM/SUHAB.  
Consulta.

**INTERESSADO:** SHAM/SUHAB

**D E S P A C H O :**

Aprovo, por seus próprios fundamentos, as conclusões do Parecer n.º 021/95-PPT/PGE.

Devolva-se o processo à SUHAB.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 073/95 - PGE**

**ASSUNTO:** Incorporação de função gratificada assegurada por Acordo Coletivo.

**INTERESSADA:** Empresa Amazonense de Turismo - EMAMTUR

**PARECER Nº 018/95 - PPT/PGE****INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO GRATIFICADA.**

É facultado ao empregador estabelecer novas condições de trabalho, desde que respeitados os princípios mínimos.

Concedida vantagem não prevista no diploma consolidado, não é possível a utilização analógica de normas de direito administrativo, aplicáveis somente aos funcionários públicos.

Havendo previsão para a incorporação de função gratificada por parte de empregados públicos, sua concessão fica adstrita aos critérios estabelecidos no instrumento concedente.

Aos servidores da EMAMTUR foi assegurado, via Decreto Estadual, direito a incorporação de função gratificada, quando de sua destituição, desde que comprovado seu exercício dentro do próprio Órgão por no mínimo cinco anos. A aludida vantagem deve ser reajustada na mesma data e no mesmo índice dos salários.

A EMPRESA AMAZONENSE DE TURISMO - EMAMTUR enviou a esta Procuradoria pedido de exame da legalidade de incorporação de função gratificada, assegurada a seus empregados mediante Acordo Coletivo. Justificou sua solicitação no fato de ter sido suprimido o pagamento de tal vantagem por ordem do Órgão Central de Pessoal do Estado.

Ao examinarmos a matéria, sugerimos que fossem os autos enviados a Secretaria de Estado da Administração - SEAD para que enumerasse as razões que deram causa àquela decisão.

A Coordenação do Sistema de Pessoal da referida Secretaria proferiu entendimento segundo o qual é perfeitamente legal a incorporação das denominadas GF, desde que exercidas por mais de 10 anos. Posicionou-se, todavia, contra a incorporação das ADs por serem cargos de confiança.

Retornando o processo ao Órgão Consulente, a solicitação primeira foi aditada. A Interessada requereu ainda a equiparação da GFs as ADs para fins de pagamento da citada incorporação.

O processo veio instruído com cópias de pareceres desta Especializada, do Acordo Coletivo celebrado com a entidade de classe de seus empregados e dos Decretos Estaduais n.º 15.763/93 e 13.107/90.

É o Relatório.

A princípio vamos proceder a alguns esclarecimentos indispensáveis a real compreensão do problema ora sub examem.

A Interessada é Órgão da Administração Indireta, constituída sob a forma de empresa pública e seus servidores são contratados na forma prevista pelo direito privado, ou seja, de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, ex vi com o disposto no art. 50 do seu Regimento Interno.

O referido diploma legal não prevê a vantagem ora em discussão. É bem verdade que a jurisprudência dominante dos Tribunais Trabalhistas caminhou no sentido de entender procedente a incorporação de função gratificada, desde que exercida por dez anos, conforme se verifica da decisão abaixo transcrita:

Cargo em comissão - 10 anos - Reversão.  
A jurisprudência persiste no entendimento de que o empregado que exerce cargo

comissionado por período superior a 10 anos e que venha a perdê-lo não deve sofrer prejuízo salarial (TST, RR 15.970/90.7, Afonso Celso, Ac. 1ª T. 1.420/91), in Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho, Valetin Carrion, Ed. Saraiva, 19ª Edição, p. 285.

**In casu**, o direito a esse "instituto" está amparado pelo Decreto Estadual n.º 13.107/90 que assim dispôs:

Art. 5º - Ficam assegurados os benefícios acordados pelo Acordo Coletivo de Trabalho, celebrado entre a EMAMTUR e a Associação dos Servidores da EMAMTUR, em 05 de julho de 1989, com a interveniência da SEFAZ, SEAD e SIC, cujo teor das cláusulas 4º, 5º, 6º e 7º integram o presente Decreto.

A Cláusula 5º do ajuste acima mencionado, por sua vez, tem a seguinte redação:

**Cláusula 5º - INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO**

A EMAMTUR se compromete a incorporar o salário do empregado o valor da função gratificada exercida por 5 anos consecutivos ou intercalados, caso venha a ser destituído da referida função.

Nesse momento é conveniente tratarmos de assunto, a princípio alheio a questão, mas de todo procedente para evitar a prática de futuras irregularidades.

A EMAMTUR mesmo sendo órgão da administração indireta, constituída sob a forma de pessoa jurídica de direito privado não explora qualquer tipo de "atividade econômica", além de ser totalmente mantida as expensas da Fazenda Pública Estadual. Ademais, seu objetivo é a prestação de serviço público.

A conjugação desses fatos, a nosso ver, não permite sua participação em qualquer tipo de negociação coletiva, de vez que a Carta Magna quando diz expressamente que as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, subordina essa submissão à exploração de atividade econômica. É o que se depreende da leitura do art. 173, parágrafo 1º, da C.F., verbis:

Art. 173 .....omissis.....

Parágrafo 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e **outras entidades que explorem atividade econômica** sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. (grifos nossos)

Nesse sentido salientamos os ensinamentos de Ivan Barbosa Rigolin, in *O Servidor Público na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989:

A essa altura bem já se percebe que o servidor da sociedade de economia mista e o da empresa pública ora presta serviço público (sendo-lhe adequada a denominação de "servidor público prestatat", ( ora não os presta, mas colabora com sua entidade na simples exploração de atividade econômica (e neste caso é bastante imprópria sua designação como "servidor público").....

Essa diferenciação é fundamental, uma vez que, no caso de servidores prestatatais vinculados a serviços públicos, **esses compõem a "Administração indireta" referida no art. 37 da Constituição**, e no caso dos empregados das empresas prestatatais voltadas à exploração de

**atividade econômica não compõem.....**  
**as parastatais que apenas exploram atividade econômica, sem prestar serviço público, não compõem a Administração Pública** e, assim, seu foro constitucional não é o Capítulo VII do Título III (Da Administração Pública na Organização do Estado), mas sim, propriamente, o Capítulo I do Título VII, referente **aos princípios gerais da atividade econômica**, inserido nas disposições relativas à ordem econômica financeira. Reforça a idéia, ou antes a confirma, a explícita redação do parágrafo 1º do art. 173, claramente separador, de um lado, das empresas estatais que exploram atividade econômica, e, em contraste com o art. 37, das que prestam serviço público de outro lado.

Ora, se a EMAMTUR presta serviço público, não possui verba própria e seus empregados são verdadeiramente servidores públicos parastatais, mesmo que seus contratos sejam regidos pela CLT, há determinadas regras de direito público que necessariamente devem ser obedecidas, e via de consequência, impedem que aquele Órgão participe de negociação coletiva.

Senão vejamos: Não se pode perder de vista, por exemplo, que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração dos servidores só pode ser feita se houver prévia dotação orçamentaria suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal, conforme dispõe o art. 169, parágrafo único, I, da C.F. E mais, dispõe o art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que os entes públicos não poderão despender com pessoal mais de sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes.

Com esses prolegômenos, busquei deixar provado que a celebração do sobredito Acordo Coletivo foi totalmente ilegal.

Todavia, a edição do Decreto acima referido sanou tal irregularidade no que pertine ao direito a incorporação de função gratificada, pois o Estado do Amazonas deliberadamente concedeu vantagem não prevista em lei, mas de outro lado, não vedada expressamente.

Pois bem, retornando a matéria, a Consulente optou por criar um novo instituto, mais precisamente o da incorporação de função gratificada exercida por apenas 5 anos.

Dissemos **novo** porque não encontra similar nem no direito administrativo, nem no direito do trabalho.

Como já asseveramos, a jurisprudência dos Tribunais do Trabalho tem julgado procedente a mencionada incorporação após 10 anos de exercício. De igual modo, a legislação federal e estadual que trata dos servidores públicos **strito sensu**, impõe um lapso temporal de 10 anos.

A Interessada, com o aval do Chefe Maior do Executivo, todavia, optou por criar uma nova situação jurídica. Ao mesmo tempo nos parece que pretende "tomar de empréstimo" normas de direito administrativo aplicável somente aos funcionários públicos.

Pelo menos essa é a pretensão no caso ora em análise. Arrimada na suposição de que determinados servidores fazem jus a pretendida incorporação, a EMAMTUR quer buscar subsídios na legislação baré que trata dos **quintos**, para além de conceder a citada incorporação com apenas 05 anos de exercício de função gratificada, mandar que essa vantagem seja calculada de acordo com o disposto no parágrafo primeiro, do art. 1º, do Decreto n.º 14.020/91.

Por outro lado, parte da premissa de que é possível contar-se todo o tempo de exercício de função gratificada, independentemente do **empregador**, para fins de aplicabilidade da cláusula convencional retroaludida.

É importante alertamos para o fato de que a EMAMTUR não se confunde com o Estado do Amazonas. São pessoas

jurídicas distintas, regidas por leis diversas, com a obrigatoriedade de obediência a princípios constitucionais comuns, constituindo cada um de **per si, empregador** distinto. Em outras palavras, não é possível computar para fins da incorporação sob comento, o tempo de exercício de função gratificada prestada em qualquer ente da Administração Pública. O Decreto que disciplinou aquela vantagem, como não podia deixar de ser, assegura tal direito aos empregados que exerceram a citada função no âmbito daquela empresa pública.

Deve ficar claro que as situações não se confundem. Aos empregados da EMAMTUR que tenham exercido função gratificada por cinco anos, vale ressaltar, dentro da própria empresa, assiste direito a mencionada vantagem. Aos funcionários públicos sim, é possível falar-se em incorporação nos moldes pretendidos pela Interessada e desde que cumpridos os dez anos.

Voltamos a repisar que não se pode pretender aplicar analogicamente disposições constantes do Estatuto dos Funcionários Públicos e legislação correlata aos servidores da Administração Indireta, cujos contratos são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente quando se quer apenas os benefícios de cada um desses regimes.

Agora, no que pertine a diferença entre função de confiança e cargo comissionado, a Coordenadoria de Pessoal da SEAD também incorre em erro, confundindo normas públicas com privadas. No âmbito do direito do trabalho interessa que foi concedida uma vantagem àqueles que exerciam atividade de confiança, independentemente da nomenclatura ser FG, GF, CC ou AD.

A legislação consolidada só delimita o real significado da expressão "cargo de confiança", a fim de excetuar o gerente investido de mandato da jornada normal de trabalho ou para fixar exceção ao direito a estabilidade (art. 62 e 499).

Por outro lado, a jurisprudência fala em cargo comissionado ao entender procedente a incorporação de função, transcorridos 10 anos de seu exercício.

A expressão "função gratificada" quer significar o exercício de atividade de confiança para a qual o empregado não foi originariamente contratado, mas que por desenvolvê-la percebe uma gratificação, somada ao salário.

O valor dessa "gratificação" deve ser incorporado ao salário, a título de vantagem pessoal, quando o empregado for dispensado da função de confiança e voltar a desempenhar seu antigo posto.

Indaga-se: E caso o empregado tenha exercido várias funções, cuja soma totaliza cinco anos, qual delas deve ser incorporada? E depois, feita a incorporação, como será o procedimento para calcular os aumentos futuros?

Não hesito em concluir, a luz dos princípios que norteiam o direito do trabalho e na falta de regulamentação própria, que deve ser incorporada a última função exercida, independentemente do lapso temporal.

Quanto a forma de calcular as majorações posteriores, esta Especializada já emitiu pronunciamento sobre o assunto, através do Parecer n.º 004/92 - PPT/PGE, cuja ementa foi a seguinte:

As funções gratificadas devem ser reajustadas de acordo com o reajuste dos salários, sob pena de afrontar o disposto no art. 7º, inciso VI do Texto Constitucional.

Em outras palavras, deve sofrer aumento no mesmo índice e na mesma data em que for reajustado o salário do empregado que fizer jus a tal vantagem.

Certo é que deve ser mantido o mesmo equilíbrio, quando da incorporação: se naquela oportunidade, a função corresponder a 30%, por exemplo, do salário, tal percentual deve ser obedecido durante todo o liame laboral.

A essência dessa vantagem é manter a situação

econômica do empregado no mesmo nível, já que durante longo período recebeu uma gratificação a maior que incorporou-se ao seu patrimônio. É uma das formas de interpretação do princípio da irredutibilidade salarial em consonância com disposições outras que tratam da função de confiança.

Isto posto, passo as conclusões:

a. Os servidores da EMAMTUR que tenham exercido função gratificada por, no mínimo cinco anos, ao serem destituídos da mesma fazem jus a sua incorporação;

b. Deve ser computado para esse fim, apenas o tempo de função exercida dentro daquela empresa;

c. A incorporação far-se-á pela última função desempenhada, independentemente do período de exercício, quando o empregado tiver exercido mais de uma durante o prazo de 05 anos;

d. A partir da concessão da citada vantagem, deve a mesma sofrer aumento no mesmo índice e na mesma data que o salário do beneficiário.

Deixo de manifestar-me **in concreto** sobre cada uma das situações pessoais enumeradas nesse caso, por entender que não disponho dos elementos necessários, especialmente no que tange ao tempo de exercício de função gratificada de cada um dos empregados elencados.

Quanto a indagação da Consulente no sentido de nivelar-se GFs as ADs, já dissemos que não é possível a utilização de normas **estatutárias** a servidores que tem seu contrato de trabalho regido pelo direito privado.

Por outro lado, ao fixarmos a forma de concessão da vantagem retromencionada, prejudicamos àquela pretensão.

À título de colaboração e até porque o momento é propício, sugiro que a EMAMTUR proceda a uma revisão geral

dessa vantagem, verificando se no momento da concessão foram obedecidos os critérios acima enumerados.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO, em  
Manaus, 27 de outubro de 1995.

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora Chefe da PPT

**PROCESSO N.º 073/95 - PGE**

**ASSUNTO:** Incorporação de função gratificada assegurada por  
Acordo Coletivo.

**INTERESSADO:** EMAMTUR

**D E S P A C H O :**

Aprovo, por seus próprios fundamentos o Parecer n.º  
018/95-PPT/PGE.

Nada tendo a acrescentar, devolva-se o processo à  
EMAMTUR, de onde se origina, com o cumprimento das  
formalidades de praxe.

Em: 1º/XI/95

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 2.153/94-PGE**

**ASSUNTO:** Consulta sobre a possibilidade de pagamento de  
Correção Monetária.

**INTERESSADO:** FUNTEC

### **PARECER Nº 044/95-PA/PGE**

ADMINISTRATIVO. CONSULTA. PAGAMENTO EFETUADO QUATRO MESES APÓS A PROPOSTA SEM CORREÇÃO MONETÁRIA. INFLAÇÃO. QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. DIREITO DO PARTICULAR DE PAGAMENTO DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

O Pagamento da correção monetária em questão refere-se exatamente ao período que transcorreu entre a proposta e o pagamento, época em que a inflação caminhava a longos passos.

O fato de a Administração Pública ter pago por um serviço cujos custos foram apurados quatro meses e quinze dias antes fere frontalmente o equilíbrio financeiro estabelecido entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste.

A Interessada formula a esta Especializada consulta sobre a possibilidade de pagamento de correção monetária conforme pleito do particular envolvido.

Constam nos autos os seguintes documentos: Carta do particular interessado solicitando o pagamento dos juros; Nota de empenho nº 290, emitida em 22.11.93; Nota Fiscal emitida em

22/11/93 discriminando o objeto da compra; cópia do comprovante de pagamento a empresa; cópia da proposta da prestação do serviço emitida em 09.08.93 e outros documentos informativos.

A questão envolve o fornecimento de serviço de montagem do transmissor da Fundação de Televisão e Rádio Educativa do Amazonas, cuja proposta de serviço foi num valor de CR\$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil cruzeiros reais), em 09 de agosto de 1993.

O particular fornecedor só recebeu pagamento pelos serviços prestados em 24 de novembro do mesmo ano. Não consta no processo a data exata em que foi executado o serviço ajustado.

O pagamento da correção monetária em questão refere-se exatamente ao período que transcorreu entre a proposta e o pagamento, época em que a inflação caminhava a longos passos, não podendo a Administração Pública ignorar este fato.

O fato de a Administração Pública ter pago por um serviço cujos os custos foram apurados quatro meses e quinze dias antes fere frontalmente o equilíbrio financeiro estabelecido entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste.

Assim defende o doutrinador Hely Lopes Meirelles: "Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento." (**Direito Administrativo Brasileiro**, 19ª ed., 1994, Malheiros Editores, SP, p. 199).

A Lei de Licitações e 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.

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 caso de 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.

O parágrafo 1º do art. do art. 5º da referida lei determina que todos os valores, preços e custos utilizados na licitação terão seus quantitativos corrigidos por critérios previstos no convocatório e **que lhes preservem o valor.**

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 prestação de serviço. De forma alguma a inexistência dos critérios para correção irá impedir a aplicação desta ao caso em análise; pois vejamos a orientação oferecida pelo Boletim de Licitações e Contratos, editado pela Ed. NDJ, do ano de 1993, ao responder a questões práticas à p. 359:

"A Correção Monetária por atraso no pagamento, antes não prevista no Decreto-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.”

Estando claro, após esta explanação, a obrigatoriedade da aplicação da correção monetária sobre os valores 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.

Desta forma está clara a resposta à consulta solicitada pela interessada. Devendo a Administração tomar as providências necessárias para efetivar o pagamento da correção monetária que deve incidir sobre o valor apago em 24.11.93, considerando-se como data inicial o dia 24.08.93, quando então o valor da proposta já não tinha validade (pág. 08). Encontrada a diferença entre o que foi pago e o que deveria ter sido, aplica-se sobre ela a atualização monetária até a data do efetivo pagamento.

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 operações contábeis para se aferir o quantum correspondente a correção monetária aqui tratada, considerando as datas acima determinadas.

É o parecer. S.M.J.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em  
Manaus, 24 de janeiro de 1995.

**MARIA HOSANA MACHADO DE SOUZA**  
Procuradora do Estado

**PROCESSO Nº 2.153/94-PGE**

**ASSUNTO:** Consulta sobre a possibilidade de pagamento de  
Correção Monetária.

**INTERESSADO:** FUNTEC.

**DESPACHO :**

**APROVO** o parecer da Dra. Maria Hosana Matos.

Ao ínclito Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, da PGE, em  
Manaus, 26 de janeiro de 1995.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**

Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 2.153/94-PGE**

**ASSUNTO:** Solicitação de pagamento - Consulta sobre  
possibilidade de pagamento de Correção  
Monetária.

**INTERESSADO:** FUNTEC. (W. T. ELETRÔNICA LTDA)

**DESPACHO :**

**APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, o  
bem lançado Parecer 044/95-PA/PGE emitido pela ilustre  
Procuradora Maria Hosana Matos, que analisou e deslindou a  
questão submetida ao exame da PGE, concluindo, no caso  
concreto, pela juridicidade do pagamento de correção monetária  
em decorrência de inadimplemento contratual pela FUNTEC.

Nada tendo a acrescentar às conclusões do citado  
Parecer, devolva-se o processo à FUNTEC, de onde se origina,  
com observância das formalidades de praxe.

**OLDENEY SÁ VALENTE**

Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 12.852/92-2-SEFAZ**  
**RECURSO VOLUNTÁRIO n.º 091/94-CRF**  
**RECORRENTES: M. G. Empreendimentos Ltda.**  
**RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual**

**PARECER N.º 143/95-RF**

**EMENTA: ICMS. AINF. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS APURADO POR ARBITRAMENTO, MEDIANTE PROCESSO REGULAR, EM RAZÃO DA DESCLASSIFICAÇÃO DA ESCRITA DO CONTRIBUINTE. COMPROVADO QUE OS DOCUMENTOS FISCAIS OU CONTÁBEIS NÃO REFLETEM O VALOR REAL DA OPERAÇÃO, O FISCO ESTÁ AUTORIZADO A APURAR O IMPOSTO POR ARBITRAMENTO, NOS TERMOS DO ART. 5º, § 14, ALÍNEA II, DO RICMS. RECURSO INTEMPESTIVO. O PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO VOLUNTÁRIO, CONTA-SE A PARTIR DO 15º DIA DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO NO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO, CONFORME DETERMINA O ART. 16, DO REGULAMENTO DO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO. RECURSO INTEMPESTIVO CUJO CONHECIMENTO NÃO É RECOMENDADO. NO MÉRITO MANTEM-SE A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU.**

**MG EMPREENDIMENTOS LTDA.**, empresa comercial estabelecida nesta cidade, devidamente inscrita no CGC/MF e no CCA, recorre voluntariamente a este Colegiado, buscando a reforma da decisão proferida pela Auditoria Tributária, que julgou procedente o AINF contra si lavrado.

Alega em suas razões, que o julgador de primeiro grau utilizou como fundamento da Decisão fatos e atos estranhos ao presente processo, tal como a referência a um outro AINF ainda pendente de julgamento, e a juntada de documentos com uma infundada denúncia, referente a fatos ocorridos em 1993, quando o AINF que originou o presente Recurso data de 1992 e o exercício fiscalizado é o de 1990. Afirma, também, que os cálculos efetuados pela fiscalização não estão corretos e reitera os termos da defesa apresentada na primeira instância.

**PRELIMINARMENTE**, o presente Recurso não deve ser conhecido por este Conselho, em razão de sua flagrante intempestividade.

Verifica-se nos autos, que a Decisão recorrida foi prolatada em 29 de abril de 1993 e publicada no D.O.E. de 07 de maio de 1993, sendo o Recurso Voluntário somente foi interposto em 01.06.1994, portanto, extemporaneamente de acordo com a legislação.

Embora conste nos autos às fls. 73, um termo de ciência datado de 24.05.94, este de nenhum valor se reveste, porque foi lavrado à revelia da legislação, que estabelece critérios específicos para se intimar o contribuinte das decisões proferidas pelos órgãos julgadores da SEFAZ. Por esta razão, constata-se que a intimação da decisão de primeiro grau, aconteceu de maneira correta conforme estabelece a legislação tributária, tal qual se vê no artigo 16, do RPTA, *in verbis*:

“ART. 16 - RESSALVADO O DISPOSTO NO ARTIGO ANTERIOR, OS SUJEITOS PASSIVOS DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS SERÃO INTIMADOS E CIENTIFICADOS DE QUAISQUER ATOS DECISÓRIOS MEDIANTE SUA SIMPLES PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO.”

Por sua vez, o artigo 17, inciso III, do mesmo diploma legal, estabelece que:

"ART. 17 - CONSIDERA-SE REALIZADA A INTIMAÇÃO:

I - ...

II - ...

III - NOS CASOS DE EDITAL E DO ARTIGO ANTERIOR, 15 (QUINZE) DIAS APÓS A RESPECTIVA PUBLICAÇÃO. "

Desta forma, laboram em equívoco a Recorrente e a própria Auditoria Tributária, ao dar ciência pessoal de um ato para o qual a Lei determina que a intimação se faça com a simples publicação da decisão no Diário Oficial do Estado. Este fato causa espécie, principalmente quando se constata que o ato é praticado há mais de um ano após a publicação oficial, sem qualquer justificativa aceitável.

Diante das claras disposições do Regulamento do Processo Tributário Administrativo, aprovado pelo Decreto 4564/79, e considerando as provas dos autos, não resta qualquer dúvida quanto a intempestividade do presente Recurso, razão pela qual opino pelo seu desconhecimento.

Caso, porém, esse E. Conselho entenda ultrapassada a preliminar, quanto ao mérito, constata-se que, embora a Recorrente tenha razão em rebelar-se contra as impropriedades cometidas pelo Julgador de Primeiro Grau, pelo fato de ter feito referência a processo ainda não definitivamente decidido, bem como a documentos estranhos e alheios ao período fiscalizado, estes argumentos, contudo, não invalidam a Ação Fiscal, nos termos do Aditivo de fls. 44.

Como se vê no referido aditamento ao AINF, os fiscais autuantes desclassificaram a escrita fiscal Recorrente, por não refletir o valor real das operações realizadas e apuraram o tributo por arbitramento. Este fato não foi contestado pela Recorrente, mesmo após ter sido legalmente notificada como se vê no próprio termo de aditamento.

Embora não seja a regra geral, o Fisco excepcionalmente, pode utilizar-se do arbitramento para apurar

o imposto devido, conforme autoriza o Regulamento do ICMS, no § 14, alínea II, do Art. 5º, do Decreto 11.773/89, **in verbis**:

**“Art. 5º - .....**

**§ 14 - O VALOR DAS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES PODERÁ SER ARBITRADO PELA AUTORIDADE FISCAL, MEDIANTE PROCESSO REGULAR OU AÇÃO FISCAL ESPECÍFICA, SEM PREJUÍZO DA APLICAÇÃO DAS PENALIDADE CABÍVEIS, NOS SEGUINTE CASOS:**

**.....**

**II - SE OS DOCUMENTOS FISCAIS OU CONTÁBEIS NÃO REFLETIREM O VALOR REAL DA OPERAÇÃO OU DA PRESTAÇÃO;”**

Na revisão fiscal solicitada por esta Representação Fiscal, o Inspetor encarregado da mesma, concluiu que o trabalho realizado pela Fiscalização reflete a realidade dos fatos, devendo, portanto, ser mantido o AINF, na sua totalidade

Por estas razões, caso seja ultrapassada a preliminar argüida, quanto ao mérito, não vejo motivos para modificar a decisão do Julgador de Primeiro Grau.

Pelo exposto e diante das provas dos autos, opino **PRELIMINARMENTE**, pelo **NÃO CONHECIMENTO DO PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO** e, no mérito, pelo desprovimento do mesmo, mantendo-se a decisão recorrida em todos os seus termos.

É o parecer, s.m.j.

Manaus, 31 de agosto de 1995.

**JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS**  
Procurador do Estado  
Representante Fiscal

**PROCESSO N.º 09.839/94-0-SEFAZ**  
**RECURSO VOLUNTÁRIO n.º 007/95-CRF**  
**RECORRENTE: SONORA INDUSTRIAL S/A**  
**RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual**

**PARECER N.º 073/95-RF**

**EMENTA:** ICMS. AINF. MERCADORIA ESTRANGEIRA. TRATANDO-SE DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR, O FATO GERADOR DO TRIBUTO OCORRE NA ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR, NOS TERMOS DO ART. 7º, INCISO I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL, RAZÃO PELA QUAL NÃO HÁ QUE SE FALAR EM REGIME DE ANTECIPAÇÃO. COMPETÊNCIA DA AUDITORIA TRIBUTÁRIA PARA JULGAR EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDAMENTE NOTIFICADO, DENTRO DOS PRAZOS LEGAIS, CARACTERIZA INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PUNÍVEL COM APENALIDADE ESPECÍFICA ESTABELECIDA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL. A CORREÇÃO MONETÁRIA NÃO REPRESENTA ACRÉSCIMOS MAS APENAS ATUALIZAÇÃO DA MOEDA PARA SE EVITAR PREJUÍZOS AO CREDOR. RECURSO VOLUNTÁRIO CUJO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO É RECOMENDADO.

SONORA INDUSTRIAL S/A, estabelecida nesta Cidade, devidamente inscrita no CGC/MF e no CCA, apresenta Recurso Voluntário contra a Decisão proferida pela Auditoria Tributária, que julgou procedente o AINF n.º 040328-8, contra si lavrado, pretendendo a reforma da mesma.

Alega em suas razões, preliminarmente, a incompetência do Auditor Tributário para julgar a matéria. Por

entender tratar-se de ICMS SOB O REGIME DE ANTECIPAÇÃO, nos termos do artigo 184, § 2º da Lei n.º 1320/78. Quanto ao mérito, alega que o regime de antecipação é inconstitucional, inexistindo fundamento jurídico para o Estado cobrar ICMS antes da ocorrência do fato gerador do tributo. Rebela-se também contra a correção monetária, afirmando que a U.B.A. (Unidade Básica de Avaliação), não pode ser utilizada para corrigir débitos do contribuinte, uma vez que os Estados não podem legislar sobre o sistema monetário. Afirma que não existe índice oficial de correção monetária aplicável ao período da apuração, conforme indicado no AINF, alegando, ainda, não haver razão para a aplicação da penalidade de multa correspondente a 100% do valor do débito, sendo a mesma considerada confiscatória.

Quanto à preliminar argüida pela Recorrente, observa-se que a mesma não pode ser acolhida, pelo fato de que a matéria versada no presente processo, não se refere à ICMS sob o regime de antecipação. Consta-se nos autos que as Notificações arroladas pela Fiscalização, diz respeito a mercadorias procedentes do exterior, e, nestes casos, o fato gerador da obrigação tributária se dá na entrada da mercadoria no estabelecimento do importador, conforme estabelece o Inciso I, do artigo 7º, da Lei n.º 1320/78, **in verbis**:

“ART 7º - OCORRE O FATO GERADOR DO IMPOSTO:

I - NA ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO OU NO RECEBIMENTO PELO IMPORTADOR DE MERCADORIA OU BEM, IMPORTADOS DO EXTERIOR.”

Como se vê pela clara disposição legal e comprovado pela diligência realizada que as mercadorias acobertadas pelas D.I. que deram origem às Notificações arroladas no AINF, referem-se a mercadorias importadas do exterior, não há que se falar em ICMS ANTECIPADO, mas sim em simples notificações para recolher o ICMS devido de acordo com as disposições legais.

Logo, não se tratando de ICMS ANTECIPADO, é competente a Auditoria Tributária para apreciar e julgar em primeira instância, não se aplicando ao caso o disposto no Art. 148, § 2º, da Lei n.º 1320/78. Por esta razão deve ser rejeitada a preliminar argüida pela recorrente.

Quanto a suposta inconstitucionalidade da exigência do ICMS sob o regime de antecipação, verifica-se a inaplicabilidade de tais argumentos no presente, uma vez que, como acima esclarecido a matéria versada não é ANTECIPAÇÃO.

Em que pesem os argumentos da Recorrente, os mesmos não conseguem convencer por sua patente fragilidade diante das disposições legais que regem a matéria. Com efeito, a jurisprudência deste Conselho é farta e pacífica no sentido de que a cobrança do ICMS no regime de antecipação, tal como é praticado pela Fazenda Estadual, é Constitucionalmente prevista e não contraria os princípios tributários, nem afronta a Decreto-Lei 288/67, que trata dos incentivos fiscais concedidos à Zona Franca de Manaus.

Na verdade o regime de antecipação do ICMS adotado pelo Estado do Amazonas, encontra-se previsto no artigo 2º, Parágrafo Terceiro, do Anexo Único do Convênio n.º 066/88, editado justamente para regular o ICMS, em obediência às determinações expressas no Parágrafo Oitavo, do Art. 34, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em razão da nova ordem Constitucional, o Estado do Amazonas fez publicar a Lei n.º 1893, de 30.12.88, dando nova redação à Lei n.º 1320/78, a qual prevê a cobrança antecipada do ICMS, nos seguintes termos: "O IMPOSTO DEVIDO NA PRIMEIRA OPERAÇÃO INTERNA, RALATIVO ÀS MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO SERÁ PAGO POR ANTECIPAÇÃO PELO CONTRIBUINTE IMPORTADOR, NA FORMA COM DISPUSER O REGULAMENTO".

Por sua vez, o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 11773/89, em seu artigo 41, elenca as mercadoria que estão sujeitas ao regime de antecipação,

dispondo, também, sobre a forma e prazos de recolhimento, vigorando até março de 1993, quando entrou em vigor o Decreto n.º 15.367/93, que passou a regular matéria, mantendo, entretanto, o mesmo entendimento da legislação anterior.

No que se refere ao argumento de que U.B.A. não pode ser utilizada para corrigir os débitos do contribuinte, analisando os autos, constata-se que nenhum momento existe qualquer indicação de que a correção dos valores tenha se processado com base na U.B.A. Na verdade os débitos relativos aos tributos Estaduais são corrigidos obedecendo as regras emanadas do Governo Federal, nos termos da Lei n.º 1320/78, cujo artigo 105, assim preleciona:

ART. 105 - O DÉBITO RELATIVO AO IMPOSTO, À MULTA E AOS ACRÉSCIMOS, FICA SUJEITO À CORREÇÃO MONETÁRIA DO SEU VALOR, NA FORMA QUE DISPUSER O REGULAMENTO.

PARÁGRAFO ÚNICO - A CORREÇÃO MONETÁRIA SERÁ DETERMINADA COM BASE NOS COEFICIENTES DE ATUALIZAÇÃO VIGORANTE DO MÊS EM QUE OCORRER O PAGAMENTO DO DÉBITO FISCAL, ESTABELECIDOS MENSALMENTE PELA SECRETARIA DA FAZENDA, QUE OBSERVARÁ, PARA ESSE FIM, OS ADOTADOS PELOS ÓRGÃOS FEDERAIS COMPETENTES RELATIVAMENTE ÀS OBRIGAÇÕES REAJUSTÁVEIS DO TESOUREO NACIONAL OU DÉBITOS FISCAIS.

Ressalte-se que a legislação Estadual, tanto no Código Tributário, quanto no Regulamento do Processo Tributário Administrativo, sempre que tratam do instituto da correção monetária, fazem remissão à legislação Federal, que é o poder competente para fixar os índices a ser aplicados em relação aos tributos em geral.

Assim podemos constatar nos seguintes dispositivos da Lei n.º 1320/78, *in verbis*:

"ART.100 - O IMPOSTO QUANDO NÃO RECOLHIDO NO PRAZO REGULAMENTAR, ALÉM DE ATUALIZAÇÃO DE SEU VALOR MONETÁRIO, **NOS TER-MOS FIXADOS PELA LEGISLAÇÃO FEDERAL**, DESDE QUE O RECOLHIMENTO SE FAÇA ESPONTANEAMENTE E ANTES DE QUALQUER AÇÃO FISCAL SERÁ ACRESCIDO DE MULTA DE MORA 20 % (VINTE POR CENTO). (destacamos)

"ART. 276 - OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NÃO PAGOS NAS DATAS EXIGIDAS, CASO O DEVEDOR ESTEJA EM MORA, TERÃO O SEU VALOR **ATUALIZADO DE ACORDO COM OS COEFICIENTES DE CORREÇÃO MONETÁRIA FIXADOS PELO ÓRGÃO FEDERAL COMPETENTE**. (destaca-mos).

No mesmo sentido dispõe o Regulamento do Processo Tributário Administrativo, aprovado pelo Decreto n.º 4564, de 14.03.79. em seu artigo 129, Parágrafo Primeiro, *in verbis*:

"ART. 129 - .....

PARÁGRAFO PRIMEIRO - O DÉBITO FISCAL A SER PARCELADO TERÁ SEU VALOR CORRIGIDO MONETARIAMENTE, COM BASE NOS COEFICIENTES DE ATUALIZAÇÃO VIGORANTES NO MÊS EM QUE FOR PROTOCOLADO O PEDIDO, DESDE QUE O MESMO SEJA DEFERIDO, ESTABELECIDOS MENSALMENTE PELA SECRETARIA DA FAZENDA, **QUE OBSERVARÁ PARA ESTE FIM, OS ADOTADOS PELOS ÓRGÃO FEDERAIS COMPETENTES, RELATIVAMENTE AS OBRIGAÇÕES REAJUSTÁVEIS DO TESOURO NACIONAL OU A DÉBITOS FISCAIS.**" (destacamos)

Com a edição da Lei n.º 8.383, de 30.12.1991, que

instituiu a UFIR como índice oficial para a correção dos débitos fiscais, é este que SEFAZ utiliza para atualizar monetariamente os débitos fiscais, tal como foi utilizado no caso presente. Por esta razão não assiste à Recorrente, quando pretende que seja excluído do valor do débito a parcela correspondente à correção monetária.

Com relação à multa aplicada pela fiscalização entendemos que a mesma está corretamente configurada, posto que a própria Recorrente reconhece que não recolheu o Tributo dentro do prazo legal, imposto esse devidamente notificado. Para tal infração, o Código Tributário Estadual estabelece uma multa específica, capitulada no inciso I, do artigo 101, da lei n.º 1320/78, que claramente preceitua:

"ART. 101 - O DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PRINCIPAL E ACESSÓRIAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. APURADO MEDIANTE PROCEDIMENTO FISCAL CABÍVEL, SUJEITARÁ O INFRATOR ÀS SEGUINTEs MULTAS, SEM PREJUÍZO DO RECOLHIMENTO DO VALOR DO IMPOSTO, QUANDO DEVIDO.

I - 1 (UMA) VEZ O VALOR DO IMPOSTO DEVIDO, QUANDO O DÉBITO APURADO RESULTAR DE FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES DEVIDAMENTE ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS OU INCIDENTES SOBRE OPERAÇÕES DE ENTRADA DE MERCADORIAS SUJEITAS AO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO."

Diante da clara disposição legal, e confirmado o cometimento da infração apontada no AINF, não há que se falar em multa meramente confiscatória, como pretende a Recorrente, mas sim em penalidade legalmente estabelecida que objetiva, didaticamente, disciplinar o cumprimento da lei, sem prejuízo àqueles que cumprem religiosamente suas obrigações tributárias.

Deixar de aplicar a multa prevista na Lei, aos que a descumprem deliberadamente, seria premiar o mau contribuinte, em detrimento daqueles que, enfrentando as mesmas dificuldades, recolhem regularmente a parte do Fisco.

Por estas razões, e diante das provas existentes nos autos, esta Representação Fiscal opina pelo conhecimento do presente Recurso Voluntário e seu desprovimento, mantendo-se a decisão recorrida pelos seus próprios e legítimos fundamentos.

É o parecer, s.m.j.

Manaus, 25 de maio de 1995.

**JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS**

Procurador do Estado

Representante Fiscal

**PROCESSO N.º 10283 200606/93-87****ASSUNTO:** Imposto de Renda, responsabilidade por sucessão.**INTERESSADA:** Superintendência de Televisão e Rádio Educativa do Amazonas – STREA.**PARECER N.º 002/95-PROFIS/PGE**

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE RENDIMENTOS DO TRABALHO ASSALARIADO. LANÇAMENTO POR DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE. CONFISSÃO. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO DA AUTARQUIA SUPERINTENDÊNCIA DE TELEVISÃO E RÁDIO EDUCATIVA DO AMAZONAS. INSTITUIÇÃO DA FUNDAÇÃO TELEVISÃO E RÁDIO E CULTURA AMAZONAS. INCORPORAÇÃO DOS BENS, DIREITOS E VALORES DA EXTINTA STREA AO PATRIMÔNIO DA FUNTEC. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO DA FUNTEC. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 169-III DO REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA COMBINADO COM O ARTIGO 132 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

**1 - RELATÓRIO**

Trata-se de cobrança extrajudicial de dívida ativa da União, no valor equivalente a 150,27 UFIRs, recebida pela Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas – FUNTEC.

Ao argumento de que “não exerce gerenciamento dos débitos da extinta Superintendência de Televisão e Rádio Educativa do Amazonas-STREA”, a FUNTEC encaminhou a cobrança à Procuradoria Geral do Estado, tendo-me sido distribuído o feito para exame e providências.

A cobrança diz respeito a imposto sobre os rendimentos do trabalho assalariado, retido na fonte e não

repassado aos cofres públicos federais, referente aos períodos de apuração de março/89 e abril/89, declarado pela Superintendência de Televisão e Rádio Educativa do Amazonas – STREA, através da Declaração de Contribuições e Tributos Federais n.º 71000 e n.º 71001.

A declarante STREA, autarquia estadual, foi criada em decorrência da transformação da Fundação Televisão Educativa do Amazonas, consoante o artigo 1º da Lei n.º 1.493, de 17/12/81. Estando vinculada ao Gabinete do Governador, por intermédio da Secretaria de Comunicação Social (artigo 2º).

Nos termos do artigo 3º da Lei n.º 1.493/81, o patrimônio da STREA foi constituído pelos bens móveis e imóveis, valores, direitos e ações pertencentes à Fundação Televisão Educativa.

De acordo com o artigo 7º da Lei n.º 1.493/81. A STREA ficou subrogada nos direitos e obrigações da Fundação Televisão Educativa, inclusive nos recursos orçamentários e extra-orçamentários.

A STREA foi extinta pelo artigo 1º da Lei n.º 2.216, de 09/06/93, publicada no Diário Oficial de 09/06/93.

A mesma Lei n.º 2.216/93, em seu artigo 3º, autorizou o Chefe do Poder Executivo a instituir uma fundação com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos (artigo 4º), dotada de autonomia jurídica, administrativa e financeira e com plena gestão de seus bens e recursos, sob a denominação de **Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas – FUNTEC**.

Na constituição do patrimônio e recursos da FUNTEC incluíram-se, dentre outros, os bens, direitos e valores da extinta STREA (artigo 6º, alínea “b”, da Lei n.º 2.216/93).

A Lei n.º 2.216/93 foi silente quanto à responsabilidade pelas dívidas e obrigações da extinta STREA.

É o relatório.

## II - PARECER

### DA NATUREZA JURIDICA DO LANÇAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA SOB EXAME

No mérito, entendo que a questão não comporta mais discussão, pois a Declaração de Contribuições e Tributos Federais constitui confissão de dívida, nos termos do § 1º do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 2.124/84.

De fato, nesta modalidade, o lançamento toma por base a declaração do próprio sujeito passivo, que fornece as informações indispensáveis à sua efetivação (artigo 147 do Código Tributário Nacional).

Assim sendo, o imposto foi retido na fonte, conforme declaração-confissão do próprio contribuinte, a qual, segundo o artigo 5º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 2.124, de 13/06/84, constitui documento hábil para a imediata inscrição em Dívida Ativa, para efeito de cobrança executiva.

### DO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Resta-nos a análise do sujeito passivo da obrigação tributária, tendo em vista que a STREA foi extinta pela Lei n.º 2.216/93, a qual autorizou o Chefe do Poder Executivo a instituir a FUNTEC, destinando os bens, direitos e valores da extinta STREA ao patrimônio da FUNTEC, consoante o disposto na alínea "b", do seu artigo 6º, mas silenciando quanto à responsabilidade pelas dívidas e obrigações da extinta STREA.

Considerando que os bens, direitos e valores da extinta STREA foram destinados à FUNTEC, consoante o disposto na alínea "b", do artigo 6º, da Lei n.º 2.216/93, entendo que houve incorporação do patrimônio da extinta STREA ao da FUNTEC, aplicando-se o disposto no inciso III do artigo 169 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n.º 1.041, de 11/01/94, que reza:

“Art. 169. Respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas (Lei n.º 5.172/66, art. 132 e Decreto-lei n.º 1.598/77, art. 5º):  
(...)

III – a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida;  
(...)

A respeito, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 132, dispõe:

“Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado, que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra, é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Segundo o Prof. Hugo de Brito Machado, “incorporação e a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra que lhes sucedem em todos os direitos e obrigações (Lei n.º 6.404, art. 227)” (curso de Direito Tributário”, 9ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 110).

No caso em exame, a STREA foi extinta e o seu patrimônio foi absorvido pela FUNTEC. Logo, a FUNTEC, por ter sucedido a STREA nos direitos, deve ser responsável também pelas obrigações, sendo, por conseguinte, o sujeito passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável por sucessão.

### **DA APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA LEI TRIBUTÁRIA**

Embora o dispositivo transcrito do Código Tributário Nacional refira-se a hipótese de incorporação de pessoa jurídica de direito privado por outra pessoa jurídica de direito privado e o

caso em exame diga respeito a incorporação de pessoa jurídica de direito público (autarquia – STREA) por outra pessoa jurídica de direito privado (FUNTEC), entendo que a regra se aplica por analogia, cuja utilização é expressamente admitida pelo Código Tributário Nacional (artigo 108, inciso I)

O Prof. Hugo de Brito Machado, na obra citada (p. 76), ensina:

“Analogia é o meio de integração pelo qual o aplicador da lei, diante da lacuna desta, busca solução para o caso em norma pertinente a casos semelhantes, análogos. O legislador nem sempre consegue disciplinar expressa e especificamente todas as situações. O mundo fático é complexo e dinâmico, de sorte que é impossível uma lei sem lacunas. Assim, diante de uma situação para a qual não há dispositivo legal específico, aplica-se o dispositivo pertinente a situações semelhantes, idênticas, análogas, afins.”

Da lição do renomado mestre Aliomar Baleeiro, em sua obra “Direito Tributário Brasileiro” (10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 436), infere-se que a utilização da analogia deve direcionar-se na chamada interpretação econômica do Direito Tributário, através da qual o aplicador deve inspirar-se mais no conteúdo econômico do negócio do que na forma jurídica de que se serviu o contribuinte para realizá-lo.

Em outras palavras, ao aplicar a legislação tributária, o Fisco terá em consideração o conteúdo econômico do negócio, isto é, o fato de que houve incorporação dos bens, direitos e valores da extinta STREA pela FUNTEC.

Para melhor esclarecimento, a seguir, transcrevemos lição do Prof. Gelson Amaro de Souza, extraída de sua obra

“Responsabilidade Tributária e Legitimidade Passiva na Execução Fiscal” (Ed. Data Juris, p. 65)

Existe um princípio universal consagrado no direito de todas as sociedades evoluídas e perfeitamente adequado à lógica natural e jurídica, consistente em que ninguém **pode transferir mais do que tem**. Ora, se o sucedido tem um determinado patrimônio e que o saldo corresponde a subtração do passivo frente ao ativo, Logo o seu patrimônio e é isto que ele tem e pode transferir, corresponde ao saldo resultante da subtração entre ativo e passivo. Se este é o patrimônio que tem, somente isto pode transferir, e, via de conseqüência, somente isso pode adquirir o sucessor.

Assim, o sucessor somente adquire aquilo que o sucedido tinha em disponibilidade e que era o saldo entre o ativo e passivo. Logo, o sucessor adquire os créditos e as obrigações, passando a responder por estas. Acaso ficasse o sucessor dispensado de algumas obrigações do sucedido, estar-se-ia, por vias indiretas, admitindo que o sucedido havia transferido mais direito do que tinha, o que feriria o princípio acima anotado. Se o sucedido respondia pelo crédito tributário qualquer que viesse a ser a época de sua constituição, assim também responderá o sucessor, pois, se o sucedido não tinha o direito de se livrar desse crédito tributário sem o seu pagamento, não pode transferir o direito desse livramento ao sucessor, porque não o tinha.”

A lição acima se aplica como uma luva à situação em apreço, demonstrando a responsabilidade da FUNTEC pelo pagamento dos débitos fiscais da extinta STREA, uma vez que incorporou o seu patrimônio, isto é, o saldo resultante da subtração entre o ativo e o passivo.

Destarte, não pode a FUNTEC pretender eximir-se de sua responsabilidade, sob o frágil argumento de que “não exerce gerenciamento dos débitos da extinta Superintendência de televisão e Rádio Educativa do Amazonas – STREA”, pois o seu patrimônio foi constituído, dentre outros, pelos bens, direitos e valores da extinta STREA.

Ora, se a FUNTEC incorporou ao seu patrimônio os bens, direitos e valores da extinta STREA, também incorporou as suas obrigações, sendo responsável pelo pagamento do imposto de renda lançado nas Declarações de Contribuições e Tributos Federais n.º 71000 e n.º 71001, que foi retido na fonte e não repassado aos cofres públicos.

## **CONCLUSÃO**

### **ISTO POSTO E**

**CONSIDERANDO** que se trata de lançamento por Declaração de Contribuições e Tributos Federais prestada pelo próprio contribuinte, na época Superintendência de Televisão e Rádio Educativa do Amazonas – STREA, a qual constitui confissão de dívida, nos termos do § 1º do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 2.124/84;

**CONSIDERANDO** que a Superintendência de Televisão e Rádio Educativa do Amazonas – STREA foi extinta e os seus bens, direitos e valores incorporados ao patrimônio da Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas – FUNTEC;

**CONSIDERANDO** o disposto no artigo 169-III do Regulamento do Imposto de Renda combinado com o artigo 132 do Código Tributário Nacional, que se aplica por analogia:

CONCLUO que a FUNTEC é o sujeito passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável por sucessão, devendo arcar com o pagamento da cobrança referente ao processo n.º 10283200606/93-87.

É o parecer, s.m.j.

Submeto-o à apreciação da ilustre Procuradora-Chefe

Manaus/AM, 31 de janeiro 1995.

**ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE**  
Procuradora do Estado

**PROCESSO N.º 001/95 - PROFIS**

**ASSUNTO:** Imposto de Renda, responsabilidade por sucessão.

**INTERESSADO:** Superintendência de Televisão e Rádio Educativa do Amazonas.

**DESPACHO:**

O assunto se encontra muito bem examinado pela ilustre Procuradora do Estado Roberta F. de Andrade que concluiu pela responsabilidade da FUNTEC pelo pagamento do imposto de renda declarado, à época, pela Superintendência da TV e Rádio Educativa do Amazonas, à luz do regramento do artigo 169, III do Regulamento do Imposto de Renda combinado com o artigo 132 do Código Tributário Nacional.

É que, embora a legislação que transformou a personalidade jurídica e atribuiu direitos e deveres à atual FUNTEC não tenha previsto a assunção dos débitos fiscais, quando se trata de matéria tributária, o sucessor responde pelas dívidas existentes na forma da legislação apontada no parecer, corroborada pelos ensinamentos doutrinários em destaque .

Com essas ponderações, aprovo o parecer n.º 002/95-PROFIS/PGE, submetendo a matéria à doura apreciação do Exmo. Sr. Procurador –Geral do Estado.

PROFIS/PGE, em Manaus, 31 de janeiro de 1995.

**SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA**

Procuradora - Chefe

**PROCESSO N.º 133/95 - PGE**

**ASSUNTO:** Cobrança de Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas

**INTERESSADA:** FUNTEC. - Consulta.

**DESPACHO:**

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos, o bem lançado Parecer n.º 002/95-PROFIS/PGE, emitido pela ilustre Procuradora Dr.ª Roberta Andrade, endossada pela Chefia da PROFIS.

Nada tendo a acrescentar, devolva-se o processo à FUNTEC, de onde se origina, com observância das formalidades de praxe.

Em 03.02.95

**OLDENEY SÁ VALENTE**

Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 492/95 - PGE****ASSUNTO:** Serviço extraordinário. Cálculo da remuneração.**INTERESSADO:** Sociedade da Habitação do Estado do Amazonas - SHAM.**PARECER Nº 10/95-PPT/PGE**

**EMENTA:** O CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO INCIDE SOBRE TODAS AS PARCELAS DE NATUREZA SALARIAL, ABRANGENDO, PORTANTO, A FUNÇÃO DE CONFIANÇA.

ANTENOR PEREIRA AMAZONAS, através do requerimento de fls. 03, alegando que a partir de novembro de 1991 modificou-se a forma do cálculo das horas extras que percebe, assim como da contribuição do INSS, pois ambas deixaram de incidir sobre a gratificação de função percebida, pretende ver restaurada a forma de calcular anteriormente adotada pela SHAM.

A solução da questão não requer maiores indagações em razão da existência do Enunciado 264 da Súmula do Colendo TST, esclarecendo sobre quais parcelas incide o cálculo do valor das horas extraordinárias.

Dispõe o Enunciado 264 que:

“264 – A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção ou sentença normativa.”.

Resta, ainda, analisar se a gratificação paga ao interessado pelo exercício do cargo de confiança tem natureza salarial.

Define o art. 457 da CLT, em seu § 1º, como sendo salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

ARNALDO SÜSSEKIND, um dos mais renomados escritores do direito do trabalho, ao dissertar sobre a natureza salarial das gratificações ajustadas, assim se pronunciou:

“Com a evolução do Direito do Trabalho enftretanto, ampliou-se, consideravelmente, o conceito de salário, estabelecendo-se a tendência de sentido universal de integrar no complexo salarial todas as parcelas que o empregado perceber do empregador na execução do contrato de trabalho, desde que expressa ou tacitamente ajustadas. Em consequência, as gratificações contratadas passaram a ser conceituadas como salário, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência de inúmeros países.” (in Instituições de Direito do Trabalho, Arnaldo Süssekind. Délio Maranhão e Segadas Vianna – 11ª Edição – vol 1 – LTR, pag. 350).

Por não se constituir a gratificação de função paga ao servidor uma liberalidade em razão de remunerar o exercício de um cargo de confiança, de direção, de chefia etc, obrigando-se o empregador a pagá-la enquanto o empregado estiver no seu exercício, é evidente a sua natureza salarial, devendo integrar o cálculo das horas extras.

Da mesma forma, a gratificação de função, nos termos art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, integra o salário-de-contribuição do empregado sobre o qual é calculado o valor da contribuição ao INSS.

Desse modo, enquanto o Requerente estiver ocupando

o cargo de confiança para o qual foi designado, tanto os cálculos das horas extras, como o da contribuição para o INSS, deverão incidir sobre a gratificação de função percebida, quer ela tenha o nome de FG ou de AD-1.

Evidentemente, quando o empregado deixar e exercer o cargo ou função de confiança, perderá o direito de perceber a gratificação correspondente, não podendo esta mais servir de base de cálculo para as mencionadas vantagens.

Esta assertiva encontra respaldo no parágrafo único do art. 468 da CLT, que não considera alteração unilateral do contrato de trabalho a determinação do empregador para que o empregado retorne ao seu cargo efetivo, deixando o exercício da função de confiança e conseqüentemente de receber a gratificação correspondente.

Inadvertidamente, o Colendo TST chegou a disciplinar o assunto através da aprovação do Enunciado 209, estabelecendo que se o empregado contasse com dez ou mais anos ininterruptos de função não perderia a vantagem salarial se retornasse ao cargo efetivo, deixando a função de confiança, porém logo a seguir, modificando o seu posicionamento, cancelou o mencionado Enunciado através da Resolução Administrativa nº 81, de 25.11.95.

Não se há de falar, conseqüentemente, em incorporação da função de confiança ao salário do empregado, em razão da inexistência de legislação concedendo este direito ao trabalhador. Assim, como já disse antes, caso o empregado deixe o cargo de confiança não mais receberá a vantagem correspondente, que não poderá continuar servindo de base para o cálculo das horas extras e do salário de contribuição.

Este é o Parecer que submeto a elevada avaliação do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO da  
PGE, em Manaus, 05 de maio de 1995.

**ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES**  
Procuradora do Estado

**PROCESSO Nº 492/95 - PGE**

**ASSUNTO:** Consultado do servidor Antenor Pereira Amazonas pretendendo incorporação de função gratificada e sua incidência sobre horas extras e contribuição previdenciária.

**INTERESSADO:** Sociedade da habitação do Estado Amazonas - SHAM

**DESPACHO:**

Pretende o servidor ANTENOR PEREIRA AMAZONAS a incorporação de função de confiança exercida há mais de 10 anos, bem como sua incidência no cálculo das horas extras e contribuição previdenciária.

No Parecer nº 010/95-PPT/PGE, a ilustre parecerista, em síntese, assim se pronunciou:

- INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO GRATIFICADA: inexistente na legislação trabalhista dispositivo legal que ampare o referido pleito;

- INCIDÊNCIA DE FUNÇÃO GRATIFICADA NO CÁLCULO DE HORAS EXTRAS: O art. 457 da CLT c/c o Enunciado nº 264 do Colendo TST consideram que a referida função integra o total da remuneração e, via de consequência, incide sobre o valor da hora extraordinária;

- INCIDÊNCIA DE FUNÇÃO GRATIFICADA PARA FINS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: A lei 8.212/91, art. 28, inciso I, determina que a referida parcela integra o salário-de-contribuição.

Tais considerações respondem claramente a consulta formulada, não tendo esta Chefia nada a aditar.

À vista do exposto, aprovo o bem lançado parecer, encaminhando os autos a sábia apreciação do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO, em  
Manaus, 17 de maio de 1995.

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora Chefe da PPT

**PROCESSO Nº 492/95 - PGE**

**ASSUNTO:** Consulta de gratificação no seu vencimento Pessoal  
do Servidor Antenor Pereira Amazonas.

**INTERESSADO:** SHAM

**D E S P A C H O:**

**APROVO**, por seus próprios fundamentos o Parecer nº 10/PPT/PGE, endossado pela respectiva Chefia.

Nada tendo a acrescentar, devolva-se o processo a SHAM, de onde se origina, com observância das formalidades legais.

Encaminhe-se.

Em: 18.05.97.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 1077/96 - SEFAZ****ASSUNTO:** Cancelamento total ou parcial de Notificação Fiscal.**INTERESSADO:** Calam Alimentos da Amazônia.**PARECER Nº 004/96 - PROFIS/PGE:**

**EMENTA:** TRIBUTÁRIO. CONSULTA. CANCELAMENTO DE NOTIFICAÇÃO FISCAL. REQUERIMENTO BASEADO NAS SEGUINTE ALEGAÇÕES: 1. DE QUE TRATAM-SE DE INSUMOS DESTINADOS À INDUSTRIALIZAÇÃO; 2. DE QUE, A FAVOR DO CONTRIBUINTE, HÁ DECISÃO (ACÓRDÃO DO TJ), QUE, JULGANDO O MÉRITO DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 66/88, DETERMINOU A EXCLUSÃO DA INTERESSADA NO TOCANTE AO PAGAMENTO DE ICMS ANTECIPADO. DA ANÁLISE DO PLEITO, À LUZ DA CONJUNTURA PASSADA, CHEGA-SE AO SEGUINTE ENTENDIMENTO: 1. QUANTO AO FATO PRETÉRITO, JÁ DECIDIDO E TRANSITADO EM JULGADO, SEM INTERPOSIÇÃO DE ULTERIOR RECURSO, A POSSIBILIDADE DE REABRIR-SE A DISCUSSÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 741, I, DO CPC, MOSTRA-SE INVIÁVEL, VEZ QUE OS ELEMENTOS CONTIDOS NO PROCESSO EVIDENCIAM FLAGRANTE LESÃO, À ÉPOCA, AO DIREITO DA INTERESSADA. 2. TRATANDO-SE, NO ENTANTO, DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA DE NATUREZA CONTINUATIVA, A ATUAL ISENÇÃO DA EMPRESA NO TOCANTE AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ANTECIPADO É PASSÍVEL DE MODIFICAÇÃO NOS TERMOS DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR QUE VENHA A ALTERAR AS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. SUGESTÃO AOS SETORES COMPETENTES DA SEFAZ PARA QUE

EFETUEM DILIGÊNCIAS NO SENTIDO DE COMPROVAR A REAL DESTINAÇÃO DOS INSUMOS OPERACIONALIZADOS PELA EMPRESA: 1. EM CASO DE BENS DESTINADOS À INDUSTRIALIZAÇÃO, PREVALECE AINDA A EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE; 2. SE DESTINADOS À COMERCIALIZAÇÃO, PORÉM, IMPÕE-SE A REGRA PREVISTA PELO ART. 2º. I, DO DEC. Nº 15.367/93, QUE TORNA DEVIDA A EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.

Por intermédio deste processo, no qual é interessada a empresa **CALAM ALIMENTOS DA AMAZÔNIA LTDA**, já qualificada nos autos, a ilustrada Coordenadoria de Tributação e Informação desta secretaria (CTI) formula a presente consulta, no sentido de obter desta Procuradoria as necessárias orientações a respeito do pedido de cancelamento de notificação fiscal encaminhado pela firma supra em 29.12.95.

De acordo com o teor de referido petição, apenso às fls. 02, tomamos conhecimento que a empresa em foco solicitou junto à SEFAZ, na data mencionada, o cancelamento da Notificação nº 364157-0, com vencimento em 15.01.96, sob o seguinte entendimento (palavras da Recorrente): "por se tratar de insumo para industrialização, conforme MANDADO DE SEGURANÇA nº 66/88, que isenta o referido imposto". No intuito de embasar seu requerimento, anexa ao seu pedido a cópia da Conclusão de Acórdão publicada no D.O.E. em 16.03.89, que decidiu o mérito da mencionada ação.

É o relatório.

Diante dos argumentos aduzidos pela interessada, procedemos ao reexame da matéria suscitada através do mandado de segurança supra-referido. Analisando o teor do mesmo, verificamos que a empresa ora Recorrente impetrou, em data de 20.09.88, a medida judicial em foco, em razão dos seguintes fatos:

Em 20.07.87, o então Secretário de Fazenda baixou a Resolução nº 014/87 - GSEFAZ, através da qual estabelecia prazos para as empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus promoverem o recolhimento de ICMS antecipado, em relação às mercadorias especificadas no mencionado ato normativo, por ocasião do desembarço aduaneiro das mesmas quando providas de outros estados ou do Exterior, medida que gerou, via de consequência, a emissão de notificação às empresas abrangidas pela dita resolução.

Ocorre que, em data posterior, mais precisamente em 01.06.88, o Sr. Secretário expediu ofício no qual recomendava, após uma série de entendimentos travados com os setores empresariais interessados, a suspensão da medida (expedição de notificações) a partir daquela data, e até ulterior deliberação. Tal benefício foi estendido a todas as empresas incentivadas através da citada Resolução nº 014/87, **exclusive**, e sem qualquer motivo plausível, a interessada CALAM ALIMENTOS DA AMAZÔNIA, numa atitude de flagrante tratamento diferenciado ao contribuinte, e que motivou a ação em foco, com pedido de liminar, a fim de garantir o mandamento constitucional previsto pelo § 1º do artigo 153.

Assim sendo, e uma vez deferida a liminar, em 30.09.88, a empresa inconformada obteve finalmente ganho de causa definitivo em 16.03.89, através do acórdão susomencionado, que, concedendo a segurança requerida, determinou a exclusão da impetrante no que se refere ao pagamento antecipado do imposto, em consonância ao princípio jurídico, previsto pela Constituição Federal de 88, que estabelece a igualdade fiscal.

Isto posto, e após o trânsito em julgado da decisão e posterior arquivamento dos autos, tendo em vista que não houve interesse do Estado em prosseguir na discussão do mérito, numa espécie de reconhecimento tácito ao direito do contribuinte, que, sem qualquer dúvida, fora violado àquela altura por ato abusivo e discriminatório da autoridade fazendária; a questão que ora se nos afigura é: "No presente instante, subsiste ainda a força de tal julgado, diante das modificações havidas na legislação fiscal, no decorrer deste período?".

Como é bem sabido, o dever constitucional que obriga o contribuinte ao pagamento da carga tributária imposta pelo Estado constitui-se, no caso específico do recolhimento antecipado do ICMS, naquilo que os juristas pátrios definem como uma **relação jurídica tributária de natureza continuativa**, ou seja, seu fato gerador encontra-se ligado à própria atividade exercida pelo contribuinte, a qual, devido a seu caráter perene, dinâmico e contínuo, é suscetível de modificações em seus elementos formadores (da relação tributária), de acordo com as inovações introduzidas pelas leis que regulam a matéria.

Nesse sentido, concluiremos que os efeitos da **res judicata**, garantida por força do trânsito em julgado do acórdão que deferiu o pleito do contribuinte, naquela conjuntura passada, não mais poderão ser invocados caso tenham ocorrido modificações na legislação vigente; mudanças essas que, de forma expressa ou tácita, tenham de alguma forma alterado as hipóteses de incidência do ICMS antecipado em relação à empresas responsáveis pelo recolhimento do mesmo.

O Decreto nº 15.367/93, que é o diploma legal que atualmente disciplina os procedimentos de cobrança de ICMS antecipado, assim dispõe textualmente em seu art. 2º, inciso I:

**“Art. 2º - A exigência do imposto, nos termos do artigo anterior, incidirá sobre:**

**I - mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas à comercialização”.** (grifei)

Como podemos ver, a clareza do dispositivo supra não deixa margem a quaisquer dúvidas acerca de sua compreensão. De tal sorte, pelo menos à primeira vista, a conclusão óbvia a que chegamos é que, à luz da legislação em vigor, o pedido da interessada no tocante ao cancelamento da notificação fiscal, que originou esta consulta, encontra ainda sua razão de ser, senão vejamos:

A empresa narra em seu requerimento inicial que as mercadorias que originaram a aludida notificação referem-se a insumos (matéria-prima) destinados à **industrialização** (no caso, leite em pó comprado a granel, e provavelmente transformado em sua embalagem, para revenda, conforme se deduz da N. F. nº 89206, às fls. 05). Em assim sendo, ao sobrepor o caso concreto posto em tela ante o dispositivo retro-transcrito, observaremos que a atuação fiscal na situação *in casu* é passível de descaracterizar-se, vez que o citado inciso primeiro do art. 2º do Dec. nº 15.367/93 é taxativo quando relaciona apenas os produtos destinados à **comercialização** para fins de pagamento antecipado de ICMS no âmbito estadual.

**Ex positis**, e diante dos fatos aduzidos, tentarei finalizar estas breves considerações, orientando o douto coordenador de tributação da seguinte forma:

A decisão proferida pelo egrégio TJ, que favoreceu à interessada em época pretérita é, a meu ver, irretroatável, uma vez que, conforme já dito, ocorreu o trânsito em julgado da mesma e o reconhecimento tácito do Estado quanto ao mérito, posto que não houve recurso posterior. Para invalidar seus efeitos, o único instrumento admissível legalmente seria a ação revisional, nos termos do art. 741, inciso I, do CPC. No entanto, este não me parecer ser o caso, tendo em vista que os elementos fáticos que levaram a interessada a requerer a medida judicial evidenciam que houve na verdade, à época, uma lesão ao seu direito, de forma absurdamente discriminatória, fator esse que levou a colenda corte a dar guarida a seu pleito.

No caso presente, como se trata de uma relação jurídica tributária de natureza continuativa, consoante explanado acima, caso tivessem ocorrido mudanças substanciais nas leis regulamentadoras da cobrança do tributo, tal motivo poderia igualmente servir de apoio para uma eventual revisão do julgado. Porém, já vimos que essa solução mostra-se igualmente inviável, posto que, ao que tudo indica, o caso em tela não se enquadra na hipótese legal prevista pelo art. 2º, inciso I, do Dec. nº 15.367/93.

Diante disso, minha sugestão é no sentido de que a fiscalização fazendária efetue toda sorte de diligência cabíveis a fim de comprovar se as mercadorias correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte correspondem, efetivamente, a bens destinados à industrialização, conforme alegado pelo próprio. Em caso positivo, creio que, a menos que haja um disciplinamento posterior àquele estatuído pelo dispositivo retrotranscrito, não cabe aqui qualquer discussão quanto à validade do pleito da interessada, bem como à inconveniência e impropriedade, nesta hipótese, da atuação do Fisco, através da expedição das aludidas notificações.

É o parecer, *sub censura*.

À consideração de V. S<sup>a</sup>.

PROCURADORIA FISCAL, da PGE, em Manaus, 01 de fevereiro de 1996.

**RONALD CARPINTEIRO PÉRES**  
Procurador do Estado

**PROCESSO Nº 4452/96-PGE****ASSUNTO:** Pagamento de diárias a servidor deslocado**INTERESSADO:** Exmo. Sr. Subsecretário de Estado da Fazenda**PARECER Nº 130/96-PPE/PGE**

As características principais que o deslocamento de servidor para outra sede deve reunir para o pagamento de diárias são a eventualidade e a transitoriedade.

O fato de o servidor lotado na capital ser deslocado para substituir servidor lotado no interior ocupante de função gratificada não o impede de perceber as diárias correspondentes, desde que reúna os requisitos acima nomeados.

Senhor Procurador-Chefe:

O interessado solicitou pronunciamento desta Casa acerca do pagamento de diárias na situação que descreveu de insuficiência de pessoal lotado no interior do Estado, que obriga a um constante deslocamento de servidores lotados na Capital para o suprimento de tal deficiência.

Formulou as seguintes questões:

"1 - Inexiste arrimo legal para o pagamento de tais despesas, considerando a vedação do § 2º, do artigo 100, da Lei nº 1762/86?"

2 - Qual a forma cabível para o saneamento da premente questão?"

Acostados aos autos encontram-se a informação prestada pela Diretora do Departamento de Administração, a exposição de motivos feita pela Chefe do Núcleo de Arrecadação

do Interior, o parecer da Auditoria de Controle Interno, resumos de folhas de pagamento, demonstrativos de lotação dos Agentes de Arrecadação, memorando da Chefe do Núcleo de Arrecadação do Interior e despacho do Coordenador de Arrecadação.

É o relatório. Passo a opinar.

A concessão de diárias é prevista para os servidores públicos civis do Estado em seu Estatuto, artigos 100 a 103. Interessa à satisfação da consulta examinar o que reza o artigo 100 e seus § § :

**“Art. 100 - O funcionário, que a serviço se deslocar da sede em caráter eventual e transitório, fará jus a diárias correspondentes ao período de afastamento, para cobrir as despesas de alimentação e pousada.**

**§1º - Entende-se por sede o lugar onde o funcionário reside.**

**§2º - Não serão pagas diárias ao funcionário removido ou transferido, quando designado para função gratificada ou nomeado para cargo em comissão.**

**§3º - Não caberá pagamento de diárias quando a viagem do funcionário constituir exigência inerente ao cargo ou função.”**

As diárias, por interpretação de sua definição legal, têm caráter indenizatório, objetivando o Estado, através delas, repor ao servidor seus gastos com alimentação e pousada.

Também por sua capitulação legal, verifica-se a existência de requisitos à sua concessão, quais sejam: estar o servidor a serviço e ser o deslocamento eventual e transitório.

Os requisitos, na verdade, são colocados de forma clara no Estatuto, não carecendo de maiores explicações. Pode-se reuni-los todos na seguinte assertiva: o servidor, para perceber as diárias, deve sair, eventual e transitoriamente, do local onde normalmente exerce seu cargo para, em outra localidade, desempenhar suas atribuições ou as de quem substituir.

Talvez, no deslinde destas últimas características resolva-se parte da demanda: deslocamento eventual é o que ocorre casualmente, fortuitamente, sem ser esperado e, portanto, sem ser planejado; deslocamento transitório é o não permanente, passageiro, que não se protraí no tempo.

Em síntese do que foi expandido até aqui, pode-se afirmar que o servidor lotado na Capital do Estado que se desloca para exercer transitoriamente suas atribuições no interior do Estado em razão de uma eventualidade, faz jus ao recebimento de diárias, cuja forma de pagamento também está prevista no **caput** do artigo 100, devendo ser suficiente para cobrir as despesas de alimentação e hospedagem de todo o período de afastamento.

Não cabe, por outro lado, o pagamento de diárias em duas ocasiões: quando o servidor é removido ou transferido do local de sua residência para outra localidade, tendo sido designado para exercer função gratificada ou nomeado para ocupar cargo de confiança, e quando o deslocamento do servidor integra a gama de atribuições do cargo ou função que ocupa.

Sendo a primeira vedação a mais preocupante na situação apresentada, é de observar-se a definição que o Estatuto dá aos institutos da transferência e da remoção nos artigos 34 e **caput** do 52, respectivamente, **verbis**:

**“Art. 34 - Transferência é o ato pelo qual o funcionário estável passa de um cargo para outro, de quadro diverso, ambos de provimento efetivo.**

**Art. 52 - Remoção é o ato pelo qual o**

**funcionário é deslocado de um órgão para outro, dentro da mesma repartição.**

A transferência, como se sabe, está vedada implicitamente pelo artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a aprovação em concurso público como condição imprescindível para a investidura em cargo ou emprego público, salvo aqueles de provimento e exoneração **ad nutum**.

Na remoção, por outro lado, não há mudança do cargo que o servidor ocupa, senão do órgão onde está lotado para outro, dentro da mesma repartição. Não contraria, assim, o princípio constitucional constante do aludido dispositivo.

A leitura do § 2º, do artigo 100, conduz ao entendimento de que não devem ser pagas diárias ao servidor removido e nomeado para cargo em comissão ou designado para exercer função gratificada no órgão de sua nova lotação.

À primeira vista tal disposição legal parece conter condições cumulativas, vale dizer: se o servidor for removido sem haver sido designado ou nomeado para função gratificada ou cargo em comissão, respectivamente, pode perceber diárias.

Esta interpretação, entretanto, contraria o **caput** do artigo, que traz como requisitos à concessão de diárias a eventualidade e a transitoriedade. Evidente que o servidor removido não reúne no exercício das atribuições do seu cargo efetivo, no órgão onde foi relotado, nenhuma destas características.

Sintetizou claramente tal incongruência legal a Chefe do Núcleo de Arrecadação do Interior, no memorando de fls. 86/88-PGE, quando asseverou:

**“Remoção, portanto é deslocamento. Embora a Lei não o diga, possui caráter permanente, equivalendo à relocação, instituto pelo qual um servidor lotado**

**num órgão é deslocado para outro da mesma repartição, mas situado noutra município. Para tal deslocamento, a Lei prevê o pagamento ajuda de custo, para se fazer face a despesas com viagem e instalação (...).”**

Tenho, pois, que o servidor removido, mesmo que não haja sido nomeado ou designado para o exercício, no novo local de lotação, de função gratificada ou cargo em comissão, não faz jus à percepção de diárias.

Percorrida, em linhas gerais, a regulação do pagamento de diárias ao servidor público estadual, é de se adequar, através da resposta aos questionamentos feitos, a situação fática apresentada às normas correspondentes.

Quanto à primeira questão, penso que se não houver remoção, tecnicamente falando, com base no artigo 52, do Estatuto, e o servidor for deslocado por causa de um eventual afastamento de outro servidor lotado no interior, para suprir provisoriamente a falta deste, o pagamento de diárias é devido.

Isto ocorre independentemente da finalidade prática do afastamento, isto é, este pode se dar para substituir um chefe de seção ou qualquer outro servidor lotado no interior, ou, simplesmente, para aumentar o contingente de recursos humanos nas localidades onde este é insuficiente para atender a necessidade do serviço.

Dirijo, neste ponto, **data venia**, da assertiva oriunda do parecer de fls. 21/22-PGE, da Auditoria de Controle Interno da SEFAZ, no sentido de que o “art. 100, parágrafo 2º, exclui da percepção de diárias o servidor designado para cargo comissionado ou de função gratificada”. (sic)

Não é impeditivo à percepção de diárias o fato de o servidor lotado na Capital deslocar-se para o interior com o fito de substituir algum ocupante de função gratificada. São dois institutos diversos, a substituição e as diárias, regulados por

disposições diferentes. Mesmo quando o servidor da Capital é deslocado para substituir um servidor ocupante de função gratificada no interior, se o fizer em caráter eventual e transitório, deverá perceber as diárias correspondentes ao período de afastamento. O imprescindível, realmente, é que o deslocamento dos servidores da Capital para o interior ocorra eventual e transitoriamente.

Para a resolução desta situação de carência de servidores para atuarem no interior do Estado, conteúdo do segundo questionamento feito a esta Casa, tenho que existem soluções possíveis, mas que necessitam de estudo pormenorizado, à vista do interesse público e das normas vigentes, como, **verbi gratia**: a realização de concurso público para o provimento de tantos cargos quanto necessários no interior do Estado, cujo exercício, portanto, deve ser obrigatoriamente naquelas localidades; a remoção de servidores lotados na Capital para o interior; e, antes, como sugeriu a Diretora do Departamento de Administração da SEFAZ, a remoção dos servidores lotados no interior dentre as próprias cidades em que estão lotados.

É o parecer, s. m. j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus, 14 de novembro de 1996.

**ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA**  
Procuradora do Estado

**DESPACHO:**

**De acordo.**  
**Encaminhe-se.**  
**PPE/PGE, em 14.11.96**

**R. FRÂNIO A. LIMA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 4452/96-PGE****ASSUNTO:** Consulta acerca do pagamento de diárias**INTERESSADO:** SEFAZ**DESPACHO:**

APROVO, por seus próprios fundamentos, o PARECER Nº 130/96-PPE/PGE, da lavra da Drª ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA.

DEVOLVA-SE o Processo à SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA-SEFAZ.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus, 18 de novembro de 1996.

**CARLOS FAUSTO VENTURA GONÇALVES**

Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 673/96-PGE (34/96-0-SPT-SEAD)**

**ASSUNTO:** Aposentadoria com os vencimentos do cargo efetivo. Pedido de substituição pelos do cargo em comissão de maior valor exercido por mais de um ano. Previsão do § 1º do art. 140 da Lei 1.762/86. Inativação decretada antes da lei estatutária.

**INTERESSADA:** Elita Alves de Oliveira

**PARECER Nº 047/96-PPE/PGE**

**PROVENTOS - BENEFÍCIO CRIADO APÓS A APOSENTADORIA E ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - REVISÃO.**

— “A garantia insculpida no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal é de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõe, tão somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se o preceito constitucional a plano secundário, potencializando-se a atuação do legislador ordinário como se a este fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, dá-se, pela existência da norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados. A locução contida na parte final do § 4º em comento - “na forma da lei” - apenas submete a situação dos

inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa. (In decisão do Supremo Tribunal Federal no R.E. nº 198.129-6-SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - D.J.U. de 11 de março de 1996).

- Devem ser deferidos aos servidores inativados antes da C.F./88 os benefícios e vantagens funcionais criados entre a data da inativação e a da promulgação da Carta, se atendidas as condições impostas pela lei criadora para concessão de igual instituto aos servidores em atividade. Eficácia plena de que o art. 20 do A.D.C.T. se investiu após os 180 dias por ele fixados para a revisão dos direitos dos inativos e pensionistas. (Parecer nº 044/95-PPE/PGE).

Aposentada por decreto de 22 de maio de 1974 com vencimentos do cargo de Técnico de Administração, a Requerente pede que seus proventos passem a ter como base os vencimentos do cargo comissionado de Diretor de Departamento.

Dirigido ao Chefe do Poder Executivo, o pedido, inicialmente, vai à Coordenadora do Sistema de Pessoal/SEAD, que, à fl. 06, diz ser estatutariamente possível opção como a pleiteada e, em relação ao caso concreto, informa que a Interessada exerceu vários cargos e funções de confiança, dos quais o de maior valor foi o de Diretora do Departamento Estadual de Estatística. Em seguida (fls. 07/08), a mesma CSP certifica que o desempenho da apontada comissão ocorreu de 04 de fevereiro de 1963 a 07 de julho de 1964. Depois, às fls. 10/12, a Consultoria Geral dos Sistemas emite parecer, no qual faz referência ao conteúdo do § 4º do art. 40 da Constituição Federal mas nega sua aplicação ao caso porque a aposentadoria da Requerente "efetivou-se sob a égide da Lei 701" e não pela 1.762/86, que concedeu o benefício pretendido.

Foi com essa conclusão que o processo chegou à PGE para exame, o que passo a fazer.

Sinto, em princípio, que o entendimento firmado nos autos pela CGS/SEAD não é o seguido em toda uma copiosa seqüência de decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Inúmeras vezes submetida às luzes da Corte Máxima, a questão da repercussão da lei criadora de benefício novo nos proventos da aposentadoria anteriormente decretada tem sido decidida de forma uníssona, talvez pela indiscutibilidade do teor da norma da C.F. que a própria CGS mencionou, assim:

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. (Grifei).

Se pode parecer que, por si só, tal preceito não é aplicável às aposentadorias decretadas antes da promulgação da Constituição/88, é bem de lembrar que os constituintes se avisaram disso e, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinaram:

Art. 20 - Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição. (Destaquei).

É vero, talvez por falta de legislação regulamentadora, a revisão assim estabelecida não se fez oportunamente em nenhuma das esferas da Administração Pública — embora fosse obrigação final de cada uma e de todas, pois são indiscriminados os destinatários naturais do preceito. A inação, porém, não frustrou o mandamento, consoante entendeu o Superior Tribunal de Justiça, que, pela palavra do então Vice-Presidente WILLIAM PATTERSON, definiu:

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 a eles devidos a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição' e o legislador ordinário não editou nenhuma lei regulamentando o artigo 40, parágrafo 4º citado, ele se tornou auto-aplicável'. (In Diário da Justiça da União de 02/04/93, págs. 5.637/5.638 — Gg.nn.).

Esse entendimento vem sendo seguido por esta Procuradoria Geral do Estado desde então, conforme se vê do Parecer 022/93-PPE/PGE, desta forma ementado:

PROVENTOS - REVISÃO - PAR. 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VANTAGEM CONCEDIDA AOS SERVIDORES ATIVOS POR LEI ANTERIOR - 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 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, pág. 5.637/5.638).

E igual compreensão se verá neste outro, de nº 044/95-PPE/PGE, devidamente aprovado — como o anterior — pelo Dr. Procurador-Geral do Estado:

SERVIDOR INATIVADO ANTES DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 -  
PEDIDO DE REVISÃO DOS PROVENTOS  
PARA ACRÉSCIMO DE BENEFÍCIO CRIADO  
APÓS A INATIVAÇÃO.

- Devem ser deferidos aos servidores inativados antes da C.F./88 os benefícios e vantagens funcionais criados entre a data da inativação e a da promulgação

da Carta, se atendidas as condições impostas pela lei criadora para concessão de igual instituto aos servidores em atividade. Eficácia plena de que o art. 20 do A.D.C.T. se investiu após os 180 dias por ele fixados para a revisão dos direitos dos inativos e pensionistas.

É de toda atualidade tal entendimento como o demonstra a decisão do Egrégio STF publicada à pág. 6.547 do Diário da Justiça da União de 11 de março recém passado, referente ao R.E. nº 198.129-6-SP, que o Ministro-Relator MARCO AURÉLIO encaminhou sob a transcrição da ementa do acórdão do A.I. nº 141.189-DF (D.J.U. de 14 de agosto de 1992), a qual tem esta redação:

ISONOMIA - ATIVOS E INATIVOS  
- § 4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICABILIDADE. A garantia insculpida no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal é de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõe, tão somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se o preceito constitucional a plano secundário, potencializando-se a atuação do legislador ordinário como se a este fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, dá-se, pela existência da norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos

aposentados. A locução contida na parte final do § 4º em comento - "na forma da lei" - apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa. (Grifei).

Assim, por tudo o que venho de considerar, estou em que deve ser alterado o decreto de aposentadoria da Interessada para que seus proventos, nos termos do § 1º do art. 140 da Lei 1.762/86, passem a ter como base os vencimentos do cargo de diretor principal de entidade hoje correspondente ao extinto Departamento Estadual de Estatística, atentando a SEAD, antes, para o fato de que esse aludido Departamento era unidade diretamente subordinada ao Governador do Estado, como sua denominação bem claro deixa.

É o meu parecer.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus, 03 de maio de 1996.

**R. FRÂNIO A. LIMA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 673/96-P.G.E.**

**ASSUNTO:** Pedido de vantagem pessoal do cargo de AD-1, de Elita Alves de Oliveira. Consulta.

**INTERESSADO:** Elita Alves de Oliveira.

**DESPACHO :**

APROVO o PARECER Nº 047/96-PPE/PGE, da lavra do Dr. R. FRÂNIO A. LIMA, por seus próprios fundamentos.

DEVOLVA-SE o processo à SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO-SEAD, com as cautelas de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus(AM), 13 de maio de 1996.

**CARLOS FAUSTO VENTURA GONÇALVES**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 4.518/96-PGE (3.079-7-SPT/96-SEAD)**

**ASSUNTO:** Aposentadoria nos termos do inciso III, a, do art. 111 da Constituição do Estado. Conselheira posta em disponibilidade com a extinção do Tribunal de Contas dos Municípios.

**INTERESSADA:** Betty Suely Lopes.

**PARECER Nº 127/96-PPE/PGE**

APOSENTADORIA DE CONSELHEIRO POSTO EM DISPONIBILIDADE REMUNERADA COM A EXTINÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICIPIOS (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/95) — EXERCÍCIO DO CARGO POR MENOS DE CINCO ANOS.

— A teor do § 3º do art. 41 da Constituição Federal, todo disponível deve ser aproveitado em cargo de atribuições iguais ou assemelhadas.

— Inexistindo possibilidade de criação de outro tribunal de contas municipais (§ 4º do art. 31 da CF) e tendo rito constitucional específico a investidura em cargo do colegiado do Tribunal de Contas do Estado (incisos XVII e XVIII do art. 28 da CE), impossível será o aproveitamento dos Conselheiros que a Emenda 15/95 colocou em disponibilidade remunerada.

— A extinção do TCM compreende fato excepcional, a tornar inexigível o cumprimento do tempo mínimo de cinco anos e um dia de exercício do cargo para aposentadoria de seus antigos membros.

— Inativação que, se provado o implemento do tempo de serviço bastante,

será regida exclusivamente pelo inciso III, a, do art. 40 da Constituição Federal.

Posta em disponibilidade remunerada por determinação do art. 49 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado (Emenda 15, de 16 de março/95), a Interessada — que até tal data integrava o quadro de Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios — pede agora que a Administração a aposente conforme o inciso III, a, do art. 111 da Carta Estadual, pois conta mais de trinta anos de serviço.

Ao instruir o processo, a Coordenadora de Pessoal da SEAD, à fl. PGE-06v., formula duas indagações: 1 - se a Requerente tem direito à vantagem do art. 139 da Lei 1.762/86; 2 - se ela pode ser aposentada como Conselheira, considerando que "não conta com cinco (05) anos no referido cargo".

Submetidas essas questões à Consultoria Geral da Secretaria, esta, à fl. PGE-25, responde: "Na espécie, evidencia-se que à Requerente falta a implementação dos 05 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo de Conselheiro, donde legalmente se poderia concluir por responder negativamente aos itens 1 e 2 da referida consulta." Depois, no entanto, pede a audiência desta Procuradoria Geral, com o que concorda o titular da Pasta.

É, até aqui, o relatório. Passo a opinar.

Preliminarmente, tenho que os dois pontos do questionamento da Consultoria Geral da Secretaria de Estado da Administração estão expostos em ordem invertida, **data venia**. Com efeito, o primeiro implica conseqüência do segundo, pois corresponde a vantagem cuja concessão se examina quando já é possível a aposentadoria do servidor. Assim entendido, então, começo por esse último ponto o estudo que me compete fazer.

A gênese da questão está no texto originário do art. 127 da Constituição do Estado, onde o agora proscrito Tribunal de Contas dos Municípios tinha assento. Tal dispositivo institucionalizou o órgão mas — como numa medida de "economia legislativa" — não fez menção aos seus membros, parecendo

querer suprir o silêncio com uma genérica remissão ao disposto na Seção VI do Capítulo III do Título III da mesma Carta, desta forma:

Art. 127 - O controle externo das contas do Município será exercido pelo Tribunal de Contas dos Municípios, com sede na Capital e jurisdição em todo o Estado, observado o disposto na Seção VI, do Capítulo III, do Título III, desta Constituição.

Dessa indicada Seção VI, que cuida da fiscalização que compete à Assembléia Legislativa exercer nos campos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial do Estado e de todas as entidades da administração direta e indireta, o que interessa ao tema é, certamente, este dispositivo, relativo ao Tribunal de Contas do Estado:

Art. 43 - (Omissis).

.....

§ 3º - Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado têm as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos. (Grifei).

Estaria aí, pois, a disposição na qual a Consultoria Geral da SEAD encontrou o fundamento da resposta negativa ao pleito da Requerente, cujo tempo de exercício do cargo, quando decretada a disponibilidade, totalizava exatamente um ano, três meses e vinte dias.

Mas basta essa verificação para que se tenha por esgotado o exame desta que é a principal indagação dos autos?

Penso que o caso, por suas peculiaríssimas origens, comporta outras considerações.

Uma, segundo me parece, diz com a natureza da figura da disponibilidade quando sem caráter punitivo, como a que o vigente ordenamento constitucional brasileiro contempla. No particular, ponto marcante é que, decorrendo da extinção do cargo ou da declaração da desnecessidade deste, a decretação dela não representa inativação definitiva para o servidor. Antes, conforme autoriza dizê-lo o teor do § 3º do art. 41 da CF, fica o disponível, desde o primeiro momento, sob a expectativa de seu "adequado aproveitamento" em outro cargo.

É que, como PONTES DE MIRANDA tornara certo, "a disponibilidade supõe que não se possa dispor, no momento, do funcionário público. Por essa razão objetiva, fica ele disponível (...). Se o cargo de qualquer funcionário público for extinto (...), fica em disponibilidade remunerada, até que seja aproveitado." (**Comentários à Constituição de 1967**, 2ª. ed., S. Paulo, Edit. RT, 1967, p. 505).

Mais recentemente, já sob o império da CF/88, dirá ADILSON DALLARI a respeito:

"É preciso ficar bem claro o caráter provisório da disponibilidade. Não obstante a redação dúbia do § 3º do art. 41, a própria natureza desse instituto determina o obrigatório aproveitamento do servidor em disponibilidade, quando houver ensejo. Vagando-se outro cargo de atribuições iguais ou semelhantes, a Administração não pode deixar de aproveitar o inativo disponível (...). (**Regime Constitucional dos Servidores Públicos**, 2ª. ed., S. Paulo, Edit. RT, 1990, p. 100 — Grifei).

Por pertencer ao singular grupo funcional dos Conselheiros de Contas, a servidora do caso dos autos só poderá

ser aproveitada em cargo de atribuições idênticas às do que titularizou, pois nenhum de semelhantes existe. Isso é elementar. Em sendo assim, como fazer?

Ora, tal cargo somente seria algum que se vagasse no colegiado do congêneres Tribunal de Contas do Estado, pois está fora de cogitação pensar em outro que se viesse a criar numa eventual recriação do famigerado TCM (lembre-se, a propósito, que o § 4º do art. 31 da Constituição Federal veda a criação de novos tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais). Todavia, mesmo a hipótese de aproveitamento no Egrégio TCE é de impossível materialização. Afinal, a investidura em cargo de Conselheiro daquela Corte jamais compreenderá direito subjetivo de disponível, pois, segundo previsão constitucional, ocorre apenas mediante escolha ou aprovação da Assembléia Legislativa do Estado (incisos XVII e XVIII do art. 28 da Constituição Estadual).

Dir-se-á que, para situação assim **sui generis**, o remédio seria deixar o tempo correr até tornar-se possível a aposentadoria compulsória da Requerente. Isso, segundo se infere da ficha funcional acostada à fl. PGE-17, ainda demandaria cerca de duas décadas, ao fim das quais - registre-se - ela estaria contando mais de cinqüenta anos de serviço público.

Seria tanto, realmente, o que o constituinte estadual pretendeu com a estipulação final do § 3º do questionado art. 43?

Em verdade, esse dispositivo — mudados apenas os destinatários da norma e os paradigmas — é uma cópia do texto do § 3º do art. 73 da CF, **verbis**:

**Art. 73 - (Omissis).**

.....

§ 3º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente

poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos. (Grifei).

Fácil de justificar-se é essa cláusula. Afinal, é esse mesmo período o que a Carta impõe aos membros do STJ quando assegura aos magistrados em geral a aposentadoria com proventos integrais (V. inciso VI do art. 93).

É bem de ver-se, ao conceber os dois preceitos o constituinte federal tinha o espírito voltado para membros de instituições permanentes e, por isso mesmo, inextingíveis, pelo que não há absurdo em condicionar a inativação deles ao exercício da judicatura por pelo menos cinco anos e um dia.

A extinção do TCM, pois, compreende um fato excepcional, tanto quanto excepcional é disponibilidade sem perspectiva de aproveitamento do servidor disponível, visto que aproveitá-lo é a determinação da parte final do § 3º do art. 41 da Carta Federal.

Por assim ser e porque a Requerente, segundo alega, já conta mais de trinta anos de serviço, considero que nada impede a Administração de conceder-lhe a aposentadoria pedida, a qual, afinal, é assegurada pela mesma CF, tal como se vê do inciso III, a, de seu art. 40, desta forma:

Art. 40 - O servidor será aposentado:

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais.

Solvida desse modo a questão principal dos autos, passo ao exame da outra, que põe em debate a inclusão da vantagem do art. 139, III, da Lei 1.762/86 nos proventos da Requerente.

Aqui, a resposta é encaminhada por esta súmula do E. Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

359 - Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários. (Texto vigorante a partir do julgamento dos ERE 72.509, em 14 de março/73).

Então, se vigente estava o aludido dispositivo estatutário quando a Requerente teria completado trinta anos de serviço (e, portanto, implementado as condições da aposentadoria voluntária), é de ser-lhe deferida a vantagem correspondente.

Isso dito, resta-me apenas alertar a Administração de que, quanto ao adicional dos "quintos", a regulamentação estabelecida pelo Decreto 16.636/95 foi alterada pelo Decreto 16.935, de 02 de janeiro/96.

É o meu parecer.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus(AM), 25 de outubro de 1.996.

**R. FRÂNIO A. LIMA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO N.º 4.518/96-PGE (3.079-7-SPT/96-SEAD)**

**ASSUNTO:** Aposentadoria nos termos do inciso III, a, do art. 111 da Constituição do Estado. Conselheira posta em disponibilidade com a extinção do Tribunal de Contas dos Municípios.

**INTERESSADA:** Betty Suely Lopes

**DESPACHO :**

APROVO, por seus próprios fundamentos, o Parecer nº 127/96-PPE/PGE da lavra do ilustre Procurador-Chefe Dr. R. Frânio A. Lima.

Nada tendo a acrescentar, DEVOLVA-SE o Processo à SEAD, com observância das formalidades de praxe.

GPGE, a 25.10.96

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Procurador-Geral do Estado, em exercício

**PROCESSO Nº 5.388/96-PGE****INTERESSADA:** Hilda Balbi Castro**ASSUNTO:** Estabilidade. Definição de Regime Jurídico ante a Constituição e a Lei.**PARECER Nº 141/96-PPE/PGE****ESTABILIDADE. DEFINIÇÃO DE REGIME JURÍDICO ANTE A CONSTITUIÇÃO E A LEI.**

- Gozam de estabilidade excepcional os servidores estaduais que contavam em 05 de outubro de 1988 com mais de cinco anos continuados de serviço público, se admitidos sem exibição de aprovação em concurso público.
- A garantia de estabilidade excepcional, do artigo 19 do ADCT da Carta Federal, não operou modificação do regime de vinculação dos servidores com a Administração.
- No âmbito do Estatuto os servidores serão necessariamente titulares de cargos de provimento efetivo, salvo as nomeações para cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração. Inteligência do inciso II do artigo 37 da Constituição.
- A transposição de servidores para o regime estatutário vigorará se e enquanto não houver declaração de inconstitucionalidade dos atos inferiores respectivos.

## SENHOR PROCURADOR-CHEFE:

Valendo-se de processo em que a Interessada peticionou para haver o reconhecimento de sua estabilidade excepcional no serviço público estadual, ao abrigo da norma insculpida no art. 19 do ADCT da Carta de 1988, o inteligente e culto Presidente do Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas - IPAAM encaminhou ofício a esta Procuradoria em busca de definição para o vínculo com a Administração de servidores que, como a Requerente, foram transpostos para o regime do Estatuto. E adicionou:

"Os autos foram remetidos à Procuradoria Jurídica deste IPAAM, que se manifestou pelo reconhecimento da estabilidade excepcional e, com reservas, pelo reconhecimento do vínculo estatutário;

Todavia, como a servidora é lotada no Banco de Cargos da SEAD os autos foram remetidos à consideração final do Sr. Secretário de Administração.

A Consultoria da SEAD reconheceu a estabilidade excepcional mas não enfrentou a questão no que pertine ao vínculo da servidora com a Administração, devolvendo-nos o processo."

Com efeito, a Consultoria Geral dos Sistemas da SEAD, no Parecer nº 183/96, firmou entendimento quanto à estabilidade, dizendo dela gozarem "os servidores admitidos sem concurso público, ou quando submetidos a concurso sem direito a estabilidade, sob qualquer regime jurídico, em exercício há pelo menos cinco anos ininterruptos até a promulgação da Constituição" (sic) e destacou:

"No que tange a declaração de seu regime jurídico, seguindo a orientação emanada de V. Sa, não iremos nos manifestar, posto que a necessidade de ser constatada a

eficácia do Decreto nº 12.371 de 25 de setembro de 1989, que organizou o quadro de pessoal do extinto Instituto de Desenvolvimento dos Recursos Naturais e Proteção Ambiental do Estado do Amazonas, será tarefa a ser executada pela douta Procuradoria Geral do Estado, ao atender solicitação a ser efetivada por V. Sa" (sic).

Disse-o assim a SEAD, apesar de o Presidente da Autarquia haver encaminhando para ali o processo "para definir o regime jurídico da petionária" e de a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado exigir o parecer prévio do órgão central do sistema respectivo.

Relatei.

Em primeiro lugar, constato que da servidora Hilda Balbi Castro duas são as situações funcionais que interessam à estabilidade no serviço público estadual: uma em virtude da nomeação, por concurso, em caráter efetivo, ocorrida em 17 de julho de 1985 (fls. 14), outra por contar em 05 de outubro de 1988 com mais de cinco anos continuados de serviço público, abrigando-se no primeiro caso sob o disposto no "caput" do artigo 41 da Constituição Federal e, pela segunda situação fática, pondo-se sob a proteção da regra do artigo 19 do ADCT da mesma Carta.

É que encontro na declaração fornecida pela Subcoordenadoria de Ensino VI - Educandos/Betânia a informação de que a petionária foi nomeada titular, em caráter efetivo, do cargo número 332 de Professor, Código MPEI-EC-D1, do quadro de pessoal da Secretaria da Educação, em 17 de julho de 1985, por aprovação em concurso público, ali permanecendo até 10 de maio de 1988. Vencido o período de estágio probatório, fez-se a estabilidade. Localizo, outrossim, no mesmo documento, que a servidora gozou licença para trato de interesses particulares até 12 de maio de 1990, não retornando, após, às atividades do

magistério, o que, por certo, terá provocado sua demissão e, de conseguinte, o desfazimento do vínculo e da segurança do emprego.

De outro ponto, vejo que a atividade pública da Interessada iniciou-se em 17 de março de 1981, "nomeada para exercer o cargo de Assistente Judiciário "A" da 12ª Vara de Menores" (fls. 23), exonerada em 23 de novembro de 1982. No período de 14 de setembro de 1981 a 28 de fevereiro de 1982, exerceu concomitantemente funções de magistério, contratada pelo regime da legislação trabalhista (fls. 16), havendo sido integrada no regime estatutário em 13 de agosto de 1982 e enquadrada como titular do cargo nº 713 de Professor MP-II-EC-C-I por ato de 08 de maio de 1986. Eis a situação em que foi encontrada, em 05 de outubro de 1988, pela Constituição Federal, contando com 2.757 dias de serviço público continuado, correspondentes a SETE ANOS, SEIS MESES E VINTE E DOIS DIAS.

Firmo, pois, como conclusão, a primeira, que a servidora em questão goza da estabilidade excepcional conferida pelo artigo 19 do ADCT da Carta, eis que não admitida, aí, por aprovação em concurso público.

Servidora estatutária, transferida para esse regime por Decreto de 13 de agosto de 1982 e na forma do que autorizou a Lei nº 1491, de 17.12.81, no âmbito da Secretaria da Educação, a peticionária foi admitida para exercer o emprego de Técnico do CODEAMA em 13 de agosto de 1988, quando já se encontrava em gozo de licença para trato de interesses particulares (fls. 16), vinculando-se ao quadro da autarquia pelo regime Especial, instituído pela Lei nº 1674, de 10.12.84. Foi assim que a Constituição Federal a fotografou, para garantir-lhe estabilidade, mesmo que em regime dito temporário.

No CODEAMA, a servidora integrava Grupo de Trabalho Técnico Especializado vinculado às Coordenadorias de Ecologia e Meio Ambiente e de Recursos Naturais, exercendo funções compatíveis com sua formação profissional, de graduação e de pós-graduação.

Em 14 de junho de 1989 deu-se a criação, por via da Lei nº 1.905, do Instituto de Desenvolvimento dos Recursos Naturais e Proteção Ambiental do Estado do Amazonas, autarquia destinada a suceder o Instituto de Terras e Colonização do Amazonas - ITERAM (art. 5º), que extinguiu, e a desenvolver as atividades até então cometidas às Coordenadorias de Ecologia e de Recursos Naturais do CODEAMA (art. 8º), também extintas. O fato da extinção fez que a mesma lei determinasse o enquadramento dos servidores da entidade e dos órgãos ali referidos na nova autarquia, tal como aconteceu com as demais obrigações, inclusive as contratuais.

Em 25 de setembro do mesmo ano, o Chefe do Poder Executivo deu concreção, no Decreto nº 12.371, à norma do art. 7º da Lei 1905/89 e organizou o quadro de pessoal da novel entidade. Fixou, na oportunidade, que o regime jurídico de vinculação dos servidores seria o do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas. Foi o que restou fixado pelo parágrafo único do artigo 1º do Decreto.

Imponho-me, neste ponto, nova conclusão, a segunda, para definir que o ato do Executivo não poderia destinar ao quadro de pessoal que aprovou outra regulação jurídica, à vista de encontrar-se no "caput" do artigo 39 da Constituição Federal a exigência de vinculação ao regime estatutário, exclusivamente, dos servidores autárquicos.

Definido assim, cuidou o Decreto de regulamentar a autorização contida na lei para enquadramento dos servidores da entidade e dos órgãos extintos, dizendo dever obedecer a "qualificação profissional, as atribuições, as responsabilidades e a complexidade das tarefas exigidas para o provimento do cargo em seus diversos níveis salariais". É o que se lê no parágrafo 1º do artigo 4º.

Em seguida, o Decreto nº 12.439, de 16 de outubro de 1989, aprovou o enquadramento, distribuindo os servidores, inclusive a petionária, nos cargos criados pelo Decreto instituidor do quadro de pessoal. Esse ato, ao que penso, teve a força de operar a transposição para o âmbito do Estatuto de quantos, como

a peticionária, estavam vinculados à Administração por qualquer outro regime jurídico, justo porque regido pelas regras estatutárias era o quadro de pessoal da novel autarquia desde sua organização.

Faço conclusão nova, então, no sentido de que desde 16 de outubro de 1989 todos os servidores cujos nomes foram listados pelo Decreto nº 12.439 têm a condição de vinculados ao regime do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas. A peticionária inclusive.

Permito-me agora enfrentar a questão de definir se os servidores enquadrados são, ou não, titulares de cargos de provimento efetivo, posta com a segurança usual e reconhecida pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Jurídica do IPAAM. Faço-o para considerar, em primeiro lugar, que a Constituição Federal não oferece dificuldade qualquer à aceitação da tese de que efetividade e estabilidade são institutos que não se confundem, não constituindo pressuposto necessário uma da outra. Bem por isso que o artigo 37, II da Carta exige a aprovação em concurso público para a titularidade, em caráter efetivo, de cargo público e o artigo 41, também da parte permanente da Lei-Mãe, diz estáveis os nomeados assim "após dois anos de efetivo exercício". Possível, então, por esse conjunto de regras, ser o servidor efetivo e não estável, justo enquanto não completar o que no plano infraconstitucional se denomina de estágio probatório. Mas estável não haverá que não efetivo.

Já no âmbito das disposições transitórias, a Constituição, reeditando modelo de tradição, garantiu a estabilidade excepcional a quantos contassem, na data da promulgação, com pelo menos cinco anos continuados de serviço público, desde que o ingresso não se tivesse operado por via da aprovação em concurso. Dirigiu-se essa excepcionalidade, então, aos que efetivos não eram, por não concursados. Ao fazê-lo, tenho como inquestionável que o legislador constituinte quis respeitada a natureza jurídica do vínculo empregatício de cada servidor com a Administração no instante mesmo da garantia, i.e., 05 de outubro de 1988, instituindo, assim, a figura do estável não efetivo.

No plano fático, entretanto, onde a lei ordinária parece nem sempre ajustar-se ao figurino constitucional, vejo que regras menores operaram a transposição de servidores do regime trabalhista e do regime especial para o do Estatuto, que é o que deve vigorar, com exclusividade, na administração direta, autárquica e fundacional, como quer, até sem muita propriedade técnica, o "caput" do art. 39 da Constituição. Pois bem: no âmbito estatutário, onde não há empregos, os cargos são de provimento efetivo e de provimento em comissão, exclusivamente, caracterizando estes últimos a livre nomeação e exoneração, o que se compadece com a definição do inciso II do artigo 37 da Carta.

Isto me impõe conclusão no sentido de que qualquer servidor vinculado à Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios por normas estatutárias (as da Lei nº 1762/86 no caso do Estado do Amazonas) será titular de cargo de provimento efetivo, salvo quando, estranho aos quadros de pessoal, exercer cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração "ad nutum".

É o que penso ter ocorrido com a peticionária e com quantos hajam sido transpostos de outros para o regime estatutário. O ato de transposição, normalmente com o título de enquadramento, forma de provimento estranha ao modelo da Carta, tê-los-á feito titulares de cargos de provimento efetivo, que de cargos em comissão não há cogitar. E serão, como a servidora Hilda Balbi Castro, também estáveis se ostentavam o tempo de cinco anos continuados de serviço público em 05 de outubro de 1988.

A prática administrativa, no plano infraconstitucional, nem sempre capaz de oferecer ao intérprete a segurança desejada, fez criada então a figura do servidor efetivo não concursado, guindado à titularidade de cargo público permanente por determinação de lei ordinária, e até de decreto. E a aplicação do modelo da Constituição fez a coexistência de servidores efetivos e estáveis - enquadrados e com mais de cinco anos de serviço público em 05.10.88 - e servidores efetivos que jamais gozarão de estabilidade, salvo se modificarem a situação funcional por aprovação em concurso público.

Não estou a afirmar que tal prática se ajuste ao modelo constitucional de 1988, mesmo não sendo restrita ao Estado do Amazonas, visto como a própria União a adotou com a Lei 8.112/90, por força da qual todos os servidores federais foram transformados em titulares de cargos de provimento efetivo, salvo os comissionados estranhos aos quadros. A inconstitucionalidade, entretanto, não é de ser proclamada neste plano administrativo, tal como lembrou o eminente parecerista do IPAAM, constituindo matéria de competência originária do Colendo Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no artigo 102, I da Constituição, por provocação de qualquer das pessoas ou entidades indicadas no artigo seguinte. Ou, tratando-se de ofensa à Carta Estadual, perante o Tribunal de Justiça, na forma do que dispõem a letra "f" do inciso I do artigo 72 e o parágrafo 1º do artigo 73 da Constituição do Estado. De toda sorte, se e enquanto não declarado o ferimento ao Texto, haverão de vigorar os atos administrativos inferiores, com as conseqüências aqui referidas.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus, 18 de dezembro de 1996.

**LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA**  
Procurador do Estado

**DESPACHO:**

**Recebido hoje.**  
**Adoto.**  
**Encaminhe-se.**  
**PPE/PGE, em 26.12.96**

**R. FRÂNIO A. LIMA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO Nº 5388/96-PGE****ASSUNTO:** Definição de Regime Jurídico**INTERESSADO:** Hilda Balbi Castro**DESPACHO :**

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o PARECER Nº 141/96-PA/PGE, da lavra do Dr. LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA.

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

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus(AM), 30 de dezembro de 1996.

**CARLOS FAUSTO VENTURA GONÇALVES**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 370/96 - PGE**

**ASSUNTO:** Cessão de Uso de Bens Móveis do Patrimônio Estadual. Inexigibilidade de autorização Legislativa. Consulta.

**INTERESSADA:** Secretaria de Estado de Governo

**PARECER N.º 169/96 - PA/PGE**

**CESSÃO DE USO DE BENS MÓVEIS DO PATRIMÔNIO ESTADUAL. INEXIGIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.**

A cessão de uso de bens do Estado caracteriza-se pela transferência gratuita da posse de um ente ou órgão público para outro da mesma ou de esfera de Poder diversa.

Imprescindível prévia autorização legislativa quando o objeto de concessão for patrimônio imóvel e o cessionário for entidade distinta da cedente.

Os bens móveis do patrimônio estadual podem ser cedidos a outros órgãos da Administração Pública sem a anuência prévia da Assembléia Legislativa, independentemente da qualificação jurídica do beneficiário. Exegese do art. 28, inciso XX, da Constituição do Estado. Todo e qualquer convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres assinado pela Administração Pública deve obediência a Lei n.º 8.666/93, no que couber (art. 116, caput).

A SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO solicita reexame desta Procuradoria em matéria pertinente a Cessão de

Uso de Bens Móveis do Patrimônio Estadual, com o fito de orientar decisão do Exmo. Sr. Governador do Estado.

Concluiu o Coordenador de Orientação e Escrituração Contábil da SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA, ao examinar Termos de Cessão de Uso firmados pelo ESTADO DO AMAZONAS, por intermédio da SEPLAN e diversos Municípios, que a minuta anteriormente aprovada pelo então Chefe desta Especializada padece de irregularidades, de vez que não se reporta a necessidade de autorização legislativa prévia a celebração dos ajustes, além de fazer referência a Lei n.º 8.666/93, diploma legal alheio ao assunto em tela.

Caracterizada a divergência de pronunciamento e considerando que somente ao Chefe do Poder Executivo compete modificar entendimentos desta Procuradoria Geral, o Secretário de Fazenda enviou a questão suscitada para deliberação de sua Excelência, requerendo fosse revisto o entendimento do Órgão Estadual de Assessoria Jurídica Superior.

Novamente a matéria foi encaminhada, desta feita para reapreciação, cabendo a nós analisá-la com mais vagar.

É o relatório.

A doutrina pátria é uníssona ao discorrer sobre as formas administrativas de utilização dos bens públicos, quando legalmente possível.

Restringiremos nosso enfoque citando apenas o ilustre mestre Hely Lopes Meirelles porque supostamente o parecer objeto da divergência entre esta procuradoria e a SEFAZ atentou contra seus ensinamentos. Em sua obra intitulada Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 19º Edição, o insigne jurista assim se manifesta:

As formas administrativas para o uso especial de bem público por particulares variam desde as simples e unilaterais autorização de uso e permissão de uso até os contratos de concessão de uso e

concessão de uso como direito real solúvel, além da imprópria e obsoleta adoção de institutos civis do comodato, da locação e da enfiteuse.

Ao depois, o grande jurista discorre acerca de cada uma das modalidades elencadas, conceituando-as sinteticamente. Vejamos:

Autorização de uso é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público.

Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público.

Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo destinação específica.

Concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real solúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social.

Em suma, o Estado pode ceder a particulares a utilização de determinados bens de sua propriedade, através de institutos de direito público ou tomando por empréstimos formas privadas, mesmo que impropriamente.

Quanto a última hipótese (contratos regidos pelo direito privado), deixaremos de tecer comentários em nosso pronunciamento, por desnecessário ao deslinde da questão proposta.

Cada um dos modos de utilização possuem características próprias, conforme se deflui dos conceitos narrados. Todos, todavia, tem um liame em comum que é o sujeito da relação. Em outras palavras, são cabíveis apenas quando a utilização de bens públicos for deferida a particulares.

Feita essa assertiva, é de se indagar: E quando a utilização de bens do patrimônio do Estado - aí compreendida a União, os Estados Membros, o Distrito Federal, os Municípios - for deferida a outros entes públicos, os mecanismos serão os mesmo?

A resposta a esta indagação é simples. Em se tratando de transferência de um bem público de uma entidade para outra, deverá ser feita a **cessão de uso**, instituto diverso dos anteriores.

Tal forma de utilização, nas sábias palavras do renomado doutrinador por vezes citado, pode ser assim resumidas:

**transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado .... E uma categoria específica e própria para o traspasse da posse de um bem público para outra entidade, ou órgão da mesma entidade que dele tenha necessidade e se proponha a empregá-lo nas condições convencionadas com a Administração cedente. (mesma ob. cit.)**

O posicionamento desta Procuradoria já foi cristalizado, a quando da edição do Manual sobre Licitações e Contratos

Administrativos. Naquela obra a autora fez o seguinte esclarecimento:

a PGE resolveu instituir Minutas-Padrão das quatro primeiras, destinando a de Cessão de Uso para ser adotada exclusivamente quando a utilização de bem público se der por órgãos ou entidades públicas, enquanto as de Autorização, de Permissão e de Concessões de Uso, deverão ser adotadas quando a utilização se der por particulares. (p. 63 da ref. ob).

A cessão de bens móveis ou imóveis entre órgãos da mesma entidade dispensa autorização legislativa. Entretanto, quando se tratar de cessão de uso para outro ente administrativo, duas situações deverão ser observadas. Quando o objeto do ajuste for bem imóvel, imprescindível o aval do Poder Legislativo. Agora, se versar sobre bem móvel, não há necessidade de autorização do Órgão legisferante.

Fazemos um parênteses para esclarecer que essa forma de utilização já foi prevista na legislação federal concernente aos bens imóveis da União (Decreto-Lei n.º 9.760/46 complementado pelo Decreto-Lei n.º 178/67). Naqueles diplomas legais, até por imposição constitucional, há previsão expressa no sentido de que é indispensável autorização do Poder Legislativo, quando a cessão ocorrer entre órgãos de esferas diferentes. Outro não podia ser o regramento já que versaram sobre patrimônio imóvel.

Em se tratando de bens móveis, voltamos a repetir, àquela imposição legal é desnecessária. No âmbito estadual, nossa Carta Maior é taxativa em seu art. 28, inciso XX in verbis:

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

.....omissis.....

XX - autorizar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas

estaduais, de área superior a quinhentos metros quadrados, se urbanas, e de mil hectares, se rurais, bem como a alienação ou concessão de uso de bens imóveis do Estado, na forma da lei.

A competência da Assembléia legislativa restringe-se a autorizar previamente a utilização de bens imóveis do domínio estadual por parte de terceiros, quer sejam pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Na hipótese vertente, esta Especializada aprovou minuta de Termo de Cessão de Uso de Bens Móveis. Via de consequência, não recomendou àquela altura fosse solicitada autorização do Legislativo, muito menos imbutiu cláusula pertinente a tal exigência.

Quanto a assertiva de que o referido instrumento não devia ter feito referência a Lei 8.666/93 porque ali não foi normatizada a cessão de uso, mister lembrar que por expressa disposição, em todo e qualquer ajuste pela Administração Pública, hão de ser observadas as regras daquela legislação. É o que se depreende pela singela leitura de seu art. 116, caput, verbis:

Art. 116 - Aplicando-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgão e entidades da Administração.

Em conclusão, somos pela manutenção do pronunciamento anterior exarado pelo então Chefe desta Especializada, por entendermos que se coaduna perfeitamente com a melhor interpretação do direito.

Sugerimos, s.m.j., que a Minuta do Termo de Cessão de Uso seja considerada legal.

Ao Procurador-Geral, pela via própria.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus,  
22 de abril de 1996.

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora-Chefe

**PROCESSO N.º 370/96-PGE**

**ASSUNTO:** Termos de cessão de uso de bens do Estado,  
celebrado entre o estado do Amazonas, por  
intermédio da SEPLAM e municípios, com a  
interveniência da CIAMA. Consulta.

**INTERESSADO:** SUBTEC/SEGOV

**DESPACHO:**

**APROVO**, por seus jurídicos fundamentos, o  
**PARECER N.º 169/96-PA/PGE** da lavra da Dr<sup>a</sup> **INDRA MARA  
BESSA**.

**DEVOLVA-SE** o processo à **SECRETARIA DE  
ESTADO DE GOVERNO**, com as cautelas de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**,  
em Manaus(AM), 24 de abril de 1996.

**CARLOS FAUSTO VENTURA GONÇALVES**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 1.911/95-PGE**

**ASSUNTO:** Autenticação de Termo de Contrato. Pedido de Reconsideração do despacho denegatório.

**INTERESSADO:** Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ

**PARECER N.º 024/96-PA-PGE**

**AUTENTICAÇÃO DE CONTRATO.  
RECONSIDERAÇÃO DE DESPACHO  
DENEGATÓRIO.**

É de se reconsiderar despacho denegatório de autenticação, fundado em justificativa imprecisa da dispensa do procedimento licitatório, em ficando demonstradas as verdadeiras razões que ensejaram tal opção e, desde que, adequadas a hipótese legal da qual se baseou o referido ato.

Admite-se a caracterização de situação emergencial por incúria ou inércia do servidor. É obrigatório, contudo, que a Administração Pública apure a responsabilidade de quem deu causa àquela situação, aplicando as sanções disciplinares cabíveis, pena de ofensa ao princípio da moralidade.

A SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA solicitou análise e autenticação do Termo de Contrato n.º 016/95 celebrado pelo ESTADO DO AMAZONAS, por seu intermédio, e a empresa CONSERVADORA UNIDOS LTDA, cujo objetivo era a prestação de serviços de conservação, limpeza e higiene de Agências daquela entidade em determinado Municípios do Interior.

O referido instrumento foi precedido de dispensa de licitação; seu valor era de R\$ 129.444,00 e prazo de vigência de apenas 04 meses.

No processo Administrativo originário daquele Ente Público, foram acostados os seguintes documentos: solicitação da Diretora Geral da SEFAZ; cópia de despacho exarado pelo antigo Procurador-Chefe desta Especializada em caso diverso; proposta da contratada; projeto básico; plano de trabalho; publicação do ato de dispensa; com a devida ratificação da autoridade superior; nota de empenho parcial; termo contratual e seu extrato devidamente divulgado na Imprensa Oficial.

Encaminhado os autos a esta Procuradoria Administrativa, foi o mesmo distribuído ao Dr. Jaime Arantes que recomendou sua conversão em diligência, requerendo cópia do Processo n.º 404/95-PGE, contrato anterior e justificação do preço cobrado.

Opinamos contra tal solicitação, manifestando opinião contrária a sua autenticação desde logo, por entendermos que não estava caracterizada a hipótese sobre a qual se alicerçou a dispensa do certame licitatório - emergência.

Nosso despacho foi referendado pelo Procurador Geral e os autos devoldidos ao Órgão de origem.

Insatisfeita com àquela manifestação, a Interessada apresentou novos argumentos, pedindo reconsideração do ato que considerou a celebração de contrato.

É o Relatório.

Quando do primeiro exame, concluímos pela inautenticação do instrumento, em razão da justificativa apresentada para a dispensa do procedimento licitatório.

Naquela oportunidade, a SEFAZ apresentou como único respaldo de seu ato, despacho em que o então Chefe desta Especializada em caso diverso, sugeria adoção de procedimento idêntico qual seja a dispensa com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93.

Procedendo ao cotejo deste caso com a única motivação

conhecida, o despacho acima citado, entendemos que não estava demonstrada a emergência, até porque a situação fática era completamente diversa.

Ali a solução apontada considerou o fato de que houve uma confusão temporária nos entes da Administração Pública, como um todo, quando da extinção dos mandatos dos Membros dos Conselhos e Comissões que integravam a estrutura das Secretarias de estado (Decreto n.º 10.450 de 11.01.95), que redundou na impossibilidade temporária de proceder-se a licitações (vide anexo).

A situação, todavia, foi requerida em fevereiro, não mais podendo servir de base para avença firmada em novembro do ano pretérito.

A quando do pedido de reconsideração, novos elementos foram explicitados através do Ofício n.º 954/95-GSEFAZ, desta feita de forma mais realista e detalhada.

Apesar disso e mesmo compreendendo as dificuldades enfrentadas pela Interessada, o motivo ensejador da citada dispensa deveria ter sido contornado em tempo hábil, não podendo a Administração Pública parar em função de um único servidor, nesse caso, o titular do Departamento de Administração que adoeceu e não dotou as providências necessárias para proceder a novo ajuste.

Por outro lado, os servidores de limpeza, conservação e higiene não podiam realmente ser paralisados, pena de causar inúmeros transtornos para os servidores daquela Secretaria e até mesmo para os usuários que ali necessitassem comparecer. Tratava-se de uma **emergência** que exigia pronta solução.

Apenas sob esse prisma vislumbro a possibilidade de reformular nosso parecer anterior, filiando-me ao entendimento do doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em seu livro "Contratação Direta Sem Licitação", Ed. Brasília Jurídica, verbis:

Relevante questão que se apresenta diz respeito a verificação da conduta do

Administrador e se a mesma, quando caracterizada como desidiosa, deve implicar na impossibilidade de a Administração servir-se desse dispositivo que autoriza a dispensa de licitação. A resposta é negativa.

Efetivamente se ficar caracterizada a emergência e todos os outros requisitos estabelecidos nesse dispositivo, ..... pouco importa que a emergência esteja relacionada à inércia do agente da administração ou não! Caracterizada a tipificação legal, não pode a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência dos servidores públicos ou agentes públicos: dispensa-se a licitação em qualquer caso.

Na mesma obra é feita a seguinte transcrição, de autoria de Lúcia Valle Figueiredo, amparada em Cintra Amaral:

Mais adiante vai distinguir a emergência "real", resultando do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. A ambas dá idêntico tratamento, no que atina à possibilidade de contratação direta. Porém não exime o responsável pela falha administrativa de sofrer as sanções disciplinares compatíveis.

Em nosso entender somente dessa forma ficaria satisfeito o princípio da moralidade administrativa: isto é, se, realmente, responsabilizado for o funcionário que deu causa à situação surgida.

Em outras palavras, é de se admitir a dispensa da licitação resultante da inércia ou negligência do servidor, como

ocorreu nesse caso, desde que condicionada a efetiva apuração da responsabilidade do agente que deu causa à situação.

O Tribunal de Contas da União, todavia, não concorda com nosso entendimento. Há acórdãos que consideram irregular a contratação não precedida de licitação, nos casos perfeitamente previsíveis e que não foram providenciados tempestivamente pelo Administrador (mesma obra mencionada).

Apesar disso reconsidero o despacho anterior, procedendo à **AUTENTICAÇÃO** do Termo de Contrato n.º 016/95, recomendando ao Tribunal daquela Secretaria que determine seja apurada a responsabilidade do funcionário que não adotou em tempo hábil as providências necessárias para a realização do certame licitatório pertinente.

Encaminho os autos ao Procurador Geral para apreciação.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus,  
15 de Janeiro de 1996.

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora-Chefe

**PROCESSO N.º 1911/95-PGE**

**ASSUNTO:** Termo de Contrato n.º 16/95, celebrado entre a SETRAN a SEFAZ e a Empresa Conservadora Unidos Ltda.

**INTERESSADO:** SEFAZ

**DESPACHO:**

De acordo com o elucidativo pronunciamento da ilustre Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, **Dr.ª**

**INDRA MARA BESSA**, que autenticou o Termo de Contrato n.º 016/95, ENCAMINHE-SE o presente Processo à **SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA-SEFAZ**.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus(AM), 17 de janeiro de 1996.

**CARLOS FAUSTO VENTURA GONÇALVES**  
Procurador-Geral do Estado

## DESPACHOS

**PROCESSO Nº 943/95-PGE (201/95-DPE — 181/95-DPE)**

**ASSUNTO:** Restabelecimento da titularidade de cargos transformados a partir do art. 21 do ADCT da Constituição do Estado. Pedido.

**INTERESSADOS:** Ariosto Lopes Braga e outros

**Referência:** Parecer nº 026/95-PPE/PGE

### DESPACHO:

Acolho a conclusão que, em suma, o parecer epigrafado encerra quanto à sorte dos pedidos. Oponho, porém, com a devida vênia, restrições aos seus fundamentos, como passo a expor.

Por princípio, penso que, em verdade, não poderia o Decreto 12.927/90 "nominar" os membros da Defensoria Pública do Estado sem que isso decorresse de opção dos "nominados" pela carreira da instituição. Afinal, tal é a determinação-garantia inscrita no ADCT da Constituição Federal, nestes termos:

Art. 22 - É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição. (Sublinhei).

Poderá ser dito que o decreto "nominador", enfim, apenas deu cumprimento ao que o art. 21 do ADCT da Constituição Estadual fixou (e o art. 1º das Disposições Finais e Transitórias da Lei Complementar Estadual 01/90, na essência, repetiu). É que a aludida norma constitucional diz:

Art. 21 - Os atuais advogados de ofício passam a exercer, com a denominação própria e com as garantias e vedações previstas na Seção III, do Capítulo IV, do Título IV, da Constituição da República, as funções da Defensoria Pública, exceto os que optarem em contrário. (Sublinhei, igualmente).

Diante do teor desse dispositivo, verifico, com clareza, que os constituintes barés não foram avisados dos limites que a Constituição Federal impõe aos Estados quando determina que estes, no exercício de sua autonomia organizatória, observem os princípios dela. Vale dizer, no exercício do **poder constituinte decorrente**, em relação a determinados temas, não se permitem originalidades aos Estados, pois as Constituições (e, por óbvio, as leis) que adotarem terão de guardar conformidade com o Texto Supremo.

A propósito, lembro que, dessas limitações, muito já se ocuparam doutrinadores da melhor linhagem. Mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA, p.ex., depois de classificar em sensíveis e estabelecidos os princípios aos quais está submetida a atuação dos constituintes locais e ensinar que os primeiros “são aqueles clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição” e dizem respeito basicamente à organização dos Estados —, ressalta que os outros (os estabelecidos) são os que constroem a capacidade auto-organizativa das unidades da Federação, gerando limitações “expressas”, “implícitas” e “decorrentes”.

Adiante, tocando no que interessa mais precisamente a este estudo, sentencia o respeitado constitucionalista brasileiro:

**“Limitações expressas ao Constituinte Estadual — são consubstanciadas em dois tipos de regras: umas de natureza vedatórias e outras, mandatórias.**

.....

As **mandatórias** consistem disposições que, de maneira explícita e direta, determinam aos Estados a observância de princípios, de sorte que, na sua organização constitucional e normativa, hão que adotá-los, o que importa confranger sua liberdade organizatória aos limites positivamente determinados; assim, p. ex., o Constituinte Estadual tem que dispor: (...); i) sobre a organização da Defensoria Pública com as atribuições, direitos e garantias constantes dos arts. 134 e 135". (In "Curso de Direito Constitucional Positivo", S. Paulo, Edit. Rev. dos Tribunais, 5ª edição, 1989, págs. 516/7).

Se errônea não é a lição de JOSÉ AFONSO (bem como, no mesmo tom, de outros luminares como PONTES DE MIRANDA, MACHADO HORTA, PINTO FERREIRA e SAMPAIO DÓRIA) — e se, em face dela, lógica é a conclusão de que igual conformidade há de ser observada em relação às disposições transitórias —, tenho que, defronte do disposto no art. 22 do ADCT da Constituição Federal, o art. 21 do ADCT da Estadual padece de três inconstitucionalidades, pelo menos: a primeira, porque, arbitrária e imediatamente, tornou defensores públicos todos os advogados de ofício do Estado; a segunda, por ter feito **tabula rasa** da exigência de que os aludidos servidores estivessem exercendo aquelas funções de defensoria pública desde a data da instalação da A.N.C., no mínimo; e a terceira, por haver (certamente em coerência com a primeira) consignado o direito de opção de forma invertida, conferindo-o não para os referidos funcionários decidirem pela carreira da Defensoria Pública, mas para dela se excluírem.

Não se diga que essa arguição de inconstitucionalidade envolve apenas filigranas jurídicas. Afinal, ao determinar que os advogados de ofício passavam logo a integrar a Defensoria Pública, o questionado art. 21 acabou por impor-lhes, compulsoriamente e de abrupto, vedação que seria auto-imposta

após refletida escolha, qual seja a do exercício da advocacia fora das atribuições institucionais (parágrafo único do art. 134 da C.F.). Foi isso que o art. 22 do ADCT da Lei Máxima determinou?

Evidenciado o cunho inconstitucional da disposição transitória aludida, considero, entretanto, que o Estado não obrou com erro quando tomou a iniciativa de editar a Lei Complementar 01/90, ainda que, à data, não houvesse a União estabelecido as normas gerais que, no campo da legislação concorrente, o § 1º do art. 24 da C.F. diz caber-lhe. É que, em verdade, atitude dessa natureza conta com a autorização do § 3º do mesmo art. 24, segundo o qual, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

A citada L. C. 01/90, com efeito, veio organizar a Defensoria Pública do Amazonas, definindo-lhe as funções, estruturando-a e dispondo sobre seus quadros, embora aí, como referido ao início, tenha seguido a trilha do comentado art. 21 do ADCT Estadual, fixando (novamente) que os advogados de ofício "em exercício até a data da promulgação da Constituição do Estado" passavam a integrar a carreira da instituição, "devendo ser nominados mediante decreto" (arts. 1º e 3º do Título XI).

Esse decreto viria a ser o de nº 12.927, que, editado a 11 de abril de 1990, foi impugnado agora, ou melhor, a 02 de junho e a 25 de maio últimos (conforme, respectivamente, os protocolos de entrada dos dois requerimentos).

Aqui está exatamente o que vejo como ponto sensibíllissimo da questão. Em verdade, passados cinco anos da publicação do decreto nominador, podem ainda os Postulantes pedir que tal ato seja tornado sem efeito? Parece-me que a resposta é dada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (que o art. 14 do Título XI da L.C. 01/90 adota como legislação subsidiária), nestas disposições:

Art. 124 - O direito de pleitear na esfera administrativa prescreverá:

I - em cinco anos, quanto aos atos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e aos referentes a matéria patrimonial;

II - em cento e vinte dias, nos demais casos.

Art. 125 - Os prazos de prescrição estabelecidos no artigo anterior contar-se-ão da data da publicação, no órgão oficial, do ato impugnado, ou da data da ciência pelo interessado. (Sublinhei).

Mesmo a concepção de prescrição judiciária, aliás, é desfavorável. Isso é o que se vê da regulação do Decreto Federal 20.910/32, nestes termos:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. (Destaquei).

Superada dessa forma tal questão, devo, a outro aspecto, registrar que, conquanto superveniente, a Lei Complementar 80/94 não contribui para dar-se ao pleito destino diferente do já apontado. É que o ato de "nominação" dos defensores públicos do Estado não se assentou em disposição depois repelida por norma do campo especificamente reservado a lei federal (i.e., norma geral). Para confirmar essa asserção, basta ler o Título IV da L.C. em referência (Das Normas Gerais Para a Organização da Defensoria Pública dos Estados), exatamente o território com o qual foi cumprida a determinação do parágrafo único do art. 134 da Constituição Federal.

Por fim, tendo com claro que a Lei Complementar

Estadual 14/95 não fez mais do que alterar dispositivos da precedente 01/90, estou em que ela não poderia mesmo voltar a tratar de opção. Se a L.C. Federal 80/94 o fez, isso terá valido para os Estados que, à data de sua edição, ainda não haviam criado as carreiras das respectivas Defensorias Públicas. No caso da D.P. do Amazonas tal criação ocorreu indubiosamente com a L.C. 01, consoante se vê de seu Título VI e do Anexo I. Desse modo, as disposições do Título V da L.C. Federal 80/94 que ainda interessavam ao Estado na data de sua vigência eram, basicamente, as do arts. 141 (extensão dos benefícios e vantagens da carreira aos advogados de ofício aposentados antes do Decreto 12.927/90) e 142 (alteração da organização depois operada pela L.C. 14/95).

Assim, dispensando-me do exercício de rebater a negação da aplicação do art. 137 da L.C. 80/94 aos defensores públicos dos Estados por estar certo de que ainda vige o princípio hermenêutico do **Ubi lex non distinguit...**, encaminhe-se.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/  
PGE, em Manaus(AM), 15 de setembro de 1.995.

**R. FRÂNIO A. LIMA**  
Procurador-Chefe.

**PROCESSO Nº 943/95-PGE (201/95-DPE — 181/95-DPE)**

**ASSUNTO:** Restabelecimento da titularidade de cargos transformados a partir do art. 21 do ADCT da Constituição do Estado. Pedido.

**INTERESSADOS:** Defensoria Pública do Amazonas / Ariosto Lopes Braga Neto e outros.

**DESPACHO:**

APROVO integralmente as precisas colocações e as jurídicas conclusões do despacho da apurada lavra do ilustre

Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, Dr. Frânio Lima, que conclui pela improcedência do pedido dos postulantes.

Nada tendo a acrescentar, DEVOLVA-SE o Processo ao Gabinete do digno Defensor Geral do Estado, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,  
em Manaus, 25 de setembro de 1995.

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Procuradora-Geral do Estado, em exercício.

**PROCESSO Nº 407/95-PGE**

**ASSUNTO:** Consulta sobre pagamento de débito oriundo de serviço prestado por terceiro de boa fé, com aquiêscencia tácita do Estado.

**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Fazenda.

**REFERÊNCIA:** Parecer n.º 094/95-PA/PGE

**DESPACHO:**

A SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA - SEFAZ, através do Ofício nº 103/95, solicita a esta Procuradoria orientação acerca do procedimento que deve adotar para regularizar pagamento devido a empresa XEROX DO BRASIL LTDA, responsável pela prestação de serviços reprográficos em todas as Repartições Públicas Estaduais, considerando que o contrato que respaldava tal situação expirou em 13.05.94.

Os seguintes esclarecimentos foram prestados pela Interessada:

1.A avença original teve origem em Decreto Estadual datado de 30 de abril de 1993 que padronizou "a utilização dos equipamentos da marca Xerox nos Órgão da Administração Direta e nas Entidades da Administração Indireta".

2.Referido diploma legal foi revogado por outro Decreto datado em 11 de julho de 1994 e este, posteriormente, também foi substituído (Decreto de 29.09.94);

3.O último diploma legal citado anulou a padronização e prorrogou o ajuste por mais 03 meses, com o fito de garantir a continuidade da prestação do serviço até que se realizasse o procedimento licitatório cabível;

4.Apesar do mencionado decreto ter autorizado a prorrogação por mais 03 meses, não foi celebrado contrato formal.

Dos fatos expostos resulta incontestável que a empresa XEROX DO BRASIL LTDA vem prestando serviços ao Estado do Amazonas, sem solução de continuidade, apesar de seu contrato de locação de equipamentos ter expirado em 13.05.94.

Despiciendo analisar para os deslinde do problema as causas que ensejaram essa irregularidade.

É certo que findo o prazo ajustado na avença original, a contratação dos serviços necessitava da realização de procedimento licitatório ou de sua exclusão, por força das disposições na Lei nº 8.666/93.

A indagação agora consiste em saber se a ausência de procedimento licitatório ou de sua legal dispensa, bem como a falta de formalização de contrato administrativo eximiria o Estado da obrigação de efetuar a devida contrapartida, ou seja, o pagamento da obrigação tacitamente assumida.

A resposta para tal controvérsia pode ser resumida na citação seguinte:

Ora, o Estado é sempre o mesmo independentemente dos governantes que se sucedem em sua direção e independentemente da reapreciação que (os mesmos ou que outros agentes posteriores) façam sobre a correção jurídica dos atos que por ele, Estado, hajam sido praticados. Se é certo - e indubitavelmente o é - que o Poder Público pode reapreciar seus comportamentos e fulminar os invalidamente efetuados, daí não se segue que os vícios em que tenha incidido, isoladamente ou em relação conjunta com terceiros, lhe possam servir como aval juridicamente prestante para, em qualquer caso, tomar como absorvidas as vantagens que lhe advieram de uma relação mal constituída e arrojadas sobre os

ombros da outra parte as desvantagens dessa mesma injuridicidade da qual foi partícipe. Posto que o Estado, ainda quando revê suas condutas anteriores, é o mesmo sujeito que dantes se engajara (mesmo que se tenha engajado mal), não é de admitir que possa, ao depois, alienar-se da relação e das conseqüências que se produziram, tal com se nunca tiver sido parte em vínculo que ele mesmo, em outro tempo, constituiu e que ele mesmo proclama ser defeituoso por obra sua. (Débitos do Estado por serviços Prestados, de Celso Antonio Bandeira de Mello, RDP nº 76)

Em outras palavras, não pode o Estado valer-se de ilegalidade que ele mesmo deu causa para obstaculizar o pagamento de serviço reconhecidamente prestado por terceiro de boa fé, com sua aquiescência, mesmo que tácita.

Entendemos que não é possível esquecer alguns princípios básicos do Direito como a proibição do enriquecimento sem causa, o respeito a boa fé e o da responsabilidade do Estado por ato praticado por seus agentes.

Urge, contudo, que a situação seja corrigida com a maior brevidade. É necessário, voltamos a repetir, que sejam adotados os procedimentos legalmente exigidos com a realização de certame licitatório ou de sua dispensa, ser for o caso.

De igual modo, deve ser promovida a responsabilidade civil e administrativa dos agentes que descumpriram as normas legais aplicáveis ao caso.

Em conclusão: O Estado do Amazonas deve efetuar o pagamento das despesas relativas a prestação de serviços de reprografia realizada pela empresa XEROX DO BRASIL LTDA, pena de promover seu enriquecimento sem causa, em prejuízo ao particular.

Para tanto, necessitará posteriormente justificar-se perante o Tribunal de Contas do Estado.

O **quantum**, por sua vez, é de fácil apuração, uma vez que os preços estão praticamente congelados. É claro que deverá ficar demonstrado que se trata do valor de mercado.

Manaus, 30 de março de 1995

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Procuradora Geral, em exercício

**PROCESSO N.º 618/95 - PGE**

**ASSUNTO:** Convenção Coletiva. Aplicabilidade de suas normas por Fundação de Direito Privado instituída e mantida pelo Poder Público.

**INTERESSADA:** Fundação Televisão e Rádio Cultura do Estado do Amazonas - FUNTEC.

**REFERÊNCIA:** Parecer nº 11/95 - PPT/PGE

**DESPACHO :**

A FUNTEC encaminhou consulta a esta Procuradoria Geral acerca da obrigatoriedade de cumprir normas estipuladas pela convenção coletiva celebrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em empresas de Radiodifusão e Televisão de Manaus (STERTM) e o Sindicato das empresas de Radiodifusão, Televisão e Publicidade do Estado do Amazonas (SINDERPAN), em especial no que tange a data-base da categoria,

Examinando a questão a ilustre parecerista assim concluiu:

- Tendo sido instituída como fundação de direito privado, sujeita-se a FUNTEC ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nos exatos termos do artigo 173, parágrafo 1º, da Lei Maior.
- As regras da CLT relativas à formalização dos Termos de Convenção Coletiva devem ser estritamente observadas, afim de que produzam seus efeitos legais.

Como bem lembrado no Parecer de fls., a natureza jurídica da Interessada já foi objeto de estudo pela Procuradoria Administrativa (Parecer n.º 056/95 -PA/PGE) que entendeu legal sua constituição sob a forma de fundação de direito privado.

Todavia, no mesmo pronunciamento foi dito o seguinte:

Nesse passo, cumpre destacar que a natureza privada que pode ser assumida pelas fundações governamentais não as afastam dos vários comandos que lhe forem destinados pela Constituição Federal, dentre os quais destacamos:

- a) Criação por lei (art. 37, XIX), sendo extintas do mesmo modo, em vista do paralelismo das formas;
- b) Sujeição à regras de licitação, sendo seus contratos regidos por normas típicas dos contratos administrativos (art. 22, XXVII);
- c) Orçamento integrado ao orçamento geral do Estado (art. 165, § 5º, I e 169);
- d) Sujeição à fiscalização contábil, orçamentaria, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas (art. 71, II)
- e) Admissão de empregados mediante concurso público, observadas as regras do art. 37, I, II, III, IV e VIII;
- f) Atos de contratação de pessoal sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas (art.71, III);
- g) Vedação de acumulação do emprego exercido com outro cargo, função ou emprego na Administração direta e indireta (art. 37,XVI e XVII);
- h) Imunidade tributária (art. 150, §2º).  
(grifos nossos)

Vale ressaltar que no pronunciamento retro-mencionado, a premissa primeira é a de que o legislador refere-se à fundações governamentais, todas as vezes que se utiliza das variações das expressões: “**fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público**”, bem como que os referidos entes podem assumir natureza pública ou privada.

É certo que a FUNTEC é entidade de direito privado e, via de consequência, seu pessoal está subordinado ao regime jurídico disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

O Estado do Amazonas optou por caracterizá-la dessa forma e assim pode fazê-lo porque **está explorando, ainda que sem finalidade lucrativa, atividade que também é exercida pela iniciativa privada, o que vale dizer que não se trata de atividade exclusiva do Poder Público; e, segundo, porque não lhe foram atribuídas as prerrogativas do jus imperii.**

Sua subordinação parcial as normas de direito privado decorre de sua natureza jurídica e não por força do imperativo legal contido no art. 173, § 1º, da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 173 ..... omissis .....  
§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista **e outras entidades que explorem atividade econômica** sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.  
(grifamos)

É que o mencionado dispositivo trata de entidades que exercem atividade econômica, o que não acontece com a FUNTEC, conforme já anteriormente esclarecido.

O eminente jurista José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora RT, 5ª Edição, ao tecer comentários acerca da atividade econômica estatal, assim entendeu:

O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social e atividades econômicas, distinção que tem

fundamento na própria Constituição, respectivamente art. 21, XI e XII, e arts. 173 e 174.

..... Tenha-se presente essas distinções para a compreensão da natureza e limites das empresas estatais; pois sob o ponto de vista de sua função diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos e as exploradoras de atividade econômica. O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personalização da entidade prestadoras. Assim é que diz a Constituição que ..... compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão e os demais de telecomunicação, os de energia elétrica etc. (art.21, XII).

É certo que, no caso do art. 21, XII, p. ex., a autorização, concessão ou permissão pode ser feita numa empresa privada mediante instrumentos de direito público.

**Cumprе observar que a exploração dos serviços públicos, conforme indicado acima, por empresa estatal, não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles.**

Ainda para corroborar nosso entendimento, citamos julgado do Egrégio TRT da 9ª Região, que ao decidir a Revisão de Dissídio Coletivo n.º 13/92 - Suscte; Sindicato dos Empregados Portuários do Estado do Paraná - Suscdo: Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA - Rel: Juiz Ricardo Sampaio - J. em 26/10/92, não excluiu da lide autarquia estadual, com personalidade jurídica de direito público, considerando-o " anômala" , ao seguinte argumento:

Ilegitimidade passiva ad causam -  
Autarquia estadual que exerce atividades  
econômicas próprias de empresa privada  
- Assegurada em lei sua autonomia  
administrativa, técnica e financeira -  
Regime jurídico próprio das empresas  
privadas - Exegese da Lei 6.249/71, art.  
1º e Dec. Est. 7.477/90, arts. 2º e CF/88,  
art. 173, & 1º - Preliminar rejeitada (in  
Jurisprudência Brasileira Trabalhista,  
Editora Juruá, vol. 39, pg. 99)

De onde se conclui que a aplicação do artigo constitucional susomencionado está irremediavelmente ligado ao exercício de atividade econômica, não importando a natureza jurídica do ente, se de direito público ou privado.

Ainda na esteira desse pronunciamento, contrário senso, em não tendo a pessoa jurídica de direito privado, instituída pelo Poder Público, real autonomia administrativa, técnica e financeira, como sói ser o caso da FUNTEC, aliado ao fato de não exercer atividade econômica, a relação com seu pessoal não está subordinada a norma coletiva, quer seja via acordo, convenção ou dissídio.

Nesse aspecto vale ressaltar que a Fundação Televisão e Rádio Educativa do Amazonas não pode sequer "vender seus serviços", de vez que está proibida, contrariamente as empresas privadas que também exploram aquele tipo de atividade via concessão do Poder Público, de veicular propagandas. Sua finalidade é cultural e não comercial, por força do ato federal que concedeu ao Estado autorização para explorar aquele tipo de atividade.

Por outro lado, não devemos esquecer que os dispositivos constitucionais não podem ser interpretados isoladamente. Existem óbices na própria Carta Magna que impossibilitam juridicamente a aplicação de convenção coletiva, citando-se: **A despesa com pessoal ativo ou inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá**

**exceder os limites estabelecidos em lei complementar, e a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreira, bem como a admissão de pessoal a qualquer título, pelos órgãos da administração direta ou indireta, inclusive fundações mantidas pelo Poder Público - hipótese em que se enquadra a FUNTEC, só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentaria, suficiente para atender às projeções de despesa e aos acréscimos dela resultantes e se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas pública e as sociedades de economia mista (arts. 169 e 173, § 1º); além do que os entes públicos não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes (art. 38 do Ato das Disposições Transitórias).**

Sem esquecer o estabelecido pelo art. 165, § 5º, I, da C.F., cuja redação foi transcrita pela nossa Constituição Baré (art. 157, § 5º, I), determinando que **a lei orçamentaria anual compreenderá o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.**

Apenas para aclarar, o fato do legislador constituinte assegurar ao servidor público direito à sindicalização não significa que a administração pública fique sujeita às normas coletivas de trabalho, posto que os entes públicos estão submetidos à observância de outros preceitos constitucionais, no que toca à despesa pública, daí a razão da restrição imposta.

Se alguma dúvida tivéssemos, com a edição da Lei Estadual n.º 2.330, de 29 de maio de 1995, certamente estaria dissipada, já que em seu art. 8º, parágrafo único, foi dito expressamente: **integra ainda a Administração Indireta a Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas.**

À vista de todo o exposto, deixo de aprovar o parecer acima mencionado, entendendo que a referida Convenção

Coletiva não pode ser aplicada aos empregados da FUNTEC, já que os entes públicos, neles compreendidos àqueles mantidos pelo Poder Público, em face da obediência devida ao princípio da legalidade, encontram-se impedidos de transigirem no que diz respeito a matéria reservada em lei.

Encaminho os presentes autos à superior consideração do Procurador Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO, em  
Manaus, 02 de junho de 1995.

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora Chefe da PPT

**PROCESSO N.º 618/95 - PPT/PGE**

**ASSUNTO:** Consulta acerca da sujeição dos servidores da FUNTEC às normas estabelecidas por sindicatos da categoria profissional, em texto de Convenção Coletiva de Trabalho.

**INTERESSADA:** FUNTEC

**DESPACHO:**

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o pronunciamento-despacho da ilustre Procuradora-Chefe da PPT/PGE, de fls., assentando que o pessoal da FUNTEC, por ser uma legítima fundação governamental, sem qualquer competitividade ou exploração econômica de imagem televisiva ou de programas de televisão, não está subordinada às normas da Convenção Coletiva de Trabalho, em termos de fixação de níveis de pisos salariais, uma vez que as fundações públicas amazonenses obedecem aos níveis da política salarial do Governo do Estado, quando das alterações dos níveis de retribuição do salário-mínimo ou dos reajustes dos vencimentos do funcionalismo público estadual, asseguradas, todavia, ao pessoal da FUNTEC

todos os demais direitos trabalhistas e de seguridade social, instituídos por lei, em face mesmo da natureza do regime trabalhistas dos contratos de trabalho.

DEVOLVA-SE, à guisa de resposta, o presente Processo ao gabinete da Diretora-Presidente da FUNDAÇÃO TELEVISÃO E RÁDIO CULTURA DO AMAZONAS - FUNTEC.

Gabinete do Procurador-Geral do Estado, em Manaus,  
12 de junho de 1995.

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Procuradora-Geral do Estado, em exercício

**TRABALHOS FORENSE**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.**

**O ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado por seu Procurador-Geral subfirmado, amparado nas disposições dos artigos 5º, LXIX, da Constituição Federal, e 1º, da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, combinados com o art. 12, item XXXII, alínea e, do Código Judiciário do Estado, vem, respeitosamente, impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR** contra atos ilegais e abusivos praticados pelo **EXMº SR. DESEMBARGADOR DANIEL FERREIRA DA SILVA**, pelos motivos e fundamentos fáticos e jurídicos a seguir alinhados:

**SUMA DOS FATOS**

A extinta Sociedade de Habitação do Estado do Amazonas, hoje sucedida pela **SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE HABITAÇÃO (SUHAB)**, órgão da Administração direta do impetrante, propôs Ação Rescisória contra Maria Luiza de Santana Lima (DOC.1), que tramitou nas Egrégias Câmaras Reunidas dessa Augusta Corte de Justiça, processo que presentemente se encontra em grau de recursos especial e extraordinário, interpostos pela mencionada Sociedade de Habitação.

No curso da referida ação, foi impugnado pela ré o valor da causa, incidente que foi julgado procedente pelo ilustre Relator que determinou que à rescisória fosse atribuído o mesmo valor dado à causa originária, com a sua devida correção.

A partir daí, a autoridade impetrada, proferiu despachos ordenando a autora da rescisória que completasse o valor do depósito de que fala o inciso II, do art. 488 do Código de Processo Civil.

É importante observar, que os despachos ordenatórios da autoridade judicial, no caso o Relator da ação rescisória, ora impetrado, foram sempre e invariavelmente no sentido de que fosse completado o valor do mencionado depósito e contra isso a autora da ação (**Superintendência de Habitação do Estado do Amazonas-SUHAB**), representada no feito pela Procuradoria Geral do Estado, vem se rebelando justificadamente, por meio de procedimentos processuais legítimos, porque legais, visto que nunca lhe foi dada a oportunidade de se manifestar sobre os cálculos de atualização do valor da ação, sobre o qual incidiu diretamente o percentual de 5% de que trata o aludido dispositivo processual (DOCs 2/4).

Com maior razão a SUHAB se insurge contra a determinação judicial increpada, uma vez que, como demonstrado nos autos, baldados foram todos os esforços da PGE, visando ter vista da conta, para examiná-la e impugná-la, sendo insuportável a negação desse direito, negação essa tanto mais intolerável porque fere o direito de defesa, quebrando o equilíbrio de tratamento que o juiz deve dispensar às partes, como lhe é determinado pelo art. 125 do CPC e o cânone constitucional do art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Ora, é compreensível, assim, o dever da PGE de exercitar, como vem fazendo, na forma da lei, o direito de defesa do Estado, cujo erário não pode nem deve ser obrigado a suportar esse ônus financeiro injusto, ilegal e abusivo que lhe quer impor a ordem judicial em comento.

Entretanto, nada obstante tratar-se, **in casu**, de um órgão da administração estadual direta, imune à obrigatoriedade do depósito em questão ou mesmo do pagamento da multa em que ele se converte, na hipótese de improcedência da ação rescisória, mesmo assim, contrariando violentamente o preceito do parágrafo único do art. 488, do CPC e em absoluto desprezo às normas processuais e constitucionais atinentes ao direito de ampla defesa assegurados no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal -, no dia 23 de agosto de 1995, o ilustre Relator da Ação Rescisória, Desdor. Daniel Ferreira da Silva, ora impetrado, exarou novo despacho, do seguinte teor :

**“Intime-se o Superintendente da Superintendência Estadual de Habitação (SUHAB), sucessora da Sociedade de Habitação do Estado do Amazonas (SHAM), para depositar em juízo, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o valor da conta de folhas 29, dos autos do incidente procedimental, como valor da multa a que foi condenada na Ação Rescisória, nos termos dos acórdãos de folhas 181/190 e 207/210. (DOCs. 5/7).**

Assim, na ausência de outro recurso cabível que desse efeito modificativo ao r. despacho supra, o qual também subverte os princípios e normas processuais atinentes à execução contra a Fazenda Pública, o Estado do Amazonas protocolou, no dia 25 de agosto de 1995, arrimando-se no art. 28, incisos XXX e XLIX da Lei n.º 1503, de 30.12.1981 (Lei de Organização Judiciária), petição dirigida ao Exmo. Sr. Desdor. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, visando, por essa via, a providência do chamamento do processo à ordem para determinar fosse dado vistas ao Estado do Amazonas a fim de, no prazo de 5 (cinco) dias, examinar e se manifestar sobre a conta de fis. 39, dos autos de impugnação ao valor da causa, sob pena de cerceamento de defesa (DOC.8).

Essa postulação, entretanto, não logrou êxito porque V. Ex<sup>a</sup>, não tendo competência jurídica para conhecer do pedido encaminhou-o ao ilustre impetrado, o Relator da ação.

Em conseqüência, a autoridade coatora, na data de 16 de outubro de 1995, proferiu novo despacho, em cópias xerográficas anexas (DOC n.º 9), de cujo teor se destacam os seguintes trechos:

“.....  
..... **OS SEUS ATOS SÃO ATENTATÓRIOS A DIGNIDADE DA JUSTIÇA. CONFIGURA-SE AQUI, PELO ESTADO DO**

**AMAZONAS, ATRAVÉS DE SEU PROCURADOR COM PODERES NOS AUTOS, A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. POR ISSO, NOS TERMOS DO ART. 601, DA LEI ADJETIVA CIVIL, PROÍBO-LHE, QUE DAQUI POR DIANTE FALE NOS AUTOS, APLICANDO-LHE TAMBÉM TODAS AS PENAS PREVISTAS NO MENCIONADO ARTIGO 601, DA LEI ADJETIVA CIVIL.**

**AS PETIÇÕES DO EMINENTE PROCURADOR DO ESTADO, DESIGNADO PARA FUNCIONAR NA AÇÃO RESCISÓRIA E NO INCIDENTE PROCEDIMENTAL, DEMONSTRAM RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA AS ORDENS JUDICIAIS, PROCRASTINANDO O PROCESSO, RETARDANDO O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS.**

**UMA DEMONSTRAÇÃO EVIDENTE DO QUE AFIRMA ESTE RELATOR É QUE O PROCURADOR DESIGNADO NOS AUTOS DA AÇÃO RESCISÓRIA, SABE QUE O EXMP<sup>º</sup> SR. PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NÃO É COMPETENTE PARA CONHECER DE SUAS PETIÇÕES, QUANDO O PROCESSO TEM RELATOR DESIGNADO, E QUANDO O TRIBUNAL ESTÁ EM PLENO FUNCIONAMENTO. MESMO ASSIM, DIRIGE A PETIÇÃO AO PRESIDENTE, PROCURANDO LOGRAR ÊXITOS EM ARRAZOADOS DESPROVIDOS DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA, A FIM DE RETARDAR, PROCRASTINAR E ATENTAR CONTRA A DIGNIDADE DA JUSTIÇA.**

Em seguida, no despacho sob exame, a autoridade coatora dando como configurado a prática do crime de desobediência, pelo Sr. Superintendente da SUHAB, ordenou, sob essa motivação, a sua prisão e recolhimento ao cárcere, fato que ensejou a impetração de **habeas corpus** junto ao Superior

Tribunal de Justiça-STJ, tendo o Min. Relator concedido medida liminar para suspender a ilegal e abusiva ordem de prisão, até a decisão final do writ, conforme documento anexo. (DOC 9-A).

## **DO DIREITO LIQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE Atentado ao Exercício da Advocacia Pública**

As petições, os requerimentos, as impugnações e as reclamações, assim como a interposição dos recursos, nada mais são, na prática, do que a efetivação do exercício do DIREITO LIQUIDO E CERTO, erigido a norma máxima, insculpida entre OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, pela vigente Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, **verbis**:

"AOS LITIGANTES, EM PROCESSO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVO, E AOS ACUSADOS EM GERAL SÃO ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, COM OS MEIOS E RECURSOS A ELA INERENTES".

É estranho, incompreensível e inadmissível que a autoridade impetrada veja no exercício desse direito líquido e certo, amparado em dispositivo constitucional, ato atentatório à dignidade da justiça, ou de litigância de má-fé.

Como já foi referido, A AUTORA DA ALUDIDA AÇÃO RESCISÓRIA NUNCA TEVE VISTA PARA EXAMINAR E IMPUGNAR OS CÁLCULOS DE ATUALIZAÇÃO DO VALOR DA AÇÃO, PARA EFEITO DE INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL DE 5% A QUE SE REFERE O ART. 488, DO CPC.

Ressalte-se que os cálculos estão aritmeticamente errados, sendo pacífico o entendimento de que erros de cálculos não transitam em julgado nem operam preclusão, como se pode constatar das seguintes notas do ilustre Theotônio Negrão:

"A doutrina e jurisprudência afirmam entendimento no sentido de, constatado erro de cálculo, admitir-se seja a sentença

corrigida, de ofício ou a requerimento da parte, ainda que haja ela transitado em julgado" (RJTJ 40/497 e STJ-RT 690/171).

.....  
"O erro de conta, imputado ao contador, não passa em julgado, desde que, sobre o mesmo não tenha havido discussão e decisão" (STJ-4ª Turma, REsp 10.659-0-MG - rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 5.5.92, não conheceram, v. u., DJU 1.6.92, p. 8050, 2ª col., em.). In Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 25ª ed. p. 333/4. Malheiros Editores.

Bem se vê, é indubitoso que o fundamento inspirador dessa posição dos Tribunais repousa no princípio de Direito que repudia a idéia de que alguém possa se locupletar do que não lhe pertence. Com efeito, ao Direito repugna, sem nenhuma transigência, o enriquecimento sem causa, sobretudo a apropriação indevida dos recursos públicos.

Por isso que, ainda que repelidos os recursos e mandados de segurança manifestados anteriormente, o impetrante insiste, DE FORMA JUSTA E LEGÍTIMA, em opor-se a obedecer a ordem para pagar o discutido valor, sem, antes, exercer o direito de examinar, conferir e impugnar tais cálculos, como lhe assegura a Constituição Federal e a Lei Processual Civil.

Por conseguinte, postular no processo contra esse cerceamento de defesa do Poder Público é um dever indeclinável e intransferível do Procurador, a quem a Constituição e as Leis do País atribuíram a alta responsabilidade de representar e defender judicialmente os interesses do Estado.

A advocacia pública, como a advocacia em geral, constitui atividade indispensável à administração da Justiça, sendo essencial, pois, garantir-lhe, em nome dos interesses públicos que representa, a amplitude do seu livre e legítimo exercício.

Se assim é, jamais terá cabimento a alegação maliciosa de que o Procurador do Estado, Dr. Jari Vargas, esteja praticando atos atentatórios a dignidade da Justiça configuradores de litigância de má-fé ou de resistência injustificada às ordens judiciais, ou que tais medidas de defesa do Estado seriam meros atos de procrastinação e retardamento das decisões judiciais, como quer fazer crer a autoridade coatora, ora impetrada. Aliás, louve-se aqui a competência e a atuação incensurável e incansável do Procurador Jari Vargas, mercê de cuja tenacidade e denodo não se consumou o injusto prejuízo financeiro que a decisão atacada insiste em impor ao Estado do Amazonas.

## DA ILEGALIDADE E DO ABUSO DE PODER

### A SUHAB Está Isenta do Depósito Por Ser Um Órgão da Administração Direta Estadual

Ainda que à autora da rescisória não tivesse sido negado o direito de conferir os cálculos do valor da ação, não podia a autoridade coatora, com a devida vênia, determinar-lhe coercitivamente o pagamento do percentual de que cuida o art. 488-II, do CPC, pelas razões seguintes:

a) o parág. único, do art. 488, do CPC, é explícito:

**“NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO N.II - UNIÃO, AO ESTADO, AO MUNICÍPIO E AO MINISTÉRIO PÚBLICO”. (destacou-se)**

b) o art. 490-II, do CPC, é claro em que a falta do depósito em discussão é causa apenas do indeferimento da petição da inicial, **JAMAIS DETERMINAÇÃO COERCITIVA DE PAGAMENTO IMEDIATO SEM OBSERVÂNCIA. NOTADAMENTE, DOS PRINCÍPIOS E NORMAS QUE REGEM A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA;**

c) o art. 494, do mencionado estatuto processual manda reverter o valor do depósito em favor do réu, no caso de

insucesso da rescisória. Logo, admitindo-se, só para argumentar, que a Fazenda Pública não estivesse desobrigada, somente o réu, **após o trânsito em julgado da decisão**, poderia promover a execução dessa parcela contra o autor, mesmo assim em estrita observância ao disposto no art. 100 da Constituição Federal e art. 730 do CPC. A iniciativa da autoridade coatora em obrigar ilegalmente a Fazenda estadual, sucessora da autora da rescisória, a pagar na boca do cofre, sem mais formalidades a verba em discussão, afronta indubitavelmente o art. 2º, do CPC, bem como o mandamento constitucional que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ferindo igualmente a garantia do devido processo legal, pela autoridade judiciária competente, segundo preceituam os incisos II e LIII do art. 5º da Lei Fundamental da República;

d) a falta de um **processo de execução**, com o direito de a devedora oferecer embargos, como determina a lei, cerceia totalmente sua defesa, afrontando novamente o cânone constitucional que assegura aos litigantes o devido processo legal, com total desprezo e afronta aos dispositivos do Código de Processo Civil que regulam o processo de execução e a oposição de embargos;

e) considerando-se especialmente a circunstância de que, desde o advento da Lei Estadual n. 2.330 de 29.05.95, que extinguiu a antiga empresa pública que era a SHAM, transformando-a em Superintendência estadual, portanto, **órgão da administração direta do Amazonas**, torna-se evidente que Fazenda Estadual passou a substituir a antiga autora da ação rescisória, razão pela qual, contra ela, agora SUHAB, o processo de execução deve obedecer imperiosamente as normas dos artigos 100 § 1.º e 2.º da Constituição Federal, 68, § § 1.º e 2.º da Carta Estadual e 730 e incisos I e II, do CPC.

Percebe-se, então, que os atos increpados praticados pela autoridade coatora **configuram inequivocamente, com todo o respeito devido ao Poder Judiciário, explícita ilegalidade e abuso de poder**, contrariando o ordenamento jurídico maior do País, **sem decisão transitada em julgado, sem**

**provocação da via executiva, sem precatório nem prévia dotação orçamentária, constituindo-se a determinação desse pagamento em constrição violenta e sem qualquer amparo em nenhuma norma ou preceito legal.**

## **DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ESPÉCIE**

As decisões mais recentes emanadas do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, acentuam de forma incontroversa a ilegalidade e abusividade do ato da autoridade impetrada, como se constata das seguintes ementas:

**“ Processual Civil - Ação Rescisória - Fazenda Pública - Dispensabilidade do Depósito do Valor da Causa - Multa - Reversão Descabida - Artigos 488, II, e Parágrafo único, e 494, CPC.**

**1. Na ação rescisória movida pela Fazenda Pública o depósito prévio deixa de ser condição de procedibilidade e fica desvestido da sua função inibidora na multiplicidade de acionamento judicial. Goza a atividade fazendária ínsita presunção de que procede com seriedade e necessidade, circunstâncias que elidem as considerações para a exigência do depósito.**

**2. Outrossim, a multa não tem caráter indenizatório e não visa compensar o parte vencedora de possíveis prejuízos, mas reprimir abuso no exercício do direito de ação.**

**3. Recurso improvido”. (REsp. 4.999-0 SP. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Turma, j. 01.06.95. Anexo DOC. 10).**

## "HABEAS CORPUS. PAGAMENTO SEM PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRECEITO CONSTITUCIONAL.

O poder executivo não pode ser compelido a efetuar pagamento sob ameaça de prisão de secretário de Administração do Estado, se ausentes a dotação orçamentária e procedimento estabelecido pela Constituição Federal. Coação reparável através do remédio heróico.

Ordem concedida" (HC N.º 1288-3-PB. Rel. Min. José Cândido, 6ª T. j. 27.10.92 DOC. 11).

## DA SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

De há muito o colendo Supremo Tribunal Federal vem abrandando o rigor da norma constante do art. 5º, item II, da Lei nº1.533/51, primeiramente com edição de suas súmula 267 e 268 e posteriormente com o entendimento favorável ao cabimento do mandado de segurança, **quando flagrante a ilegalidade ou abuso de poder, ou diante da possibilidade de dano de difícil reparação**, tendência que tem sido observada também pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sua recente jurisprudência, como se colhe das seguintes decisões colacionadas por Theotônio Negrão:

"O STF tem abrandado o rigor desta Súmula, para admitir o mandado de segurança quando a decisão, embora comporte recurso sem efeito suspensivo, pode acarretar dano de difícil reparação" (RTJ 70/504, 72/743, 81/879, 84/1.071, 89/159, 91/181, 94/274, 95/335, 97/916, 103/215, 111/1376; v. tb. RT 503/222, 521/270, 592/257, JTA 56/140), ou é proferida por juiz incompetente (v. Min. Thompson Flores, em RTJ 72/749).

Há um acórdão do STJ do seguinte teor: ' Cabe mandado de segurança contra ato judicial, INDEPENDENTEMENTE DO RECURSO CABÍVEL, se **evidente a ilegalidade ou abuso de poder**' (STJ 5ª Turma, RMS 2.140-3-SP, rel. Min. Costa Lima, j. 9.12.92, p. 468, 1ª col. em.) Op. cit. p. 1.105. destaques pelo impetrante.

## O PEDIDO

Encontram-se, portanto, presentes e bem visíveis no caso que se discute, ambos os pressupostos exigidos pela lei, doutrina e a jurisprudência como condicionadores da admissibilidade deste mandado de segurança contra atos judiciais apontados. (Despachos proletados pelo eminente Desdor. impetrado) tanto o que exige o depósito da quantia em dinheiro, no prazo de quarenta e oito horas - ordem essa que ainda remanesce e se mantém viva - como, igualmente, a ordem impeditiva de o Procurador (leia-se Procurador Geral do Estado do Amazonas-PGE) atuar no processo, afrontosa à ordem jurídica e atentatória ao legítimo e indispensável exercício da Advocacia Pública.

Realmente, a **translúcida ilegalidade**, como já ficou demonstrada acima e a **concreta iminência de dano financeiro de impossível reparação**, com inegáveis prejuízos materiais morais ao Estado do Amazonas, em consequência com da injusta exigência do pagamento do depósito questionado, bem como da atribuição da litigância de má-fé por parte do Poder Público e, igualmente a violenta proibição de seus Procuradores requerem nos autos, tudo assim está demonstrando e comprovando, a mais não poder, o cabimento desta impetração, bem como a necessidade de seu pronto conhecimento e provimento por esse Egrégio Tribunal de Justiça.

## DA CONCESSÃO LIMINAR DA SEGURANÇA

Por último, estando satisfatoriamente comprovada a existência dos pressupostos ou fundamentos jurídicos

ensejadores do cabimento e concessão da segurança, bem como a inquestionável relevância do pedido e o indubitoso **periculum in mora**, aludidos no art. 7, II, da lei de regência, faz-se imperiosa, **data máxima venia**, a concessão liminar da segurança, ordenando-se a imediata suspensão dos atos atacados (Despachos decisórios. Docs. n.ºs. 05 a 07 e 09), na parte em que tais atos agredem o ordenamento jurídico, dando-se, afinal, integral provimento à presente impetração com a confirmação da medida liminar, para todos efeitos legais.

Atribuindo à causa o valor de R\$1.000,00

Pede deferimento.

Manaus, 23 de outubro de 1995.

**OLDENEY SÁ VALENTE**

Procurador-Geral do Estado do Amazonas

**TRIBUNAL PLENO**

**MANDADO DE SEGURANÇA N.º 29500728-1/ MANAUS-AM**

**IMPETRANTE:** O Estado do Amazonas

**IMPETRADO:** Exmo. Sr. Desembargador Daniel Ferreira da Silva

**RELATOR:** Desdor. Ataliba David Antonio

**DESPACHO :**

O Estado do Amazonas ingressou com o presente Mandado de Segurança com pedido de liminar contra atos do Exmo. Sr. Desdor. Daniel Ferreira da Silva.

Estando reunidos neste "mandamus" os pressupostos previstos no inciso II, do art. 7º, da Lei n.º 1.533/51, pertinentes a concessão da liminar pleiteada, a qual defiro, para determinar a suspensão dos atos atacados constantes dos documentos de fls. 48 e 59 usque 65.

Notifique-se a autoridade coatora para tomar conhecimento deste despacho e prestar as informações que julgar necessárias, querendo, no prazo da lei.

Manaus, 25 de outubro de 1995.

**DESDOR. ATALIBA DAVID ANTONIO**  
Relator

## EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

**OLDENEY SÁ VALENTE**, brasileiro, casado, Procurador-Geral do Estado do Amazonas, com endereço na Rua Ferreira Pena n.º 366, Centro, nesta capital, amparado nos termos dos artigos 5º, incisos LIV, LXI, LXVII LXVIII, e 105, I, letra c, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal, bem como nas disposições do art. 13, I, a, do Regimento Interno dessa Egrégia Corte Superior, vem impetrar uma **ORDEM DE HABEAS-CORPUS** em favor do Senhor **ARMANDO SILVA DO VALLE**, brasileiro, separado judicialmente, Superintendente Estadual de Habitação (SUHAB), com endereço na Av. Epaminondas n.º 600, contra ato ilegal e abusivo praticado pelo **EXMº SR. DR. DANIEL FERREIRA DA SILVA, DESEMBARGADOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS**, pelos motivos e fundamentos a seguir alinhados:

### RESUMO FÁTICO

A Sociedade de Habitação do Estado do Amazonas, sucedida pela **SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE HABITAÇÃO (SUHAB)**, propôs Ação Rescisória contra Maria Luiza de Santana Lima (DOC.1), que tramitou nas Egrégias Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, processo que se encontra em grau de recursos especial e extraordinário, interpostos pela extinta Sociedade de Habitação, hoje, SUHAB

No curso da referida ação, foi impugnado o valor da causa, incidente que foi julgado procedente pelo ilustre Relator que determinou que à rescisória fosse atribuído o mesmo valor dado à causa originária, com a sua devida correção.

A partir daí, a autoridade impetrada, proferiu despachos ordenando a autora da rescisória que completasse o valor do depósito de que fala o inciso II, do art. 488 do Código de Processo Civil.

É importante observar, que os despachos ordenatórios da autoridade judicial, no caso o Relator da ação rescisória, foram sempre no sentido de que fosse completado o mencionado depósito de que trata o inciso II do art. 488 do CPC, e contra isso a autora da ação (Superintendência de Habitação do Estado do Amazonas -SUHAB), representado no feito pela Procuradoria Geral do Estado, vem se rebelando justificadamente, por meio de procedimentos processuais legais, visto que nunca lhe foi dada a oportunidade de se manifestar sobre os cálculos de atualização do valor da ação, sobre o qual incidiu o percentual de 5% de que trata o mencionado dispositivo processual (DOCs 2/4).

Com maior razão a SUHAB se insurge contra a determinação judicial increpada, uma vez que, como demonstrado nos autos, baldados foram todos os esforços da PGE, visando ter vista da conta, para impugná-la, sendo insuportável a negação desse direito, negação essa que fere o direito de defesa, quebrando o equilíbrio de tratamento que o juiz deve dispensar às partes, como lhe é determinado pelo art. 125 do CPC e o cânone constitucional do art. 5º, do inciso LV da Constituição da República.

Ora, é compreensível, assim, o dever da PGE de exercer, como vem fazendo, o direito de defesa do Estado, cujo erário não pode nem deve ser obrigado a suportar esse ônus financeiro ilegal que lhe quer impor a ordem judicial em comento.

Entretanto, nada obstante trata-se, *in casu*, de um órgão da administração estadual direta, imune à obrigatoriedade do depósito em questão, mesmo assim, contrariando violentamente o preceito do parágrafo único do art. 488, do CPC e em absoluto desprezo às normas processuais e constitucionais atinentes ao direito de ampla defesa assegurados no 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal -, no dia 23 de agosto de 1995, o ilustre Relator da Ação Rescisória, Desdor. Daniel Ferreira da Silva, exarou novo despacho, do seguinte teor:

"Intime-se o Superintendente da Superintendência Estadual de Habitação (SUHAB), sucessora da Sociedade de

Habitação do Estado do Amazonas (SHAM), para depositar em juízo, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o valor da conta de folhas 29, dos autos do incidente procedimental, como valor da multa a que foi condenada na ação Rescisória, nos termos dos acórdãos de folhas 181/190 e 207/210. DOCs. 5/7).

Na ausência de outro recurso cabível que desse efeito modificativo ao r. despacho supra, o qual também subverte os princípios e normas processuais atinentes à execução contra a Fazenda Pública, o Estado do Amazonas, protocolou no dia 25 de agosto de 1995, arrimando-se no art. 28, incisos XXX e XLIX da Lei n.º 1503, de 30.12.1981 (Lei de Organização Judiciária), petição endereçada ao Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, visando por essa

**SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE HABITAÇÃO (SUHAB), ATÉ QUE CUMpra A DECISÃO JUDICIAL, POR INFRINGIR O ART. 330, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.**

**DETERMINO QUE O PRESO SEJA RECOLHIDO AO QUARTEL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO, SE TIVER CURSO SUPERIOR, DEMONSTRADO COM O RESPECTIVO DIPLOMA. CASO NÃO O TENHA, QUE SEJA RECOLHIDO A PENITENCIÁRIA CENTRAL DO ESTADO, ATÉ QUE SEJA PRESTADA A COMPETENTE FIANÇA, DEPOIS DE CUMPRIR A DECISÃO DA JUSTIÇA" (DOC. 9).**

O ato increpado importou, **data máxima venia**, o mais grave dos atentados à liberdade da pessoa física do ser humano, violando injustificadamente as normas dos mencionados incisos LIV, LXI e LXVII, do art. 5º, além de contrariar o art. 100, da Constituição Federal, e negando vigência, além de outros, aos

artigos 2º, 488, parág. único, 490-II, 730, e todos os demais que disciplinam o processo de execução e de embargos, constantes do Código de Processo Civil, representando o ato acoimado uma medida arbitrária e truculenta, só comparável aos atos praticados pelos tiranos das épocas primevas, anteriores à existência do estado de direito.

Com efeito, é sabido que dívida só foi causa de prisão até o antigo Direito Romano, em que o devedor ainda respondia com o seu próprio corpo, que era entregue ao credor que dele podia dispor, como lhe aprouvesse, inclusive vendendo-o como escravo. Posteriormente, a prisão por dívida só passou a ser tolerada nos expressos casos previstos na Constituição Federal e está não autoriza a abusiva e ilegal constrição que se quer evitar com o presente **habeas corpus**.

### DA DOUTRINA

Efetivamente, todas as constituições democráticas pelo mundo afora, consagraram entre as garantias fundamentais o **devido processo legal com o contraditório e a ampla defesa** e o **respeito à liberdade individual**, por isso que, com razão, diz o emérito Cretella Jr.:

“DEVIDO PROCESSO LEGAL é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o *contraditório* e a *produção* de todo tipo de prova - desde que obtida por meio lícito - , prova que entenda seu advogado dever produzir, em juízo. SEM PROCESSO E SEM SENTENÇA OU PROLATADA ESTA POR MAGISTRADO INCOMPETENTE NINGUÉM SERÁ PRIVADO DA LIBERDADE OU DE BENS (“Comentários à Constituição de 1988”, v.I, p.530, Forense. Destaques em caixa alta pelo impetrante).

“Ora, ponderando-se que nem todos que são *acusados* podem ser *criminosos*, e que perante os princípios de justiça absoluta, só depois de *sentença condenatória irrevogável*, desaparece a presunção de que não é culpado, aquele cuja responsabilidade criminal a autoridade pública procura por meio de *fórmulas processuais*, compreende-se que só por necessidade pode o poder social servir-se da *prisão preventiva* que, no caso de *inocência do acusado*, constituirá a MAIS GRAVE OFENSA A LIBERDADE INDIVIDUAL” (Op. cit. p. 553/4. Destaques no original).

### DA INFRAÇÃO AS NORMAS FORMAIS

Ainda que a autora da rescisória não tivesse sido negado o direito de conferir os cálculos do valor da ação, não podia a autoridade coatora, com a devida vênia, determinar coercitivamente o pagamento do percentual de que cuida o art. 488-II, do CPC, pelas razões seguintes:

a) o parág. único, do art. 488, do CPC, é explícito:

**“NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO N.II À UNIÃO, AO ESTADO, AO MUNICÍPIO E AO MINISTÉRIO PÚBLICO”. (DESTACOU-SE)**

b) o art. 490-II, do CPC, é claro em que a falta do depósito em discussão é causa apenas do indeferimento da petição da inicial, JAMAIS DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO;

c) o art. 494, do mencionado estatuto processual manda reverter o valor do depósito em favor do réu, no caso de insucesso da rescisória. Logo, admitindo-se, só para argumentar, que a Fazenda Pública não estivesse desobrigada, somente o réu, **após o trânsito em julgado da decisão** poderia promover a execução de sua parcela contra o autor, mesmo assim em estrita observância

ao disposto no art. 100 da Constituição Federal e art. 730 do CPC. A iniciativa da autoridade coatora em obrigar ilegalmente a Fazenda Estadual, sucessora da autora da rescisória, a pagar na boca do cofre, sem mais formalidades a verba em discussão, afronta indubitavelmente o art. 2º, do CPC, bem como o mandamento constitucional que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, ferindo igualmente a garantia do devido processo legal, pela autoridade judiciária competente, segundo preceituam os incisos II e LIII do art. 5º da Lei Fundamental da República;

d) a falta de um **processo de execução**, com o direito de a devedora oferecer embargos, como determina a lei, cerceia totalmente sua defesa, afrontando novamente o cânone constitucional que assegura aos litigantes o devido processo legal, com total desprezo e afronta aos dispositivos do Código de Processo Civil que regulam o processo de execução e a oposição de embargos;

e) considerando que, desde o advento da Lei Estadual n.º 2.330 de 29.05.95, que extinguiu a antiga empresa pública que era a SHAM, transformando-a em Superintendência estadual, portanto, órgão da administração direta do Amazonas, torna-se evidente que a Fazenda Estadual passou a substituir a antiga autora da ação rescisória, razão pela qual, contra ela, agora SUHAB, o processo de execução deve obedecer imperiosamente às normas dos artigos 100, da Constituição Federal e 730 do CPC.

Bem se vê, então, que o Senhor Superintendente da SUHAB, ao resistir no cumprimento dessa ordem ilegal e abusiva, o fez com toda a razão, pois atendê-la, contrariando o ordenamento jurídico do País, sem decisão transitada em julgado, sem precatório nem prévia dotação orçamentária, ai sim, importaria crime essa conduta que o administrador público se recusou a dotar e por isso sofre a ameaça de prisão, conquanto essa violenta constrição não encontre amparo em nenhuma norma ou preceito legal.

Por outro lado, é elementar o conhecimento de que

não só a Fazenda Pública não está obrigada ao depósito prévio, em caso de ação rescisória (Lei n.º 6.830/80), como, de igual modo, segundo a jurisprudência prevalecte desta Eg. Corte, **“mesmo quando vencida, na ação rescisória, em votação unânime”** a Fazenda Pública não está sujeita à multa, em que se teria convertido o depósito inicial.

### DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ESPÉCIE

No julgamento do Habeas Corpus nº 1.169-0 - SP, julgado pela Eg. 5ª Turma dessa Corte de Justiça, o eminente relator, Min. Costa Lima, em seu voto, enfatizou:

“.....  
A prisão de qualquer cidadão pode decorrer:

- a) de uma pena resultante de uma ação criminal com sentença transitada em julgado;
- b) de uma prisão processual, em flagrante, temporária, preventiva, decorrente de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível;
- c) prisão civil, aplicável ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel - CF, art. 5º, LVII e
- d) prisão administrativa.

DESSE MODO, FICA DIFÍCIL COMPREENDER ESSÉS DECRETOS DE PRISÃO DE ADMINISTRADORES, AO FUNDAMENTO DE QUE DESOBEDECERAM A UMA ORDEM JUDICIAL.

Ora, é comezinho que, se a desobediência já se efetivou, O JUIZ, NO MESMO PROCESSO CIVIL, NÃO PODE DECRETAR PRISÃO, mas, única e exclusivamente, enviar peças dos autos ao Ministério

Público, a fim de que promova a ação penal competente, se a tanto concluir” (“LEX Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais”, v. 35, p. 289/295. Destaques nesta transcrição).

As decisões mais recentes emanadas desse Egrégio Tribunal, acentuam de forma indubitosa a ilegalidade e abusividade do ato da autoridade impetrada, como se constata das seguintes ementas:

“ Processual Civil - Ação Rescisória - Fazenda Pública - Dispensabilidade do Depósito do Valor da Causa - Multa - Reversão Descabida - Artigos 488, II, e Parágrafo único, e 494, CPC.

I. Na ação rescisória movida pela Fazenda Pública o depósito prévio deixa de ser condição de procedibilidade e fica desvestido da sua função inibidora na multiplicidade de acionamento judicial. Goza a atividade fazendária ínsita presunção de que procede com seriedade e necessidade, circunstâncias que elidem as considerações para a exigência do depósito.  
2. Outrossim, a multa não tem caráter indenizatório e não visa compensar a parte vencedora de possíveis prejuízos, mas reprimir abuso no exercício do direito de ação.

3. Recurso improvido”. (REsp. 4.999-0 SP . Rel. Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Turma, j. 01.06.95. Anexo DOC. 10).

“ PRISÃO. JUÍZO CÍVEL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ILEGALIDADE.

Prisão ordenada por Juiz Federal no exercício da jurisdição cível em precatória extraída de autos de ação de medida

cautelar inominada para conversão de cruzados novos em cruzeiros.

**Ilegalidade.**

Falta competência ao juízo cível para ordenar prisão por desobediência, na ausência de previsão legal. Hipótese que não se identifica com prisão por dívida alimentícia ou depositário infiel.

Por outro lado, eventual prisão em flagrante, por crime de desobediência, admite prestação de fiança, constituindo ilegalidade a negativa desta, em face do que dispõe a Constituição Federal (art. 5º, LXVI) e o Código de Processo Penal (arts. 322 e segs.).

Habeas Corpus concedido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Recurso Especial não conhecido" (REsp. n.º 21021-9-GOIAS, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª Turma, j. 24.06.92. Anexo, DOC. 11).

**"HABEAS CORPUS. PAGAMENTO SEM PREVISÃO ORÇAMENTARIA. VIOLAÇÃO AO PRECEITO CONSTITUCIONAL.**

O poder executivo não pode ser compelido a efetuar pagamento sob ameaça de prisão de secretário de Administração do Estado, se ausentes a dotação orçamentária e procedimento estabelecido pela Constituição Federal. Coação reparável através do remédio heróico.

Ordem concedida" (HC N.º 1288-3-PB. Rel. Min. José Cândido, 6ª T. j. 27.10.92).

## **CONCLUSÃO**

Fica desse modo, sobejamente demonstrada a ostensiva ilegalidade do ato guerreado, por traduzir ele ofensa frontal a vários dispositivos da Constituição Federal da lei adjetiva

civil, bem como ao entendimento pacífico da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores do País, como robustamente demonstrado linhas acima, justificando-se amplamente a impetração e a **concessão liminar** da medida reparadora objeto desta postulação.

Por todo o exposto e considerando o iminente cumprimento da determinação judicial atacada, com grave e irreparável dano moral e pessoal à liberdade do paciente, o requerente espera seja **CONCEDIDA LIMINARMENTE A ORDEM DE HABEAS-CORPUS** e expedido respectivo **SALVO CONDUTO** para que o paciente, a salvo da ameaça que está sofrendo, concretamente, fique sob proteção da Justiça, não podendo ser preso, como determina a lei.

Termos em que  
Pede deferimento.

Manaus, 18 de outubro de 1995.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado do Amazonas

#### **D E S P A C H O:**

COMO A JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS VAI CUMPRIR AS SUAS DECISÕES? Só coercitivamente.

O Superintendente da Superintendência Estadual de Habitação (SUHAB), sucessora da Sociedade de Habitação do Estado do Amazonas (SHAM), foi intimado para depositar em juízo, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o valor da conta de folhas 29, dos autos do incidente procedimental, como valor da multa a que foi condenada na Ação Rescisória, nos termos dos acórdãos de folhas 181/190 e 207/210.

A intimação foi feita no dia 23 de agosto do corrente

ano, e até a presente data o Superintendente da mencionada Superintendência, não depositou a devida quantia.

Em face disso, o espólio de EDUARDO SILVEIRA LIMA, por sua representante MARIA LUIZA DE SANTANA LIMA, devidamente qualificada nos autos, pediu a prisão do Superintendente ARMANDO SILVA DO VALE, por crime de desobediência, capitulado no artigo 330, do Código Penal brasileiro.

O Exmo. Sr. JARI VARGAS, Procurador do Estado do Amazonas, no processo de Ação Rescisória que tomou o número 29300543-5, Comarca de Manaus, dirigiu ao Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, a Petição de folhas 49/54, postulando que o mesmo decidisse nos autos, como se fosse relator da matéria, citando o artigo 28, inciso XXX e XLIX, da Lei n.º 1.503, de 30.12.81.

O Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, prolatou o seguinte despacho:

“R.H.I - Com a devida vênia, não julgo competente esta Presidência para o exame desta postulação, **a uma**, porque o inciso XXX, do artigo 28, da Lei 1.503/81, se refere a cobrança de custas e **a duas**, porque a previsão do inciso XLIX é somente para o período de férias coletivas, tal como está previsto, aliás, na Lei.

II - Diante disso, determino o encaminhamento da Petição ao Exmo. Sr. Desembargador relator do efeito.

Intima-se e cumpra-se.

Desembargador Roberto Hermidas de Aragão, Presidente”.

Todos os aspectos e matéria suscitados na Petição do Procurador do Estado, já foram transitados em julgado, na Ação

Rescisória e no incidente procedimental, e deles, o postulante tomou conhecimento através das intimações que lhe foram feitas pessoalmente e pelo Diário Oficial do Estado, como determina o Código de Processo Civil Brasileiro.

Pelo despacho de folhas 22, do incidente procedimental, foi intimado do valor da conta, para complementar o depósito, conforme consta dos autos elaborada pelo contador do Foro.

Pelo despacho de folhas 29, este relator rejeitou o Agravo Regimental, por não ter nenhuma consistência jurídica, e demonstrando que o postulante foi intimado da conta pessoalmente e pelo Diário Oficial.

A competência do relator para rejeitar o Agravo Regimental, liminarmente, está no artigo 61, inciso X, da Resolução n.º 72/84, de 17.05.84.

Julgada a Ação Rescisória, o Estado do Amazonas entrou com Recurso Especial e Extraordinário, negados pela Presidência desta Corte de Justiça, por não haver qualquer sustentação jurídica para a sua impetração. O Estado do Amazonas, entrou com Agravo de Instrumento, que não tem efeito suspensivo ao processo principal, e se encontram no Superior Tribunal de Justiça.

De resto, verifica-se que o Estado do Amazonas não logrou êxito em nenhuma Instância: Inferior ou Superior.

Por outro lado, o despacho de folhas 10/12, do incidente procedimental, fixou o valor da Ação Rescisória, igual ao valor da causa principal, conforme jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça (RTJ 87/378, 90/899, no STJ, despacho de Ministro Waldemar Zweiter), reconhecendo que o valor da Ação Rescisória deve ser o valor da causa na importância que resulta da atualização monetária do valor atribuído à ação originária, tomando-se como tempo inicial de sua incidência a data em que foi proferida a sentença rescidenda até do efetivo ajuizamento da ação.

O Estado do Amazonas, inconformado com a decisão deste relator, impetrou dos mandados de segurança contra o mesmo, que tomaram os n.ºs 29400801-2 e 2950007-4, Manaus - Tribunal Pleno.

Os mandados de segurança tomaram a seguinte ementa:

“EMENTA: Mandados de segurança conexos - de princípio o item II, do artigo 5º, da Lei n.º 1.533/51, em consonância com a Súmula 267, do STF, inadmite esse remédio contra o despacho ou decisão Judicial, quando haja recurso previsto nas Leis processuais ou possa ser modificado por via de correção, entretanto, os Tribunais pacificamente o aceitam quando se ataca ato judicial visivelmente ilegal e para dar efeito suspensivo ao que não o tiver, até o julgamento do recurso, porém desde que a execução cause prejuízos e danos irreparáveis à parte. Na espécie ataca-se agravo regimental indeferido, de plano, pelo relator. Podia fazê-lo à luz da Lei, tanto mais que o ato que visava desconstituir por esse agravo era, de tudo, escoreito.

Denega-se, assim, o “writ” por inexistir direito líquido e certo por ele remediável”.

No acórdão foi reconhecido que o Estado do Amazonas não tem direito líquido e certo para postular em mandado de segurança; reconhece que o relator à luz do artigo 61, inciso X, do Regimento Interno desta Corte de Justiça, tem competência para rejeitar recurso ou postulação que não tenham fundamento jurídico; que sejam intempestivos e impertinentes.

O Eminentíssimo Procurador Geral de Justiça no seu brilhante parecer, também reconheceu que o Estado do Amazonas, não tem direito líquido e certo para postular em mandado de segurança.

Os seus atos são atentatórios a dignidade da Justiça. Configura-se, aqui, pelo Estado do Amazonas, através do seu Procurador com poderes nos autos, a litigância de má-fé. Por isso, nos termos do artigo 601, da Lei adjetiva civil, proíbo-lhe, que daqui por diante fale nos autos aplicando-lhe também, todas as penas previstas no mencionado artigo 601, da Lei adjetiva civil.

As petições do Eminentíssimo Procurador do Estado, designado para funcionar na Ação Rescisória e no incidente procedimental, demonstram resistência injustificada às ordens judiciais, procrastinando o processo, retardando o cumprimento das decisões judiciais.

Uma demonstração evidente do que afirma este relator é que o procurador designado nos autos da Ação Rescisória, sabe que o Exmo. Sr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, não é competente para conhecer de suas petições, quando o processo tem relator designado, e quando o Tribunal está em pleno funcionamento. Mesmo assim, dirige a petição ao Presidente, procurando lograr êxito em arrazoados desprovidos de qualquer fundamentação jurídica, a fim de retardar, procrastinar e atentar contra a dignidade da Justiça.

De resto, nenhum recurso existe na legislação processual civil, ou no Regimento Interno do Tribunal de Justiça, que favoreça ao Estado do Amazonas.

Quanto a impertinência do Senhor Superintendente da SUHAB descumprindo o despacho de folhas 86, do incidente procedimental, sem justificação a este relator, constitui nos termos do artigo 330, do Código Penal Brasileiro, crime de desobediência. Este crime é de ação continuada e só cessa quando o indigitado cumpre a decisão Judicial.

O Senhor Superintendente da SUHAB, foi intimado pessoalmente, da conta de folhas 29, do incidente procedimental, para completar o valor da multa aplicada à Sociedade de Habitação do Amazonas – SHAM, na Ação Rescisória, nº dia 23.08.95, e até a presente data: 11 de setembro, não depositou a

importância reclamada na conta, que apenas foi atualizada pelo contador do Foro, de acordo com a Lei n.º 872-A, de 04.07.69 e Resolução n.º 097/84.

Desta conta a Sociedade de Habitação do Amazonas – SHAM, já tinha sido intimado desde o dia 29.11.94, e rejeitados todos os recursos e petições dela interpostos. A resistência injustificada do Senhor Superintendente da SUHAB, em não cumprir a decisão Judicial, configura-se ao crime de desobediência.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, assim, já decidiu: "a desobediência deve ser à ordem transmitida diretamente ao desobediente", (Julgados 90/57; RT 591/342; TFR, HC 40.940, DJU 14.05.81, p. 4.367; TJSP, RT 531/327). "A ordem deve ser dirigida, inequivocamente, a que tem o dever de acatá-la", (TFR, RC 461, DJU 22.02.80, p. 806).

Ora, o Senhor Superintendente da SUHAB, foi intimado pessoalmente da decisão Judicial, e não a cumpriu nem deu satisfações porque deixou de cumprí-la, fazendo "ouvidos de mercador", à decisão da Justiça.

No despacho prolatado por este relator, foi dado o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para que o Superintendente depositasse a quantia reclamada pelo réu da Ação Rescisória, vencedor da mesma e do incidente procedimental, perfazendo hoje mais de 50 (cinquenta) dias, sem que a autoridade desobediente tenha cumprido a decisão Judicial.

A doutrina e a jurisprudência, se referindo à consumação do crime de desobediência, assim se posicionam: "quando há prazo para cumprimento: consuma-se o delito após o prazo fixado pela autoridade ou lapso suficiente que caracterize a desobediência" (TSJP, RT 499/304).

O delito de desobediência exige dolo, e este está caracterizado nos autos pela autoridade desobediente. E dolo, é a vontade de desobedecer; é a vontade consciente de não obedecer (TJSP, RT 526/357).

Intimado no dia 23 de agosto do corrente ano, e até a presente data não cumprido a decisão da Justiça, configura-se de maneira indiscutível, o crime do artigo 330, do Código Penal Brasileiro.

De que maneira a Justiça vai cumprir as suas decisões, se as partes não atendem as mesmas? Só pode ser coercitivamente, sob pena de se desmoralizar e não merecer a credibilidade pública ou de seus jurisdicionados.

A infração penal cometida pelo Superintendente da SUHAB, é crime de ação continuada: só cessa quando cumprida a decisão judicial.

Diferencia-se o delito permanente do continuado pelo fato de que naquele, há infringência de uma única figura penal e a ilicitude respectiva se prolonga definitivamente, ao passo que nas transgressões penais continuadas há pluralidade de ações e violações que, se não fora o liame intencional que as aproxima e vincula constituiriam infrações autônomas.

No crime de ação continuada o autor está sujeito a prisão em flagrante, seja o crime afiançável ou não. Nos crimes afiançáveis, a fiança só deve ser concedida quando o acusado cumprir a decisão judicial, sob pena de ser inócua a prisão em flagrante. A fiança, aí, é para que o réu responda o processo em liberdade, e não para evitar a sua prisão em flagrante.

A jurisprudência mansa e pacífica dos Tribunais, já acima mencionadas, estabelece que: "O delito de desobediência se consuma após decorrido o prazo fixado pela autoridade o lapso suficiente que caracteriza o descumprimento da ordem" (RT 499, p. 304 – TJSP).

Desde o dia 23.08.1995, que o Senhor Superintendente da SUHAB foi intimado para no prazo de quarenta e oito horas, depositar em Juízo o valor da conta de folhas 29 dos autos do Incidente Procedimental, com valor da multa que foi condenada a SOCIEADE DE HABITAÇÃO DO AMAZONAS, hoje, Superintendente Estadual de Habitação do Amazonas (SHAM), e até hoje, 10.10.95, não o fez.

Não resta qualquer dúvida, que está caracterizado o crime de desobediência, previsto no artigo 330, do Código Penal Brasileiro

Por esta razões, decreto a prisão preventiva do Senhor ARMANDO SILVA DO VALE, Superintendente da Superintendência Estadual de Habitação (SUHAB), até que cumpra a decisão judicial, por infringir o artigo 330, do Código Penal Brasileiro.

Determino que o preso seja recolhido ao Quartel da Polícia Militar do Estado, se tiver curso superior, demonstrado com o respectivo diploma. Caso não o tenha, que seja recolhido a Penitenciária Central do Estado, até que seja prestada a competente fiança, depois de cumprir a decisão da justiça.

Espeça-se o competente mandado de prisão contra o mesmo, e lavre-se o auto de prisão em flagrante.

**DESDOR. DANIEL FERREIRA DA SILVA**

Relator

**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, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil- Seção do Amazonas, sob o n.º 686, na conformidade do artigo 132, da Constituição Federal, nos autos da Apelação Cível n.º 29400535-8, tendo como apelada **MARIA LUIZA DE SANTANA LIMA**, representante do espólio de Eduardo Silveira Lima, vem, respeitosamente, à presença de V. Exª interpor o presente **RECURSO ESPECIAL** do v. acórdão de fls. 493/496, para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, amparado nas disposições do art. 105, III, " a" e " c", da Constituição Federal, 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**

Inicialmente, esclarece-se que o Estado do Amazonas passou a ter interesse direto na causa porque a Sociedade de Habitação do Estado do Amazonas-SHAM foi extinta, tendo sido sucedida pela **SUPERINTENDÊNCIA DE HABITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS - SUHAB**, órgão pertencente a administração direta, segundo estabelece a Lei estadual n.º 2.330, de 29 de maio de 1995.

A recorrida propôs contra o recorrente ação ordinária de indenização por desapropriação indireta, tendo obtido êxito, pelo que passou a executar o julgado, relativamente a conta geral de fls. 446/447, dos autos.

O Estado do Amazonas, ainda na condição de assistente da extinta Sociedade de Habitação do Estado do Amazonas impugnou a mencionada conta por haver incluído direitos inexistentes, como bem se vê a fls. 455/457, dos autos.

Ocorre que o juízo monocrático desatendeu o pleito formulado pelo assistente, homologando por sentença a conta geral referida, como se vê a fls. 459/460.

Insatisfeito com a decisão homologatória dos cálculos, o Estado do Amazonas interpôs recurso de apelação (fls. 462/466), visto que a conta geral se apresentava com flagrante incorreções passível de justa reforma.

Acontece que a Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, contrariando os claros fundamentos do recurso de apelação, por unanimidade, negou-lhe provimento (fls. 493/496).

Assim, a Egrégia Primeira Câmara Cível, inobservando os fundamentos alinhados no mencionado recurso apelatório, em v. acórdão negou-lhe provimento, ensejando a oposição de Embargos de Declaração (fls. 499/501) para préquestionamento da matéria central objeto da defesa do Erário estadual que, foram, infelizmente, rejeitados (fls. 503/506).

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

Registre-se, de início, que o v. acórdão prolatado pela Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, contrariando o pleito do recorrente, decidiu a questão apresentando a seguinte ementa:

**A CORREÇÃO MONETÁRIA É UMA EXIGÊNCIA LEGAL E REPRESENTA MERA ATUALIZAÇÃO DA MOEDA AVILTADA PELA INFLAÇÃO. É PERFEITAMENTE VÁLIDA A APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 70,28% QUE CORRESPONDE AO EXPURGO INDEVIDO DO ÍNDICE OFICIAL NO MÊS DE JANEIRO DE 1989.**

Objetivamente, o v. acórdão impugnado não só contrariou a lei federal, como divergiu da orientação jurisprudencial

dada por outro tribunal, ao conferir a recorrida o direito a percepção do percentual de 70,28%, correspondente ao IPC de janeiro de 1989 e considerar válido o pagamento de juros compensatórios.

Conseqüentemente, não é procedente a inclusão da correção monetária no cálculo do índice de 70,28%, referente ao IPC de janeiro de 1989, na medida em que essa questão foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo, por isso, o v. acórdão recorrido contrariado essa orientação jurisprudencial.

### DA DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA

Eis, pois, que a decisão ora atacada divergiu da interpretação atribuída ao Superior Tribunal de Justiça que se orienta no seguinte sentido:

**Liquidação de sentença. Atualização Monetária. IPC. Janeiro de 1989. Lei n.º 7.730/89. O art. 15, parág. 1º, da Lei n.º 7.730/89 refere-se, tão somente, às liquidações relativas a mútuo, financiamento e contratos relativos a aplicações financeiras. Não é lícito estender sua incidência à liquidação de sentença judicial” (STJ-1ª Turma, REsp 19.014-0-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.6.92, negaram provimento, v.u., DJU 3.8.92, p. 11.254, 1ª col., em). (Inteiro teor do Acórdão, em cópias xerográficas autenticadas).**

Do voto do Ilustre Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, transcrevem-se os seguintes excertos:

“A lei nº7.730/89, que instituiu o cruzado novo, em seu art. 15 disciplinou a extinção da OTN e depois no parágrafo 1º:

.....  
Como se vê, a disposição expressa da lei dirige-se à liquidação de obrigações das seguintes espécies:

- contrato de mútuo;
- financiamento em geral;
- contratos relativos a aplicações financeiras.

Assim, não vejo como enquadrar na previsão legal a liquidação de débitos oriundos de decisões judiciais”.

Opostamente, decidiu o v. Acórdão recorrido:

“EMENTA: A correção monetária é uma exigência legal e representa mera atualização da moeda aviltada pela aplicação do índice de 70,28% que corresponde ao expurgo indevido do índice oficial no mês de janeiro”.

No voto do Desembargador Relator do julgado local, foi dito:

“.....

No caso, é perfeitamente válida a aplicação do índice de 70,28% que corresponde ao expurgo indevido do índice oficial da inflação do mês de janeiro de 1989.

Com efeito, a jurisprudência do S. T.J. está orientada no sentido de entender a correção monetária a todos os débitos, seja de que natureza forem, no tocante àquelas resultantes da Lei n.º 6.899/81. Essa matéria sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária não pode inibir o julgador, de, adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar à prestação a que fazem jus os jurisdicionados” (fls. 495/6).

## DOS PONTOS CONVERGENTES.

Observa-se facilmente que ambos os julgados confrontados se referem a **correção monetária em liquidação de sentença** e, mais precisamente, a **aplicação do índice do IPC de 70,28%, relativo ao mês de janeiro de 1989**, justificando-se, por isso, o cotejo para constatação do dissídio jurisprudencial.

## DOS PONTOS DIVERGENTES.

Embora tenham em comum os pontos acima apontados, os julgados dissidem frontalmente porque, enquanto o v. Acórdão do Egrégio STJ, assevera expressa e claramente que **o debatido índice de 70,28% só se aplica às obrigações de mútuo, financiamento em geral e contratos relativos à aplicações financeiras, não vendo "como enquadrar na previsão legal a liquidação de débitos oriundos de decisões judiciais"**, o Acórdão guerreado, ao contrário, diz que é **perfeitamente válida a aplicação do índice de 70,28% que corresponde ao expurgo indevido da inflação do mês de janeiro de 1989, devendo esse índice se aplicar "a todos os débitos, seja de que natureza forem ..."**

Assim, o v. acórdão impugnado dissentiu flagrantemente da orientação superior ao manter intocável a inclusão do percentual de 70.28% acumulado de janeiro de 1989, quando a jurisprudência assentou que esse índice inflacionário só incide nas liquidações relativos a mútuo, financiamento e contratos referentes a aplicações financeiras, e nada mais.

E, nesse particular, o v. acórdão ora guerreado ainda **NEGOU VIGÊNCIA** ao disposto no Parágrafo 1º, do art. 15 da Lei 7.730, de 31 de janeiro de 1989, que de modo claro e preciso assinalou que a correção monetária com base no IPC, só se apresenta possível **"para liquidação das obrigações de mútuo, financiamento em geral e qualquer outros contratos relativos a aplicações, inclusive no mercado financeiro"**.

Na espécie, portanto, está definitivamente afastada a incidência do IPC no percentual de 70,28%, como quer o v.

acórdão impugnado, porquanto não se trata de liquidação contemplada no Parágrafo 1º, do art. 15 da Lei n.º 7.730/89, mas simplesmente de liquidação de sentença judicial razão pela qual não se pode considerar para efeito de cálculo o índice inflacionário ora juridicamente questionado.

Ainda que o índice do IPC em discussão viesse a incidir ao caso em debate, ele não poderia ser aplicado no percentual pretendido de 70,28%, visto que decidiu essa Egrégia Corte de Justiça, **verbis**:

**Taxa de inflação em janeiro de 1989.** O STJ uniformizou jurisprudência, em Corte Especial, para fixar esse índice em **42,72%**, e não em **70,28%** ou **28,79%** (ED no REsp 24.168-0-RS, rel. Designado Min. Torreão Braz, j. 4.II.94, notícia de julgamento no DJU 9.II.94, seção I, p. 30.353, 2º col., ementa).

.....

“ A tabela do TJSP adota, como taxa de inflação, em janeiro de 1989, o índice **70,28%** (v. Bol. AASP 1.821/supl., p. 6 e 7, onde essa percentagem vem mencionada). Todavia, o Superior Tribunal de Justiça uniformizou jurisprudência, em Corte Especial, para fixar esse índice em apenas **42,72%** (ED no REsp 24.168-0-RS, rel. Designado Ministro Torreão Braz, j. 4.II.94, notícia de julgamento no DJU 9.II.94, seção I, p. 30.353, 2º Col., ementa).

Segue-se daí que, se for adotado o índice aceito pelo **STJ**, a correção monetária de dezembro de 1989, inclusive, para trás deve sofrer uma redução de **27,56%** no

resultado obtido por aplicação da tabela supra. Praticamente, esta redução pode ser conseguida multiplicando por **0,8381489** o resultado obtido mediante o uso dessa tabela". (In Código de Processo Civil e Legislação em vigor, de THEOTONIO NEGRÃO, 26º Ed. 1995, págs. 1365 e 1373).

Por outro lado, o recorrente não foi condenado na r. sentença do juízo de 1.º grau de fls. 281/296 a pagar o correspondente a juros compensatórios, pelo que não podem incidir como pretende o v. acórdão impugnado.

E nesse ponto igualmente combatido o v. acórdão divergiu da jurisprudência nacional que pacificou no sentido de que se a sentença em liquidação não fez qualquer referência a essa indigitada parcela, é improcedente a sua inclusão na conta geral, como bem se vê:

**" Os juros compensatórios não podem ser contados na execução, se não concedidos na sentença**(RTJ 99/231, 99/l.350; TRF-6ª Turma, AC. 77.164-RS, Rel. Ministro Miguel Ferrante, j. 17.10.83, v.u., DJU 01.12.83, p. 18.959, 2ª Col. e, ; TRF-6ª Turma, AC 81.711 - Edcl-BA, Rel. Min. Américo Luz. j. 19.10.83, rejeitaram os embs, . v.u. DJU 1.12.83, p. 18.960. 2ª Col., em.; 1.276/128). Theotônio Negrão, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 25ª, Ed. Malheiros, p. 835.

Observe-se que além do v. acórdão combatido haver divergido da jurisprudência que proíbe a contagem de juros compensatórios que não foram timbrados na sentença, ainda, contrariou impiedosamente o disposto no art. 610 do Código de Processo Civil que impõe que **" é defeso, na liquidação... modificar a sentença"**.

Logo, está claro que também nesse ponto o v. acórdão precisa ser saneado, porquanto os juros compensatórios não foram concedidos na sentença originária, cuja liquidação tem limites, segundo a lição sempre abalizada do processualista SÉRGIO SAHIONE FADEL, que diz:

**"Os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada figuram na sentença liquidanda. Defeso será inová-la, em qualquer caso, e, especialmente, a título de liquidação.**

.....  
**" Na verificação posterior ao título exequendo, em processo de liquidação, a finalidade deste consiste apenas na declaração ou fixação do que virtualmente já se contém, de modo definitivo, no referido título. Ali, visa-se formar julgado, aqui visa-se definir, ou demarcar limites, de julgado definitivamente formado" (AMILCAR DE CASTRO Comentários, Vol. X, 1º Tomo, pág. 151). In CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO, Tomo III, 2º Tiragem, 1974, Ed. José Konfino, p. 289/290).**

Finalmente, está claro que o v. acórdão impugnado contrariou e negou vigência ao art. 15, da Lei n.º 1.730, de 31 de janeiro de 1989, divergindo da jurisprudência nacional que inadmite a inclusão do índice de 70,28%, do IPC de janeiro de 1989, bem como também divergiu da jurisprudência que desautoriza sejam contados juros compensatórios não concedidos na sentença, com infringência ao disposto no do art. 610, do Código de Processo Civil.

Assim, 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 garantir o DIREITO que foi comprometido pelo v. acórdão recorrido.

Termos em que  
Pede Deferimento.

Manaus, 10 de novembro de 1995.

**JARI VARGAS**

Procurador do Estado do Amazonas

**EXMO. SR. DR. JUIZ DO TRABALHO PRESIDENTE DA 8ª  
JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE MANAUS.**

**INSTITUTO DE MEDICINA TROPICAL DE MANAUS**, representado pela Procuradoria Geral do Estado e pelo Procurador que a esta subscreve, nos autos da Reclamatória Trabalhista n.º **11947-91-08** que lhe move **JOSÉ ECKNER LESSA ALVES**, comparece respeitosamente perante V. Exa., para em cumprimento ao respeitável despacho de fls. 103, se manifestar acerca dos cálculos de liquidação de sentença apresentados pelo Exequente, fazendo-o na forma abaixo:

**DA PRESCRIÇÃO**

Conforme se verifica pela Guia Manual constante as fls. 101, o Patrono do Reclamante foi notificado para apresentar os cálculos de liquidação por artigos, conforme fixado na r. sentença, em 29/09/93, só vindo a apresentá-los em 17/12/95, ou seja, decorridos mais de dois anos de sua notificação.

Muito embora não seja a prescrição intercorrente aceita na Justiça do Trabalho, nos termos do enunciado 114 do TST, pelos menos não de forma geral. Existe pelo menos uma exceção a esta regra, conforme melhor entendimento da boa doutrina e jurisprudência, que se apresenta no caso em tela, sendo imperativo o reconhecimento da ocorrência da prescrição intercorrente.

Com efeito, sendo ato que cabe a parte, os artigos de liquidação não devem se constituir em motivo que levem a lide a perpetuidade, sendo necessária a fixação de um prazo para que a parte exercite seu direito sob pena de prescrição.

Valentin Carrion, em sua obra "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", é eficaz ao afirmar, *in verbis*:

"Paralisada a ação no processo de cognição ou no da execução por culpa do autor, por mais de dois anos, opera-se a

chamada prescrição intercorrente; mesmo que caiba ao juiz velar pelo andamento do processo (CLT, art. 765), a parte não perde, por isso, a iniciativa; sugerir que o juiz prossiga à revelia do autor, quando este não cumpre atos que lhe forem determinados, é como o remédio que mata o enfermo. Pretender a inexistência da prescrição intercorrente é o mesmo que criar a "lide perpétua".

Note-se que a sentença de primeira grau e confirmada na instância superior determinou que a liquidação fosse feita por artigos, sendo esta obrigação da parte Exequente que não pode, a seu bel prazer, apresentar a qualquer tempo sem qualquer limite ou pena por sua inércia.

Além da perpetuidade da lide, o excesso de tempo na apresentação dos artigos de liquidação, levam o Reclamado a pagar mora e juros injustos, já que não contribuiu para a demora.

As fls. 100 v. e 102, existem duas certidões informando o decurso do prazo para o Reclamante apresentar seus artigos de liquidação, não sendo admissível que muito embora devidamente notificado, venha o Reclamante apresentar os artigos de liquidação após dois anos e três meses de sua notificação.

Francisco Antonio de Oliveira, na obra "Comentários aos Enunciados do TST", 3ª Edição, páginas 272/273, nos ensina:

"Entendemos que excepcionalmente, poderá haver a possibilidade de declarar-se a prescrição intercorrente durante a fase dita de accertamentos (liquidação de sentença), também dita por alguns de pre-execução. Tal se dará quando em havendo sentença ilíquida com trânsito em julgado, o credor, **com advogado devidamente constituído** ou assistido por sindicato, não providencia a liquidação (accertamentos) dentro de dois anos. Tem-se que a prescrição intercorrente não ocorre após a citação. **Todavia, a citação somente terá lugar após a liquidação**

**de sentença** (art. 880 da CLT)". (destaquei). Isto posto, requer-se desde já o reconhecimento da prescrição, posto que os cálculos de liquidação foram apresentados decorridos dois anos e três meses da notificação do Reclamante para apresenta-los, devendo os autos serem arquivados.

No mérito, caso essa MM. Junta não acolha a alegação de prescrição, o que se admite apenas para fins de argumentação, temos que os artigos de liquidação foram elaborados em desacordo com a r. sentença de fls., vez que não houve a compensação dos valores pagos espontaneamente pelo Reclamado, conforme se passa a demonstrar:

A respeitável sentença liquidanda determinou que fossem compensados os valores pagos espontaneamente pelo Reclamado com os valores deferidos pela MM. Junta.

Nesse aspecto, verifica-se que tal não ocorreu, posto que o Reclamante não procedeu a devida compensação, facilmente constatado através dos salários pagos nos meses de março, abril, agosto e dezembro de 1987, janeiro, maio, outubro e dezembro de 1988 abril, maio agosto, setembro e outubro de 1989.

Veja-se que em março/87 o Reclamante percebia **2.466,00** sobre o qual aplicou-se o índice de **26,06%**, ao passo que em **abril** do mesmo ano passou a perceber **3.680,00**, posto que lhe foi concedido um reajuste de **49,22%**, quase o dobro do valor concedido pela MM. Junta, sendo que mesmo assim o Reclamante continuou a aplicar o índice de 26,06% como se nada tivesse percebido a título de reajuste.

Este erro ocorre também nos meses de março, abril, agosto e dezembro/87, janeiro, maio, outubro e dezembro de 1988 e abril, maio, agosto, setembro e outubro de 1989, elevando consideravelmente o valor a que o Reclamante teria direito, o que de fato leva a um enriquecimento ilícito.

Isto posto, espera o Reclamado que essa MM. Junta reconheça a prescrição alegada e archive os presentes autos, ou julgue incorreto os artigos apresentados pela Reclamante, devendo os mesmos serem refeitos, compensando-se os valores espontaneamente concedidos.

Nestes Termos,  
Pede Deferimento.

Manaus, 17 de Dezembro de 1995.

**EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS**  
Procurador do Estado

**EXMA. SRA. DRA. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DA  
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MANAUS.**

**A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio da Procuradora infrafirmada, na forma prevista no art. 132, da Constituição da República, combinado com o art. 12, II, do C.P.C. e Lei Estadual n.º 1.639/83, nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA** em que é **IMPETRANTE ITAUTINGA AGRO INDUSTRIAL S/A** e **IMPETRADO O CHEFE DA COORDENADORIA DE ARRECADAÇÃO DA SECRETARIA DE FAZENDA- PROCESSO N.º 0129505617-5**, não se conformando, *permissa venia*, com a r. sentença prolatada por V. Ex<sup>ª</sup>. e respaldado no art. 12, da Lei n.º 1.533, de 31-12-51, quer dela recorrer, como de fato recorre com as inclusas razões para que delas conheça às Egrégias Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça, consoante prevê o art. 42, I, alínea "f", da Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Amazonas.

Termos em que,  
Pede deferimento.

Manaus, 05 de fevereiro de 1996

**SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO**  
Procuradora do Estado

## RAZÕES DA APELAÇÃO QUE APRESENTA O ESTADO DO AMAZONAS.

RECORRIDA: ITAUTINGA AGRO INDUSTRIAL S/A.

Egrégias Câmaras Reunidas,

Merece reparo a r. sentença de fls., vez que proferida em total afronta a Carta Magna e a legislação federal e estadual pertinentes a matéria em debate. Se não vejamos.

### I- SÍNTESE DOS FATOS

Consoante se verifica da exordial, a Empresa **ITAUTINGA AGRO INDUSTRIAL S/A** impetrou **Mandado de Segurança** supramencionado visando **impedir a inscrição e a cobrança de crédito tributário regularmente constituído** através de lançamento fiscal já apreciado em última Instância Administrativa.

Alegou a apelada, em síntese, a ilegitimidade da legislação que possibilita a retenção na fonte do ICMS, sustentando a inconstitucionalidade do Convênio ICM nº66/88 e toda legislação dele decorrente, como é o caso da Lei Estadual n.º 1.320/78, com a redação da Lei n.º 1.893/88 e do Decreto nº11.773/89.

Argumentou, ainda, que a responsabilidade tributária, tal como posta, não pode prosperar em virtude do princípio da estrita legalidade, consagrado no art. 150, inciso I, da Carta Magna, e que o Decreto n.º 11.773/89 nega vigência ao Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, no que se refere ao momento do fato gerador da exação e de sua base de cálculo.

Por seu turno, a autoridade impetrada em suas informações, demonstrou a inadmissibilidade da segurança vez que nosso ordenamento jurídico prevê medida específica para anular o lançamento ou a decisão administrativa que constitui o crédito tributário, qual seja, a Ação Anulatória do débito fiscal, que por sua vez deve ser precedida de prévio depósito para

suspender a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 38, da Lei n.º 6.830/80 e art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

Demonstrou a impetrada, também, que não foram atendidos os pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, praticado por abuso de poder ou ilegalidade, porquanto o crédito em tela foi constituído com a observância do devido processo legal, na forma da legislação tributária pertinente ao Processo Tributário Administrativo e respaldada na legislação pertinente a matéria.

Por sua vez, **o representante do órgão ministerial em seu parecer opinou conclusivamente** que “diante da ausência de direito líquido e certo a ser amparado, somos **pela denegação da segurança pretendida**, com a conseqüente revogação da medida concedida in limite” remetendo-se, via de conseqüência, o Impetrante, às vias ordinárias para apreciação do mérito de sua causa”.

Pois bem, o Juízo *a quo* com respaldo no parecer ministerial **revogou a liminar** concedida, **porém em decisão definitiva concedeu a segurança sob o fundamento que “incontroversos os fatos e relevantes os fundamentos jurídicos invocados, cabe mandado de segurança, especialmente quando se trata de matéria tributária”**.

No mérito, concluiu a r. decisão de 1º Grau não ser devido o ICMS por substituição tributária- ICMS fonte- em razão de ausência de amparo legal, concedendo a segurança e **determinando a autoridade impetrada “que se abstenha de cobrar e fazer inscrição do débito na dívida ativa da Fazenda Estadual, objeto do lançamento levado a efeito no Acórdão 66/95, do Egrégio Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria da Fazenda”**.

## II- DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS VIOLADOS PELA SENTENÇA A QUO.

a) Violação ao art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal e art. 1º, da Lei Federal n.º 1.533, de 31.12.51.

Evidente, que a r. sentença violou flagrantemente o art. 5º, inciso LXIX, da Carta Magna, assim como o art. 1º, da Lei n.º 1.533, de 31.12.51, vez que concedeu a segurança sem que fossem atendidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Observe-se, que tanto a doutrina como a jurisprudência, à unanimidade, tem entendido que **em matéria tributária somente é admissível o mandado de segurança quando se tratar de matéria incontroversa e nos casos de manifesta inconstitucionalidade.**

*In casu* não há se falar em violação a direito líquido e certo porquanto o crédito em tela foi constituído com a observância do devido processo legal, na forma da legislação tributária pertinente ao Processo Tributário Administrativo e respaldada na legislação pertinente a matéria.

Mais a mais, tampouco tratar-se de fatos incontroversos, como entendeu a r. Juízo *a quo*, posto que a matéria é bastante controvertida, inclusive entre as turmas do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A par do acerto e oportunidade, registre-se e destaque-se o **parecer do digno representante do órgão ministerial**, às fls. 96/98, que elucidou a questão com meridiana clareza, *verbis*:

**“ Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “... fundando-se o mandado de segurança em direito líquido e certo, que pressupõe a incidência de regra jurídica sobre fatos incontroversos...”(STJ, 4ª Turma, RMS 3.529-8-PA, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJU de 30.05.94), necessário se faz, no caso vertente, a denegação do pedido, posto que não há direito líquido e certo a ser protegido, até porque toda a matéria alegada na exordial não se encontra, sequer, assentada como pacífica em nossos Juízos e Tribunais.**

**Além disso, não tem o Mandado de Segurança o condão de substituir as ações próprias do processo de conhecimento, como por exemplo, a Ação Anulatória de Débito Fiscal, a Ação Declaratória Negativa de Débito Fiscal, e outras, conforme situação que se lhe originar”(Grifamos).**

Aliás, tal posição tem respaldo em orientação jurisprudencial, consoante se verifica do acórdão *in verbis*:

**“Impossibilidade de utilização da via mandamental como substituto de embargos do devedor ou de Ação Anulatória de Débito Fiscal. Inscrita a dívida e prestes a ser ajuizada a execução, incabível o mandado de segurança para desconstituí-la”(TFR, MS Nº 88.098, DJU de 15.05.89).**

Ressalte-se e destaque-se, que esse Colendo Tribunal de Justiça do Estado em situação análoga entendeu pela inadmissibilidade do mandado de segurança por reconhecer a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado, consoante se constata do Acórdão *verbis*:

**“ Mandado de Segurança em caráter preventivo.**

**- Improriedade da presente formulação do MANDAMUS. Direito Líquido e Certo não demonstrado.**

**- Incompetência do juízo monocrático para processar e julgar a presente segurança.**

**- Não conhecimento do Mandado de Segurança.”(Ac. das Câm. Reunidas do TJ-AM de 17.05.95, pub. no DOE de 31.05.95, rel. des. ATALIBA DAVID ANTONIO).**

Naquela oportunidade, assim se pronunciou o preclaro desembargador relator:

**" Cuida-se de Mandado de Segurança em caráter preventivo contra o Secretário de Estado da Fazenda Pública, em razão de cobrança antecipada do imposto sobre circulação de mercadorias.**

**Entretanto, dadas as informações prestadas pelo Secretário de Estado da Fazenda, Dr. Francisco Oliveira Pinheiro, verificou-se que a substituição tributária questionada pelo impetrante é amparada pela Constituição Federal no art. 150, § 7º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 03, de 17.03.93, não possuindo vícios de inconstitucionalidade.**

**Da mesma forma, a cobrança do imposto através da substituição tributária tem como pressuposto uma margem de lucro estimada, o qual o contribuinte não provou ser abusiva a agregação prevista no convênio, não sendo demonstrado o direito líquido e certo aludido no art. 5º inciso LXIX da Constituição Federal.**

**Assim sendo, não existindo nos autos provas necessárias para caracterizar o prejuízo que o impetrante quer seja defendido, concluo pela denegação do Mandado de Segurança, por não haver direito líquido e certo a ser protegido, devolvendo os presentes autos do processo, de acordo com o entendimento do graduado Órgão e,**

consequentemente, o Mandado de Segurança é meio inadequado para discutir o **Ministerial**”(Grifamos).

Destarte, resta reconhecido pelo próprio Tribunal Local que na situação em epígrafe, inexistente qualquer violação a direito líquido e certo e, portanto, incabível o Mandado de Segurança, mormente para impedir a inscrição e cobrança de crédito tributário regularmente constituído.

**b) Violação ao art. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional e ao art. 38, da Lei Federal nº6.830/80.**

E mais, é incontestável o entendimento segundo o qual **somente se suspende a exigibilidade do crédito tributário com o depósito-elisivo**, nos termos do art. 38, da Lei n.º 6.830/80 e do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

No concernente a regra *solve et repete*, prevista nos dispositivos legais supramencionados, destaque-se a opinião do eminente Juiz Federal REIS FRIEDE, *verbis*:

**“A consagrada regra *solve et repete*-segundo a qual o contribuinte só pode contestar a legitimidade de um tributo, após havê-lo pago ( ou, pelo menos, haver posto à disposição do fisco a quantia por este reclamada, à título de tributo)-, muito embora não mais seja interpretado ( e, portanto, aplicada), em sentido absoluto, continua a vigor em nosso sistema jurídico - a exemplo da ampla maioria das legislações estrangeiras- de forma genérica.**

**Não há, e nem pode haver, qualquer dúvida que- não obstante fisco e contribuinte estarem em plena igualdade, na relação jurídico-tributária, pela idêntica subordinação**

de ambos à lei -, o fisco, representando o Estado ( e, por via de consequência, toda a coletividade), possui relativa posição de preeminência em face do contribuinte, por traduzir-se este, na interface tributária, com relação àquele a própria prevalência do interesse público de toda a Sociedade sobre o interesse privado do ente individual (pessoa física ou jurídica).

A própria Lei de Execuções Fiscais ( Lei n.º 6.838/80), em seu art. 38 reconhece o princípio, consagrando a necessidade, em regra, do depósito prévio da quantia tributária em litígio para a propositura da ação anulatória do débito-fiscal” (in DEPÓSITOS JUDICIAIS - Aspectos Fiscais e Tributários, Ed. Forense Universitária pags. 45/46).

No pertinente a prevalência do interesse público sobre o interesse privado e, conseqüentemente, a caracterização de *in casu* tratar-se de direito patrimonial indisponível, vale registro a manifestação do brilhante jurista SAMUEL MONTEIRO, in TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES, TOMO I, PAG.166, *verbis*:

“ Excetuados os casos de manifesta inconstitucionalidade de lei, de decreto, regulamento ou ato normativo administrativo-fiscal, ou, regulamento ou ato normativo administrativo-fiscal, ou, dos aludidos no n.º 26 retro, em princípio, não cabe o mandado de segurança para desonerar o sujeito passivo da obrigação tributária, sem que ele garanta o juízo, seja com o depósito, seja com fiança idônea ou garantia real, pois existindo um crédito

**público, cujo titular é a Fazenda e em se tratando de direito patrimonial indisponível, não pode o juiz manipular esse direito, sobre o qual não tem nenhuma disponibilidade, para desobrigar o sujeito passivo de solvê-lo a tempo e modo da lei”(Grifamos).**

**Em arremate, conclui o renomado jurista:**

**" SE NÃO OBSTANTE, CONCEDER A LIMINAR OU SEGURANÇA DEFINITIVA, DESOBRIGANDO O SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO, SEM QUALQUER GARANTIA DA FAZENDA, TERÁ ELA O DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

**DE, NO CASO DA LIMINAR CONCEDIDA SEM GARANTIA, PEDIR A SUSPENSÃO DELA AO PRESIDENTE DO TRIBUNAL COMPETENTE, O QUE TAMBÉM SE APLICA NO CASO DA SEGURANÇA DEFINITIVA CONCEDIDA, INDEPENDENTE DA APELAÇÃO”.**

Ademais, a matéria já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 99.890-RJ, consoante se verifica do acórdão *verbis*:

**Mandado de Segurança para se obstar inscrição de dívida e execução fiscal. Interpretação dos artigos 585, VI, do Código de Processo Civil e 3º do Decreto-lei Federal n.º 474, de 19-2-1969. *Writ* denegado nas instâncias ordinárias. Recursos extraordinário, pelas alíneas a e d, não conhecido.(RTJ 114/291).**

**c) Da Legitimidade do Regime de Substituição Tributária.**

O regime de substituição tributária encontra respaldo inicialmente no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "b", da Carta Magna, nas leis e convênios firmados entre os Estados, com base no art. 34, parágrafos 3º e 8º, do ADCT.

No Estado do Amazonas o regime de substituição tributária encontra respaldo no art. 23, § 3º, incisos I e II, do Código Tributário Estadual, que atribui textualmente a condição de sujeito passivo por substituição "o industrial, comerciante ou outra categoria de contribuinte, pelo pagamento do imposto devido na operação ou operações anteriores", e "ao produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo pagamento do imposto devido nas operações subseqüentes".

Por outro lado, o Convênio n.º 66/88, em seu art. 25, inciso I, prevê que a lei pode atribuir a condição de substituto tributário ao "industrial, comerciante ou outra categoria de contribuintes, pelo pagamento do imposto devido na operação ou operações anteriores".

Portanto, o Convênio nº66/88, com força de lei complementar face ao disposto no art. 34, parágrafo 8º, do ADCT, autorizou os Estados a exigir o regime de substituição tributária, e encontra respaldo na legislação estadual supramencionada e no Decreto 11.773/89, que aprovou a regulamentação do Código Tributário Estadual, alencando os produtos sujeitos a substituição tributária e fixando as margens de lucros necessárias, já que o imposto se refere a operação subsequente.

Ressalte-se, que a legislação estadual supramencionada e o Convênio n.º 66/88, se harmonizam com o art. 121 e 128, do Código Tributário Nacional, na instituição desta substituição tributária, sendo, conseqüentemente, legítima a exigência fiscal, respaldada na legislação estadual editada com base no citado Convênio.

Vale enfatizar, ainda, que a exigência do ICMS através de substituição tributária possui previsão no Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, com a alteração introduzida pela Lei Complementar

nº44, de 07.12.83, recepcionada na nova Carta ( art. 34, parágrafo 5º, do ADCT).

Atualmente, o regime de substituição tributária restou consagrada na Emenda Constitucional nº3/93 que, elevou o instituto a nível constitucional , **verbis**:

**“A lei poderá atribuir ao sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.**

Portanto, a cobrança do ICMS sob o regime de antecipação é legítima e legal, posto que encontra respaldo na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, sendo, assim., desprovida de qualquer fundamento a conclusão da r. sentença de 1º grau de que “não é devido o ICMS por substituição tributária- ICMS fonte- em razão de ausência de amparo legal”.

Destarte, a r. sentença de 1º grau ao deixar de reconhecer a legitimidade do regime de substituição tributária violou flagrantemente os dispositivos constitucionais e legais supramencionados, a saber:

- a) o art. 150, § 7º, combinado com o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “ b”, da Carta Magna;
- b) o art. 34, parágrafos 3º e 8º, da ADCT;
- c) o art. 121 e 128, do Código Tributário Nacional;
- d) o Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, com a alteração introduzida pela Lei Complementar nº44, de 07.12.83;

e) o art. 23, § 3º, incisos I e II, do Código Tributário Estadual e Decreto 11.773/89,

f) e o art. 25, inciso I, do Convênio n.º 66/88.

#### **d) Da Jurisprudência Sobre o Assunto em Debate**

Destaque-se, ainda, ser no mínimo equivocada a afirmação contida na r. sentença de que o assunto em debate "resta uniformizada a jurisprudência, teimar a administração em aberta oposição à jurisprudência firmada pelo STJ, em exigir imposto o que sabe indevido, não lhe renderá méritos, mas desprestígio, por sem dúvida".

*Permissa venia*, da afirmação exarada na r. sentença, é indiscutível que a matéria em debate é por demais controvertida, tanto a nível de doutrina quanto a nível de jurisprudência.

Aliás, registre-se que se há que falar em uniformidade de jurisprudência sobre o tema em debate, essa com toda certeza é favorável a Fazenda Estadual, vez que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento uniforme no sentido da legitimidade do regime de substituição tributária.

Por seu turno, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça vem reformulando seu entendimento no sentido da ilegitimidade da substituição tributária, consoante se comprova dos acórdãos *in verbis*:

**EMENTA:** Tributário. ICMS. Revenda de veículos automotores. Substituição Tributária para frente. Legalidade.

I- Não é ilegal a exigência do recolhimento antecipado pela empresa fabricante, do ICMS, incidente na revenda de veículos pela concessionária.

**II- A legislação infraconstitucional, atinente à chamada “substituição tributária para frente”, continua em vigor, hoje com endosso da Emenda Constitucional n.º 3/93.**

III- Constituição, art. 155, § 2º, XII, b; E.C. nº3/93. Decreto-lei nº406/68. Lei Complementar n.º 44/83, C.T.N., art. 128. Convênio 66/88.

IV- Embargos de divergência conhecidos e recebidos.

(GRIFAMOS)( Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nº39.413-7, nº 43.541-0-SP, nº50.013-1-SP e 56.049-5-SP, todos tendo como rel. Min. ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO, julgados em 20.06.95, publicados no DJ de 09.10.95).

Registre-se e destaque-se, trecho do voto exarado pelo Ministro Relator ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO que definiu a questão com bastante clareza, nos seguintes termos:

**“Com efeito, não há olvidar que o Supremo Tribunal Federal teve por constitucional a chamada “substituição tributária para frente”, desde que instituída por lei complementar. Encampado o instituto pela Constituição em vigor ( art. 155, § 2º, XII, b), o Convênio 66/88 ( que, por força do art. 34, § 8º, do ADCT, tem força de lei complementar) o adotou em seu texto, repetindo, em última análise, as normas da Lei Complementar nº 44, de 1983. Posteriormente, sobreveio a Emenda Constitucional nº 3/93, que, em termos inequívocos, constitucionalizou o instituto, amplamente utilizado desde o advento do ICM no nosso sistema tributário”...(Grifamos).**

Em arremate, conclui o Excelentíssimo Ministro Relator do Acórdão retrotranscrito:

**Em suma: a legislação infraconstitucional, atinente a chamada “substituição tributária para frente”, continua em vigor, hoje com expresse endosso do texto constitucional antes mencionado.**

O Dr. Herin Arzua, em trabalho sobre a “Substituição Tributária na Emenda 3/93”, publicado na Revista do IAP, nº21, teve ensejo de argumentar com toda razão (pág. 187):

“Em rigor, a substituição tributária é simplesmente um método de arrecadação. Uma modalidade diferente do padrão legislativo ( não do padrão constitucional) de se cobrar o imposto. A lei é que, respeitadas as características postas na Constituição, dá todos os contornos do imposto: fato gerador, base de cálculo, contribuinte, responsáveis, etc.

Se outra norma muda o perfil legislativo, mas não o constitucional (respeitando-se, pois, os postulados essenciais), nada a estranhar.

E a substituição tributária, mecanismo pelo qual se imputa a pessoa diferente daquela ligada diretamente ao fato imponible (atribui-se ao fabricante o recolhimento do imposto devido pelo comerciante varejista, v.g.); é hoje instrumento de sobrevivência do ICMS. Com sua adoção, obtêm-se inúmeras vantagens para todos os envolvidos: Estado, contribuinte e substituto. Para os Estados, há diminuição dos custos da

cobrança com a concentração da fiscalização em poucas indústrias. Há por igual certeza na arrecadação, uma vez que o tributo é pago por empresa de maior capacidade financeira, de maior capacidade contributiva. No tangente ao contribuinte substituído, este tem a convicção de que não será prejudicado pela concorrência que sonega o imposto, com a materialização do princípio da isonomia. Para o substituto (sem entrar aqui na discussão se ele é responsável ou contribuinte originário), a disciplina do preço praticado no varejo evita a concorrência predatória entre os componentes da rede de distribuição do produto. E, por fim, para o consumidor final, o verdadeiro contribuinte de todos os impostos, a absoluta segurança que o imposto pago por ele, integrante do preço da mercadoria, será encaminhado aos cofres públicos”.

Essa orientação tem sido proclamada em reiterados precedentes não apenas na 2ª Turma ( RESP's Nºs 34.040-1-SP e 39.479-1-SP), mas da própria 1ª Turma, de onde se origina o aresto embargado (RESP's Nº35.547-8-SP e 35.733-0-SP, Relator Ministro Garcia Vieira)” (Grifamos).

Acresça-se, que a mesma Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar outros Embargos de Divergência nos Recursos Especiais nºs. 30.269-0-SP, 33.465-7-SP, 34.781-3-SP, 35.715-0-SP, 35.802-5-SP, 36.337-1-SP, 38.428-0-SP, 38.911-7-SP, 44.696-0-SP, 47.376-2-SP, 48.083-1-SP, 49.539-1-SP, 50.617-2-SP, 51.806-5-SP, 53.301-3-SP, 53.454-0-SP, 56.666-3-SP, todos julgados em 20 de junho de 1995 e publicados os

respectivos acórdãos no Diário de Justiça da União de 09.10.95, decidiu igualmente pela legitimidade da substituição tributária, consoante se verifica do acórdão abaixo transcrito:

**“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. ICMS. VENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONVÊNIOS 66/88 E 107/89. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. VOTOS VENCIDOS.**

**Não obstante a controvérsia existente em torno do tema, considera-se legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, na venda de veículos automotores, pelo chamado regime de substituição tributária. Embargos de divergência recebidos, por maioria de votos”.**

Vale registro, a manifestação do Ministro Relator dos Embargos Divergência acima referidos, Ministro Hélio Mosimann, que em seu voto sintetizou a questão da forma seguinte:

**“Matéria idêntica, analisando o mesmo dissídio, já foi trazida a exame desta Seção de Direito Público, em pelo menos duas vezes, no julgamento dos Embargos de Divergência nos Recursos Especiais n.ºs 50.884-SP ( rel. Min. Cesar Rocha) e 51.967-SP ( rel. Min. Gomes de Barros).**

**Em ambas as oportunidades (Sessão de 18.04.95), manteve o entendimento que tem prevalecido, invariavelmente e por votação uniforme na Segunda Turma. Votei acolhendo o recurso manifestado pela Fazenda do Estado. Os acórdãos trazidos a confronto**

**oferecem as razões do entendimento. A exigência do pagamento antecipado do ICMS nada tem de ilegal ou inconstitucional, concluiu no voto perante a Turma o Ministro Peçanha Martins- "A uma, porque o Decreto-Lei n.º 406/68, reconhecido como lei complementar está recepcionado na Nova Carta. A duas, porque amparado nos Convênios 66/88 e 107/89, editados de acordo com o art. 34, § 8º, do ADCT".**

Portanto, resta demonstrado que a jurisprudência vem se firmando no entendimento da legitimidade da exigência do recolhimento antecipado do ICMS, tendo inclusive o ins-tituto da substituição tributária sido consagrado a nível cons-titucional.

#### **e) Afronta a Ordem Jurídica e Lesão a Economia Pública.**

Destarte, emerge de forma incontestante que a pretensão do impetrante de impedir a inscrição e cobrança de crédito tributário regulamente constituído falece de qualquer respaldo legal, até porque *in casu* não há se falar em violação a qualquer direito, muito menos líquido e certo, que pudesse amparar a impetração do *writ*.

Por outro lado, é evidente que a segurança concedida afrontou a ordem jurídica, mormente o princípio da independência dos poderes, vez que impediu a Administração Pública de cobrar aquilo que entende lhe ser devido e desonerou o impetrante de sua obrigação tributária, sem qualquer garantia da Fazenda e, consequentemente; com graves prejuízos ao erário.

Repita-se, como bem asseverou o douto jurista SAMUEL MONTEIRO *in casu* trata-se de "**crédito público, cujo titular é a Fazenda e em se tratando de direito patrimonial indisponível, não pode o juiz manipular esse direito, sobre o**

***qual não tem nenhuma disponibilidade, para desobrigar o sujeito passivo de solvê-lo a tempo e modo da lei”.***

**E mais, paralelamente ao rompimento da ordem jurídica, a segurança em epígrafe pode, de maneira desenganada, causar lesão a economia pública, pois a Administração está impedida de inscrever e cobrar crédito tributário regulamente constituído que atualmente importa no valor de R\$235.752,16 ( DUZENTOS E TRINTA E CINCO MIL, SETECENTOS E CINQUËNTA E DOIS REAIS E DEZESSEIS CENTAVOS).**

Diante do exposto, o ESTADO DO AMAZONAS vem requerer a Vossa Excelência que se digne acolher o presente pedido, dando pela sua procedência e, afinal, ordenando imediata suspensão da segurança, haja vista sua justificada urgência, em harmonia com os primados da lei, do Direito e da

**JUSTIÇA.**

Manaus, 05 de janeiro de 1996.

**SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO**  
Procuradora do Estado

## EXMA SR<sup>a</sup> DR<sup>a</sup> JUÍZA FEDERAL DA 3<sup>a</sup> VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS

**O ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, legalmente representado pela Procuradora do Estado infrasmada, na forma prevista no art. 132, da Constituição da República, combinado com o art. 12, I, do C.P.C. e art. 22, I, da Lei n.º 1.639/83 (Lei Orgânica da PGE), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, no prazo previsto no art. 16, da Lei nº6.830/80, opor os presentes **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -INSS - PROCESSO N.º 95.0002410-1**, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

### I - DOS FATOS

Inicialmente, impõe-se esclarecer que a Execução Fiscal ensejadora dos presentes embargos, teve origem nas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito n.ºs. 31.975.456-1, 31.975.460-0, 31.975.458-8, 31.975.459-6, 31.975.457-0 e 31.975.455-3, que originaram as Certidões de Dívida Ativa de iguais números, às fls. 14/30, lavradas sob o fundamento de que o Estado do Amazonas- Secretaria de Estado de Administração deixara de recolher, no período de JANEIRO/88 a DEZEMBRO/94 "os recolhimentos normais relativos às contribuições do segurado empregado, encargos da empresa e seguro de acidente do trabalho referente à remuneração paga ou creditada a segurados obrigatórios da Previdência Social, **ADMITIDOS SOB O REGIME ESPECIAL**".(DESTACAMOS)

Alegam, em síntese, os fiscais do INSS, em seus Relatórios (anexos), que os Servidores admitidos sob o Regime Especial são segurados obrigatórios do CLPS, ao argumento de que não estão amparados por regime próprio da Previdência Social já que "a legislação providenciária estadual, bem como o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Amazonas não ampara os servidores admitidos sob regime especial no que tange a aposentadoria voluntária".

## II - PRELIMINARMENTE

### Nulidade da Execução. Cerceamento de defesa

Conforme se comprova pelo documento anexo, as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito, que ensejaram a Execução Fiscal em epígrafe, foram encaminhadas à Secretaria Estadual de Administração pelo Gerente Regional de Arrecadação e Fiscalização do INSS, através do Ofício n.º 03.601 de 5/03/95, recebido em 05.04.95.

Comprova-se, ainda, pelo documento anexo que em 07.04.95 o Secretário de Administração encaminhou as referidas notificações, através do Ofício n.º 326/95-GS/SEAD, à Procuradoria Geral do Estado.

Nesse giro, impõe-se ressaltar que, nos termos do art. 95, da Constituição Estadual e art. 2º, da Lei Estadual nº1.639/83, compete a Procuradoria Geral do Estado a representação judicial e extrajudicial do Estado do Amazonas e, conseqüentemente, ao procurador-geral receber citações iniciais ou comunicações nos Processos em que a Procuradoria Geral do Estado deva intervir.

Portanto, ressei de forma incontestada que o prazo para impugnar às referidas NFLD'S somente começou a correr a partir da data em que a autoridade competente tomou conhecimento das notificações, o que *in casu* ocorreu, repita-se, em 07.04.95.

Pois bem, a Procuradoria Geral do Estado apresentou impugnação às referidas Notificações em 20.04.95, perante a Procuradoria do INSS, conforme informação fornecida inclusive por Procuradora daquele órgão nos respectivos Processos administrativos, *verbis*:

**“Considerando não constar nos presentes autos Aviso de Recebimento-AR ou qualquer outro demonstrativo indicando a data da ciência da NFLD pelo Estado do Amazonas- Secretaria de Administração, e tendo em vista que foi protocolada nesta Procuradoria impugnação em**

**20/04/95, encaminhem-se ao Setor de Cobrança para que informe quanto à tempestividade ou não da defesa apresentada”.**

Assim, considerando que a legislação pertinente à matéria estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para o contribuinte impugnar as NFLD'S, constata-se por simples cálculos matemáticos que a impugnação às referidas notificações foi apresentada pelo Estado do Amazonas no prazo legal.

Ressalte-se, que mesmo considerando que o prazo começou a correr a partir do recebimento das notificações pela Secretaria de Administração (05.04.95), ainda assim a impugnação apresentada pelo Estado do Amazonas é tempestiva.

Entretanto, o INSS sob o falso argumento de que a impugnação apresentada pelo Estado do Amazonas é intempestiva deixou de apreciá-la, conforme se verifica dos documentos anexos.

É importante destacar, que já naquela oportunidade, ou seja, quando por ocasião da apresentação da impugnação perante o INSS, a Procuradoria Geral do Estado alegou a NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO, já que procedida sem a observância das prescrições constitucionais e legais pertinentes.

E mais, registre-se e destaque-se o entendimento manifestado pelo ilustre Procurador do próprio INSS, que ao apreciar a questão de aplicação analógica do prazo em dobro para os entes públicos apresentarem defesa administrativa, nos termos do art. 188, do C.P.C., assim se manifestou:

**“Entendo que o art. 5º, inciso LV, da CF, assegura, data venia, a igualdade de tratamento às entidades públicas, quer no processo judicial, quer no âmbito administrativo, a contagem dilatada do prazo para defesa ou recurso.**

**Afinal de contas, se a Lei entendeu de conceder prazo maior para o ente público se defender na esfera judicial e esse fato é inerente à mais ampla defesa a que têm direito**

a União, Estados, Municípios e semelhantes, não há razão alguma para que se não dê igual tratamento ao órgão público (município) posto que, respeitada a processualidade administrativa, entendimento contrário pode implicar cerceamento de defesa, em afronta ao mandamento constitucional”.

Por todo o exposto, emerge de forma cristalina que não tendo sido apreciada a impugnação apresentada pelo Estado do Amazonas tempestivamente, tal fato caracteriza cerceamento de defesa e ofende flagrantemente o princípio do devido processo legal consagrado no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna e, via de conseqüência, nulifica os respectivos Processos Administrativos e as Certidões de Dívida Ativa suportes da Execução em epígrafe, vez que não amparadas pela certeza e liquidez, a que se refere o § 3º do art. 2º, da Lei nº 6.830/80.

## II - MERITORIAMENTE

De meretis, enfrentemos as razões de ordem jurídica que, por certo, demonstrarão a total improcedência das NFLDs, ensejadoras das Certidões de Dívida Ativa, suportes da Execução Fiscal em epígrafe.

Conforme já aduzido, os motivos ensejadores das NFLD'S refere-se ao não recolhimento ao INSS de contribuições sociais de servidores estaduais admitidos sob o regime especial. O Estado do Amazonas recolheu as referidas contribuições ao IPASEA. Entretanto, entende o INSS que tais recolhimentos deveriam ter sido feitos àquele órgão.

Afirma o INSS que os servidores admitidos sob o regime especial não estão amparados por Regime próprio de previdência social, já que não lhes é assegurado aposentadoria por tempo de serviço e, sendo assim, são segurados obrigatórios do INSS.

É mister que se afirme, prove e informe, que na hipótese *sub judice* o INSS comete inúmeros equívocos quando na tentativa de fundamentar as NFLD'S em epígrafe confunde

prestação de serviços temporários com serviços de caráter permanente, fazendo *tabula rasa* de preceitos constitucionais, art. 37, *caput*, IX, art. 149, parágrafo único e art. 202, § 2º, assim como desconsidera as Leis Estaduais n.ºs. 1.674/84 e 1.543/82. Se não vejamos.

### **a) REGIME JURÍDICO E PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES CONTRATADOS SOB O REGIME ESPECIAL.**

É sabido, que os servidores admitidos sob a égide do Regime Especial, disciplinados no Estado do Amazonas pela Lei n.º 1.674/84 (anexa), mantém com o Estado do Amazonas uma vinculação de natureza administrativa, regidos por lei especial, de Direito Administrativo, num regime diverso do estatutário e do celetista, caracterizando-se pela existência de condições derogantes de Direito Comum.

Aliás, tal entendimento já está consagrado por jurisprudência do Colendo Superior Tribunal do Trabalho, consoante se infere do acórdão *in verbis*:

**“Existindo lei estadual que disciplina o regime dos professores contratados em caráter precário, o regime jurídico existente entre o Estado-Membro e o servidor é de natureza administrativa, e não trabalhista. Aplicação do Enunciado 123, da Súmula desta E. Corte. Recurso de Revista conhecido e provido” ( Proc. n.º TST-RR-78232/93.6- Ac. 2\* T- 3189/94).**

Registre-se e destaque-se, ainda, o Enunciado 123, acima referido, no qual o Colendo Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento que:

**“Em se tratando de Estado ou Município, a lei que estabelece o regime jurídico (art. 106 da Constituição) do servidor temporário ou contratado é estadual ou municipal a qual uma vez editada apanha as situações preexistentes fazendo cessar sua regência pelo regime trabalhista. Incompetente é a Justiça para julgar reclamações ajuizadas posteriormente à vigência da Lei especial”.**

Por outro lado, a Legislação Estadual que instituiu o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário (Lei nº1674, de 10.12.84), fora recepcionada pelo novo ordenamento jurídico, vigente a partir de 05.10.88, já que o art. 37, inciso IX, da Carta Magna admite a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

E mais, é sabido e inquestionável que *in casu* a Constituição Federal conferiu, a cada ente de capacidade política, competência exclusiva para dispor sobre a matéria.

No concernente ao assunto, preleciona o emérito prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., 1994, p. 580, *in verbis*:

**“A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidades temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Essa é uma forma diferente do exercício de cargo, de emprego e de função, para a prestação de serviço público. O contratado é, assim, um prestacionista de serviços temporários.**

A Constituição não incluiu a contratação entre as hipóteses de acessibilidade somente para brasileiros, parecendo, assim, possível a contratação de estrangeiros por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

**Que lei? Achamos que será a lei da entidade contratadora: lei federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, de acordo com as regras de competência federativa. Não há de ser lei federal com validade para todas as entidades, porque não se lhe reserva competência para estabelecer lei geral ou especial nessa matéria com validade para todas. A autonomia administrativa das entidades não o permite”(grifamos).**

Pois bem, a Lei Estadual nº1.674/84, que a nível estadual disciplina o Regime Jurídico dos servidores temporários,

prevê textualmente em seu art. 21 que esses são "contribuintes obrigatórios do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Amazonas-IPASEA, nas mesmas bases e condições a que estão sujeitas os funcionários públicos civis do Estado. FAZENDO JUS A IDÊNTICOS BENEFÍCIOS A ESTES CONCEDIDOS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO ESTADO" (destacamos).

Por seu turno, a Lei nº 1.543, de 16 de agosto de 1982, que dispõe sobre as normas de previdência social dos servidores estaduais, a cargo do Estado, através do IPASEA, prevê também como segurado obrigatório daquele Instituto os servidores civis do Poder Executivo, onde como é sabido se incluem os servidores admitidos pelo Regime Especial.

Ademais, a legislação previdenciária do Estado e a Legislação pertinente ao Regime Especial assegura aos contratados por dito regime jurídico, os benefícios e serviços que atendem aos preceitos do art. 201, da Constituição Federal, não havendo, por conseguinte, em que se falar na inexistência de regime próprio da Previdência Social.

E mais, impõe-se ressaltar e enfatizar, ainda que correndo o risco de ser repetitiva, que o ESTADO DO AMAZONAS recolheu ao IPASEA as contribuições previdenciárias relativas a tais servidores e, sendo assim, o tempo de serviço prestado pelos mesmos será computado para efeito de aposentadoria, considerando o disposto no art. 202, parágrafo 2º, do Texto Supremo, que assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na empresa privada, rural e urbana.

Mais a mais, não há que se falar de que estar descoberto do Regime Geral da Previdência Social o período em que o servidor prestou serviço sob o REGIME ESPECIAL, vez que o dispositivo constitucional acima referido prevê que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.

Portanto, o INSS ao desconsiderar tais fatos afronta flagrantemente o art. 37, inciso IX, da Carta Magna, que permite

a contratação de pessoal em caráter temporário, assim como o art. 202, § 2º e o princípio da legalidade a que está submetida como ente da administração pública, posto que desconsidera a legislação estadual competente para disciplinar a matéria.

**b) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO REGIME ESPECIAL ASSEGURAR APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES ADMITIDOS SOB O REGIME ESPECIAL.**

Conforme aduzido anteriormente, é próprio do Regime Especial a contratação por prazo determinado, que segundo a legislação pertinente, não poderá exceder a 4 anos ou até a conclusão de serviços certos e determinados ( art. 4º, incisos I e II, da Lei nº 1674/84).

Ora, se o serviço será prestado em caráter temporário, ou seja, com uma limitação de tempo, é evidente que tal Regime jamais poderá assegurar aos servidores contratados sob a sua égide aposentadoria por tempo de serviço, que pressupõe, em regra, trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, trinta anos de trabalho, à mulher.

Observe-se, que no âmbito da Constituição Federal ninguém se aposenta, ressalvada a aposentadoria por invalidez, com menos de 25 anos. Portanto, em sendo a **PRECARIEDADE** e a **TEMPORARIEDADE** atributos inerentes ao Regime Especial, é no mínimo incoerente **PRETENDER QUE DITO REGIME ASSEGURE A APOSENTADORIA COMPULSÓRIA OU VOLUNTÁRIA.**

**c) VALIDADE DO PAGAMENTO EFETUADO AO IPASEA.**

Mas, ainda que se admita apenas para argumentar que os recolhimentos das contribuições sociais dos servidores admitidos sob o Regime Especial deveriam ter sido feitas ao INSS e não ao IPASEA, mesmo assim tal fato não invalida o pagamento efetuado pelo Estado do Amazonas, considerando o disposto no art. 935, do Código Civil Brasileiro.

Com efeito, prevê o dispositivo legal supramencionado:

**Art. 935- “O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo, é válido, ainda provando-se depois que não era credor”.**

Ensina o mestre Silvio Rodrigues, citando PLANIOL:

**“Credor putativo- define PLANIOL- é aquele que passa, aos olhos de todos, como credor, embora não o seja” (Direito Civil, vol. 2, 21ª ed. p. 136) .**

Ora, o ESTADO DO AMAZONAS procedeu o recolhimento das contribuições sociais dos servidores do Regime Especial ao IPASEA por força de dispositivo legal pertinente a matéria, qual seja, art. 21, da Lei n.º 1.674/84 e 1.543/82, que prevêem textualmente serem esses contribuintes obrigatório daquele órgão.

Resta, portanto, caracterizada não só a boa fé como também a aparência do direito, o que implica na validade do pagamento efetuado pelo Estado do Amazonas e, conseqüentemente, na improcedência da Execução Fiscal visando receber aquilo que já foi pago validamente.

Como bem assevera o consagrado civilista WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO ao comentar o dispositivo do Código Civil acima referido, em sua obra Curso de Direito Civil, 4º vol. , 12ª ed., p. 252/253:

**“A lei atribui preferência ao devedor, no conflito de interesses com o verdadeiro credor, a fim de melhor tutelar a confiança gerada pela crença errônea numa aparente legitimação. Trata-se, esclarece MARIANO D'AMELIO, de um dos aspectos da tutela da aparência do direito”.**

### d) INVASÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Por último, impõe-se ressaltar que a exequente ao desconsiderar a legislação estadual pertinente a matéria e, por via de consequência, "descaracterizar" o regime próprio de previdência do Estado do Amazonas, não só agride a autonomia administrativa estadual como também desrespeita campo de competência tributária traçada pela Carta Magna.

É de se ver, que o parágrafo único do art. 149, do Texto Supremo, autoriza os Estados a instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistema de previdência a assistência social.

Comentando referido dispositivo constitucional, ensina o douto jurista Pinto Ferreira, *in Comentários à Constituição Brasileira*, Ed. Saraiva, 5º vol., pag. 310/311:

" O *caput* do art. 149 prevê que a União tem competência exclusiva para instituir contribuições sociais. Entretanto, imediatamente o parágrafo único do dito artigo autoriza os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio destes, de sistemas de previdência e assistência social".

Portanto, é evidente que a legislação estadual que institui a previdência social no âmbito estadual e inclui os servidores do regime especial como segurados OBRIGATÓRIOS do IPASEA foi recepcionado pelo novo ordenamento jurídico em vigor a partir de Constituição de 1988.

Por outro lado, se ao Estado foi conferido competência tributária para instituir contribuições sociais de seus servidores, onde se incluem os servidores do regime especial, constata-se o desrespeito da exequente a essa discriminação de renda tributária, invadindo inexoravelmente matéria de competência privativa do Estado, o que caracteriza, via de consequência, a inconstitucionalidade por desrespeito à partilha consagrada na Constituição.

**EX POSITIS**, requer a embargante sejam julgados procedentes os presentes Embargos à Execução Fiscal, para:

a) declarar nula e insubsistente as Certidões de Dívida Ativa que embasam a Execução motivadora dos presentes embargos:

b) declarar nula e extinta, por conseqüência, a Execução Fiscal.

c) em decorrência, seja a exequente condenada a pagar honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da execução.

Dá-se aos presentes Embargos o valor de R\$386.257,79, equivalentes a 466.100,87 UFIR'S (valor da execução).

Termos em que  
Pede deferimento.

Manaus, 23 de janeiro de 1996.

**SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO**  
Procuradora do Estado

## **RELAÇÃO DOS DOCUMENTOS ANEXOS**

**DOC. 01- Parte do Processo Administrativo referente a NFLD nº 31.975.455-3, que ensejou a Certidão de Dívida Ativa de igual número, suporte da Execução Fiscal em epígrafe;**

**DOC. 02- Parte do Processo Administrativo referente a NFLD nº 31.975.456-1, que ensejou a Certidão de Dívida Ativa de igual número, suporte da Execução Fiscal em epígrafe;**

**DOC. 03- Parte do Processo Administrativo referente a NFLD nº 31.975.457-0, que ensejou a Certidão de Dívida Ativa de igual número, suporte da Execução Fiscal em epígrafe;**

**DOC. 04- Parte do Processo Administrativo referente a NFLD nº 31.975.458-8, que ensejou a Certidão de Dívida Ativa de igual número, suporte da Execução Fiscal em epígrafe;**

**DOC. 05- Parte do Processo Administrativo referente a NFLD nº 31.975.459-6, que ensejou a Certidão de Dívida Ativa de igual número, suporte da Execução Fiscal em epígrafe;**

**DOC. 06- Parte do Processo Administrativo referente a NFLD nº 31.975.460-0, que ensejou a Certidão de Dívida Ativa de igual número, suporte da Execução Fiscal em epígrafe;**

**DOC. 07- Lei Estadual n.º 1.674/84;**

**DOC. 08- Lei Estadual n.º 1.543/82;**

**DOC. 09- Declaração do IPASEA de que o Estado do Amazonas recolheu as contribuições sociais, no período de janeiro/88 a dezembro/94, dos servidores admitidos no Regime especial;**

**DOC. 10- Comprovantes de recolhimento.**

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS.**

**A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS**, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por sua Procuradora infra-assinada, nos autos da **AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA** que lhe move **LOJAS RIACHUELO S/A** (processo n.º 01.2.97.06014-5), vem, respeitosamente ante V. Exª, requerendo e expondo conforme abaixo, apresentar sua

**CONTESTAÇÃO.**

A Autora insurge-se contra a decisão administrativa favorável à manutenção do Auto de Infração n.º 041766-1, lavrado em face da apropriação indevida de ICMS gerado em razão do ingresso de mercadorias destinadas a integrar o seu ativo imobilizado e para uso e consumo de seu estabelecimento, com esteio nos dados contidos nos documentos fiscais, notificações e conhecimentos de transportes aéreo.

Aduz, em última análise, que a aquisição de impressos personalizados, material de embalagem e bens destinados a integrar seu ativo permanente, asseguram direito ao crédito presumido, uma vez que os estabelecimentos situados na Zona Franca de Manaus, ao receberem mercadorias destinadas à comercialização e à industrialização, fazem jus a essa espécie de crédito.

Como restará demonstrado adiante, a pretensão aduzida pela Autora não merece acolhida. A ausência de suporte legal e a insubsistência de seus argumentos não se mostram hábeis a desconstituir os termos constantes do retromencionado auto de infração.

**BREVES CONSIDERAÇÕES**

A Zona Franca de Manaus, regulamentada pelo

Decreto-Lei n.º 288, de 28.02.67, instituída foi com a finalidade de ensejar o desenvolvimento da região, mediante a concessão de incentivos fiscais. Assim, buscando aproximar o Estado do Amazonas, bem ainda as áreas compreendidas na Amazônia Ocidental (Acre, Rondônia e Roraima) aos grandes centros comerciais, o governo federal criou uma área livre de comércio de importação e exportação.

Em face da previsão de incentivos, o estabelecimento comercial, industrial ou produtor, assentado fora da Zona Franca de Manaus, ao promover a saída de mercadorias, deverá reduzir de seu preço o valor correspondente ao imposto que, normalmente, seria exigido.

Em contrapartida, o adquirente das mercadorias, favorecido pelo crédito fiscal presumido, encontra amparo legal para efetuar a apropriação do imposto que seria devido no Estado de origem, caso não houvesse a instituição do benefício fiscal.

Ressalte-se, ainda, que a mencionada apropriação tão somente verifica-se por ocasião da saída de mercadorias com destino ao Município de Manaus para emprego na **industrialização** ou **comercialização**. Ultrapassando a abrangência dessas específicas situações, não há que se falar em *crédito fiscal presumido de ICMS*.

## DO MÉRITO

### 1. DA ALEGAÇÃO DE ERRO FORMAL E MATERIAL DO LANÇAMENTO

#### 1.1. Do Erro Formal

Defende a Autora ter sofrido cerceamento de defesa em razão da obscuridade e imprecisão da narrativa dos fatos inseridos no retroaludido Auto de Infração; ensejando, assim, prejuízos quanto à elaboração de defesa na esfera administrativa.

Ora Excelência, tais argumentos não merecem prosperar, considerando que, em tempo e momento oportunos, o

contribuinte apresentou suas razões ante a Auditoria Tributária e o Conselho de Recursos Fiscais, setores integrantes do contencioso administrativo.

Com efeito, em ambas instâncias, a manifestação de seu inconformismo não carrega fundamentos subsistentes, hábeis a desconstituir e invalidar o procedimento de fiscalização contra si adotado, posto que a legislação vigorante, como adiante desmonstrar-se-á, face à clareza de seus dispositivos, não enseja conflitos e interpretação dúbia.

Estabelece o art. 142 do Código Tributário Nacional que lançamento é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributária, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Do exposto acima, infere-se, como bem esclarece HUGO DE BRITO MACHADO<sup>1</sup>, que o lançamento contém uma **parte substancial**, vejamos:

"a) no que diz respeito à parte substancial, isto é, a definição da hipótese de incidência, da base de cálculo, da alíquota, ou de outro critério de determinação do valor do tributo, e quanto à identificação do sujeito passivo, a lei em vigor na data em que se consumou a ocorrência do fato gerador da obrigação respectiva."

No caso *sub examine*, o Auto de Infração lavrado contra a Autora goza de todas essas características, como passaremos a demonstrar:

---

<sup>1</sup>MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*. 11.ª Ed. Malheiros, 1996, SP, p. 119.

Hipótese de Incidência	Apropriação irregular de crédito fiscal de ICMS decorrente de mercadorias adquiridas para o Ativo Imobilizado e para Uso e consumo de seu estabelecimento.																		
Base de cálculo	<table> <tr> <td>Principal:</td> <td>R\$</td> <td>76,80</td> </tr> <tr> <td>Corr. Monet.</td> <td>R\$</td> <td>15.076,10</td> </tr> <tr> <td>Vr. Corrigido</td> <td>R\$</td> <td>15.152,90</td> </tr> <tr> <td>Juros</td> <td>R\$</td> <td>5.113,71</td> </tr> <tr> <td>Multa</td> <td>R\$</td> <td>15.152,90</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$</td> <td>35.419,51</td> </tr> </table>	Principal:	R\$	76,80	Corr. Monet.	R\$	15.076,10	Vr. Corrigido	R\$	15.152,90	Juros	R\$	5.113,71	Multa	R\$	15.152,90	Total	R\$	35.419,51
Principal:	R\$	76,80																	
Corr. Monet.	R\$	15.076,10																	
Vr. Corrigido	R\$	15.152,90																	
Juros	R\$	5.113,71																	
Multa	R\$	15.152,90																	
Total	R\$	35.419,51																	
Norma dispositiva	Art. 25, III do RICMS (Dec. 11.773/89)																		
Infração	Art. 22, II do RICMS (Dec. 11.773/89) c/c com o art. 2º, II, § 1º e 9º do Decreto n.º 15.367/93																		
Penalidade	Art. 101 da Lei 1.479/61, II, alínea "h" da Lei n.º 1.320/78.																		

Cumpre-nos, ainda, ressaltar que a obrigação tributária nasce uma vez praticada a situação descrita em lei como necessária à sua ocorrência. A vontade da administração é, portanto, irrelevante; cabendo-lhe tão somente efetuar o lançamento exigido para a cobrança do montante apurado e lançado.

Assim, os Ilustres Fiscais, em respeito ao princípio da legalidade, lavraram o competente Auto por terem vislumbrado a hipótese prevista no art. 25 do Regulamento do ICMS:

"Art. 25 – Salvo determinação em contrário da legislação, acarretará a anulação do crédito:

(...) *Omissis*

III – a ***inexistência***, por qualquer motivo, ***de operação ou prestação posteriores***;

Em momento anterior, o art. 22 inserido no mesmo Regulamento reza:

"Art. 22 – Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

(..) *Omissis*

II – a **entrada de bens destinados a consumo** ou à integração no ativo fixo do estabelecimento;

De fato, a Administração, no exercício de seu mister, constatou através da escrituração fiscal, a adoção de procedimento irregular e não apenas identificou a infração cometida, como também impôs a penalidade aplicável.

Depreende-se, em face de todo o exposto, que, em momento algum, houve desrespeito ao disposto no art. 142 do CTN, seja através da obscuridade ou imprecisão na narrativa da situação fática que causasse prejuízo ao direito da ampla defesa. A maior prova repousa no fato de que o contribuinte, tendo tomado ciência acerca da lavratura do Auto mediante regular notificação, adotou medidas que, no seu entendimento, eram pertinentes, isto é, ingressou com recursos nas instâncias de primeiro e segundo graus, como bem demonstra os documentos 06 e 07 juntados pela Postulante.

## 1.2. Do Erro Material

Como já foi dito alhures, o contribuinte afirma efetuar a compra de material de embalagens destinados a acompanhar a mercadoria por ocasião de sua venda. Em síntese, cinge-se a admitir cabível a apropriação do crédito presumido do ICMS devido considerar *embalagem* como mercadoria comercializável; estando, assim, acobertado pelo art. 19 do RICMS que estabelece:

"Art. 19 – Na forma do inciso I, do art. 49 do Decreto-Lei n.º 288, de 28 de fevereiro de 1967 e Convênio ICMS 65/88, as mercadorias, na forma de produtos industrializados, entradas na Zona Franca de

Manaus, desde que se destinem à comercialização ou industrialização, é concedido crédito fiscal presumido, igual ao montante que teria sido pago na origem em outras Unidades da Federação."

Observa-se, da leitura do artigo acima, que a legislação do Estado do Amazonas tão somente assegura direito ao crédito presumido às empresas que empregam as mercadorias no processo de industrialização ou são destinadas à comercialização.

Buscando maior elucidação, relevante é transcrevermos os incisos I e II, art. 16 do RICMS:

"Art. 16 – O crédito fiscal para cada período de apuração é constituído pelo valor do imposto:

I – referente às mercadorias entradas no período para comercialização;

II – referente às matérias-primas e produtos intermediários, entrados no período, que venham a integrar o produto final e a respectiva embalagem, bem como a energia elétrica e os combustíveis consumidos no processo de industrialização."

Observa-se, diante da leitura dos incisos acima, que a legislação do Estado do Amazonas, tão somente assegura direito a crédito presumido de material para embalagem às empresas que mantêm **estabelecimentos industriais**, afastando às de natureza comercial.

Diante do até então exposto, nota-se que a legislação é clara e afasta dúvidas quanto à apropriação de crédito fiscal presumido no tocante a material de embalagem, uma vez que restringe tal garantia aos estabelecimentos industriais. Já os comerciais somente desfrutam dessa prerrogativa no que se refere às mercadorias adquiridas para comercialização, conforme termos do inciso I, art. 16 do RICMS.

É imperioso, ainda, tecermos interpretação mais acurada do disposto no inciso II do art. 16, sob pena de vir a cometermos equívocos quanto à sua exata abrangência.

Cumpramos, ainda, que, para efeitos de crédito fiscal do imposto, o inciso II do art. 16 do RICMS não se refere indistintamente, a todo e qualquer material de embalagem, como pretende a recorrente, mas, apenas, às "**matérias-primas e os produtos intermediários**, entrados no período, que venham a integrar o produto final e a respectiva embalagem", expressões cujas definições nos são trazidas por MARIA LÚCIA AMÉRICO DOS REIS e JOSÉ CASSIANO BORGES<sup>2</sup>:

"1. **Matéria-prima**: é, em geral, toda substância com que se fabrica algum produto e que passa a integrar o mesmo, perdendo suas características originais. (...)

2. **Produto intermediário**: é aquele que compõe ou integra a estrutura físico-química do novo produto, em geral sem sofrer qualquer alteração em sua estrutura intrínseca. (...)

3. **Material de embalagem**: é aquele que **importa em alterar a apresentação do produto**" (...)

Assim, em face da precisão dos conceitos acima, vislumbramos que as embalagens adquiridas pela Autora não alteram a apresentação do produto, posto que, como mesmo afirma, por tratar-se de lojas de departamento, apenas as utiliza para "**condicionar os produtos por ela comercializados**". Diante de tal argumentação, latente está a finalidade primordial: facilitar o transporte das mercadorias comercializadas.

<sup>2</sup> REIS, Maria Lúcia Américo dos & BORGES, José Cassiano. *O ICMS ao alcance de todos*. 3.ª edição, ed. Forense, 1995, p. 11.

Demais, a aquisição de sacolas, sacos, dentre outros, representa a aquisição de mercadorias para **uso e consumo**. Por essa razão, nasce para o adquirente a obrigação de pagar o **diferencial de alíquotas**, como fora exigido pelo Fisco, nos termos do art. 2º, II do RICMS, ao expedir as notificações arroladas no Auto de Infração:

"Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(.) *Omissis*

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou a ativo fixo.

De conseguinte, uma vez caracterizada as sacolas como mercadorias de uso e consumo, a Autora não goza da prerrogativa de aproveitamento de crédito fiscal nos moldes do já mencionado inciso II, art. 22 do RICMS.

Corroborando o entendimento de que embalagens destinadas a transportar mercadorias não gera direito a apropriação de crédito para compensação em operações seguintes, manifestou-se o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por unanimidade, no RE n.º 94.120-7, que se encontra assim ementado:

NÚMERO DO PROCESSO: RE94120

CLASSE: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

ORIGEM: AL - ALAGOAS

RELATOR: MIN: 127 - MINISTRO CORDEIRO GUERRA

RELATOR PARA ACÓRDÃO:

JULGAMENTO: 1982/09/14

SESSÃO: 02 - SEGUNDA TURMA

**EMENTA:**

- O USO DE SACOS E SACOLAS GRATUITAMENTE FORNECIDOS POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL AOS SEUS FREGUESES, NÃO AUTORIZA O CREDITO DE ICM, NAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. ICM, PARA SUA INCIDÊNCIA NÃO BASTA O SIMPLES DESLOCAMENTO FÍSICO DA MERCADORIA DO

ESTABELECIMENTO COMERCIAL, INDUSTRIAL OU PRODUTOR. FAZ-SE MISTER QUE A SAÍDA IMPORTE NUM NEGÓCIO JURÍDICO OU OPERAÇÃO ECONÔMICA. RE NÃO CONHECIDO.

Destarte, resta demonstrado que o material de embalagem referenciado no inciso II, art. 16 do Regulamento do ICMS, corresponde ao que for empregado em processo de industrialização, o que, no caso presente, não se configura, uma vez que o contribuinte, por exercer atividade tipicamente comercial, utiliza sacolas e outras embalagens apenas para acondicionar os seus produtos vendidos.

### DOS IMPRESSOS PERSONALIZADOS (DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA)

Insurge-se, ainda, a Autora contra a incidência de ICMS sobre impressos personalizados. Como mesmo afirma, adquire tais produtos para seu uso exclusivo. Fundamenta suas razões no fato de que o ciclo econômico encerra-se quando da confecção desses impressos, não havendo possibilidade de utilização por terceiros.

Nos termos da legislação aplicável ao ICMS, o fato gerador do imposto opera-se não apenas com a circulação da mercadoria, mais também na sua aquisição para uso e consumo, de acordo com o disposto no art. 7º, inciso II, do Código Tributário do Estado do Amazonas, que reza:

"Art. 7º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II – Na entrada no estabelecimento de **contribuinte de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo** ou ativo fixo."

Pois bem, nesta hipótese, é devido apenas o **diferencial de alíquotas** do imposto, conforme os seguintes preceitos insculpidos na Constituição da República de 1988:

“Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre (...)

II – Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

VII – Em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços **a consumidor final localizado em outro Estado**, adotar-se-á:

a) A alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto;

(...)

VIII – Na hipótese da alínea “a” do inciso anterior, **cabará ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual”**

Ademais, visando afastar a exigência do Fisco Estadual, aduz que os impressos personalizados não são tributados pelo ICMS, mas pelo ISS (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza), da competência dos Municípios. Assim, mesmo deixando de formular consulta para eliminar dúvidas quanto à exata interpretação da lei tributária, promoveu, por ocasião de sua escrita fiscal, o aproveitamento a crédito da importância paga.

Cumpramos observarmos que o inciso VII do art. 2º do RICMS, ao dispor que o ICMS não incide sobre o fornecimento de mercadoria com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, refere-se tão somente às empresas fornecedoras da mercadoria, no caso *sub examine*, a prestadora do serviço de composição gráfica; excluindo, portanto, as empresas adquirentes de tais mercadorias.

Com efeito, a Postulante não fabrica os impressos personalizados. Apenas os adquire para empregar em suas máquinas registradoras, considerando que sua atividade cinge-se a promover a circulação de mercadorias como calçados, tecidos, roupas, tapetes e demais produtos inerentes às lojas de departamento com grande porte.

Assim, diante da aquisição de impressos para uso próprio, infere-se que as argumentações levantadas não são suficientes para afastar a pretensão do Fisco Estadual. De conseguinte, em face do art. 22 do RICMS, citado alhures, vedar o aproveitamento de crédito fiscal referente ao ingresso de bens destinados a consumo, incorreto foi o procedimento adotado pela Autora.

#### DO PEDIDO

*Ex positis*, isto posto, espera seja extinto presente processo com julgamento de mérito, sendo julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados na inicial e condenando-se a Autora nas verbas sucumbenciais.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exclusão de nenhum.

Neste termos,  
Pede e espera deferimento.

Manaus(AM), 24 de julho de 1997

**ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE DE MENEZES**  
Procuradora do Estado

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.**

**PROCESSO N.º 0129603140-0**

**ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Procurador do Estado adiante firmado, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA** que lhe promove **HELSETE FARES PERES**, vem, com o devido acatamento e respeito, **CONTESTAR**, como de fato a contesta neste ato, em face do que expõe e requer o seguinte:

**DOS FATOS**

**Da Pretensão da Autora**

A Autora, na qualidade serventuária de justiça aposentada no Cargo de Escrivã da Auditoria Militar, em 13 de março de 1989, conforme documento de fls. 07, alega que, tendo chegado à última classe na carreira, vinha regularmente percebendo o prêmio de 20% (vinte por cento), previsto no art. 139, II, da Lei n.º 1.762, de 14 de novembro de 1986, desde o início de sua aposentadoria.

Aduz que, inexplicavelmente, a partir de agosto de 1995, a referida vantagem de 20% foi retirada de seus vencimentos de aposentadoria, o que, no seu entender, veio a ferir o princípio da irredutibilidade de vencimentos do servidor público, insculpido no art. 37, XV da Constituição da República.

Refere que, mesmo tendo pleiteado pela restituição do prêmio, na via administrativa, não logrou êxito porquanto o Egrégio Tribunal de Justiça tenha lhe negado o pedido ao argumento de que não cabia a suscitação de direito adquirido.

Pleiteia, pois, pelo reconhecimento do direito de ter incorporado aos seus vencimentos a gratificação prevista no

Estatuto dos Servidores Públicos do Estado, com deferimento dos pagamentos dos valores em atraso a partir de agosto de 1995, com condenação do Estado nas verbas de sucumbência.

## QUESTÃO PREJUDICIAL

### Da Inconstitucional Vinculação dos Proventos da Autora aos Vencimentos de Juiz

Questão prejudicial no mérito deste processo se consubstancia na inconstitucionalidade da vinculação dos proventos de aposentadoria da Autora com os vencimentos do cargo de Juiz de Direito da Capital decorrente do maisinado parágrafo 4º, do art. 246, da lei n.º 1.503, de 30/12/81, introduzido pela Lei n.º 1.686, de 19/06/85, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 1834-B, de 30/12/87, ainda vigente à época da inativação da Autora, in verbis:

"Art. 246.....

§ 4º. Os proventos dos Serventuários de Justiça inativos, em seu limite inferior, não poderão ficar abaixo dos seguintes níveis:  
a) Tabeliães de Notas, Oficiais de Registros Públicos e Escrivões Judiciais 50% (cinquenta por cento), do vencimento mais a representação dos Juizes de Direito da Capital e, no interior, o dos Juizes de 1ª Entrância".

Esse dispositivo legal, concessa venia, é manifestamente inconstitucional desde o seu nascedouro, pois, já a Carta de 1969, vedava expressamente a vinculação de vencimentos em seu art. 98:

"Art. 98. Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas.

Parágrafo único. Respeitado o disposto neste artigo, é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público”.

A atual Constituição Federal, em seu art. 37, XIII, reiterando o posicionamento anterior, proíbe, expressamente, a vinculação de vencimentos, nos seguintes termos:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundação, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moradia, publicidade e, também ao seguinte:

.....

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;

.....”

Indiscutivelmente, a Autora jamais exerceu funções assemelhadas ou equiparadas às do cargo de Juiz de Direito, não podendo portanto invocar a regra do art. 39, § 1º, da CF, para fazer jus à percepção de proventos vinculados à remuneração dos magistrados, por ser manifestamente inconstitucional, tal com reconhecido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>1</sup> no seguinte aresto:

<sup>1</sup> Acórdão unânime da 1.ª cam. Civ., nos autos da Apelação n.º 51.999/ - Rel. Des. José Brandão, publicado em 30/05/96, recolhido no INFORMATIVO SEMANAL ADV DA COAD 27/96, p. 390.

**"FUNCIONALISMO PÚBLICO PROVENTOS DE ESCRIVÃO-EQUIPARAÇÃO COM OS VENCIMENTOS DE JUIZ.**

A EQUIPARAÇÃO DOS PROVENTOS DE ESCRIVÃO OU ESCRIVENTE JUDICIAL AOS VENCIMENTOS DE JUIZ DE DIREITO DA COMARCA ENCONTRA ÓBICE INTRANSPONÍVEL NO ART. 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, UMA VEZ QUE TAL DISPOSITIVO VEDA A VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO, PARA EFEITO DE REMUNERAÇÃO DO PESSOAL DO SERVIÇO PÚBLICO; E, NÃO SENDO AS FUNÇÕES DAQUELES SERVIDORES IGUAIS OU SEMELHANTES ÀS DO JUIZ DE DIREITO, A DISPOSIÇÃO DO ART. 39, § 1º, DA MESMA CARTA MAGNA, NÃO OS BENEFICIA, POIS A ISONOMIA DE VENCIMENTOS ALI CONSIGNADA SE REFERE A CARGOS DE ATRIBUIÇÕES IGUAIS OU ASSEMELHADAS".

Para que se tenha a exata dimensão da repercussão da inconstitucionalidade dos vencimentos percebidos pela Autora, basta que se observe que no mês de julho/95 seus proventos de aposentadoria acrescidos dos 20% mas calculados sobre os vencimentos básicos de escrivão da auditoria militar montavam no valor líquido de R\$ 1.056,49; ao passo que em agosto/95 - mês em que foi retirado o prêmio obrigando-a, a "efetuar verdadeiras manobras econômicas para honrar compromissos assumidos" - seus proventos passaram a R\$ 4.560,97 porque voltaram a ser vinculados à remuneração de Juiz da Capital, consoante se pode verificar dos contracheques anexados pela própria autora às fls. 42 dos autos.

Disso resulta que admitindo-se, apenas para argumentar, que os 20% (vinte por cento) de prêmio pretendidos pela Autora lhe sejam devidos, haver-se-á de concluir que estes não poderão ser computados sobre vencimentos vinculados à remuneração dos magistrados da Capital, mas sim sobre os

salários de escrivão da auditoria militar fixados pela Lei n.º 2.289, de 04/07/94 (doc. 01), corrigidos pelo Ato n. 0392/96 (doc. 02).

Tendo em vista as questões prejudiciais, via de regra não fazem coisa julgada entre as partes, conforme decorre da dicção do art. 469, III, do CPC, o Réu, no mesmo prazo da presente contestação, está reconvidando conta a autora, competente Ação Declaratória com o escopo de obter prestação jurisdicional no sentido de ser declarado que os proventos de aposentadoria da Autora tomam por base os vencimentos de escrivão da auditoria militar fixados pela Lei n.º 2.289, de 04/07/94, (doc. 01), acrescidos da correção estabelecida pelo Ato n.º 0392/96 (doc. 02), para pode valer-se da autoridade da coisa julgada.

## **DO MÉRITO**

### **Da supressão do Prêmio da Autora**

A Autora, que integra a categoria de serventuários de justiça que ocupam os cargos de escrivões, era lotada, antes de sua aposentadoria, na Auditoria Militar do Estado.

O ato concessivo da aposentadoria da Autora lhe conferiu os benefícios da Lei n.º 1834-B, de 30/12/87 que alterou a redação do § 4º, do art. 246, da Lei n.º 1.503, de 30/12/81, introduzido pela Lei n.º 1.686, de 19/06/85 (docs. 03 a05), conferindo-lhe 50% (cinquenta por cento) do vencimento mais a representação dos Juizes de Direito da Capital.

O Relatório do Presidente da Comissão designada pela Portaria n.º 1.966/95-TJA para proceder estudos sobre a legalidade do prêmio pago aos serventuários de justiça aposentados, previsto no art. 139, II, da Lei n.º 1.762/86, documento anexado pela Autora às fls. 45/47, esclarece que 1992, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em decisão administrativa (doc. 06), suspendeu o pagamento os efeitos da Lei n.º 1.834-B, sob as fundadas razões de que era manifestamente inconstitucional a vinculação dos proventos de aposentadoria dos serventuários de justiça aos vencimentos dos magistrados.

Revela o referido relatório que, inconformado com essa decisão administrativa o tabelião Fernando Barros recorreu ao STJ e obteve ganho a causa, voltando a situação ao estado anterior, isto é, retornando a vinculação com os vencimentos de Juiz. Acresce o Relator que

"os efeitos do julgamento do S.T.J. foram então estendidos aos demais serventuários, e, como consequência, foi-lhes retirado o prêmio".

Aduz o Relator que os serventuários aposentados, dentre os quais se inclui a Autora,

"nunca tiveram o direito adquirido que alegam, porque o prêmio foi concedido tão somente para amenizar uma situação financeira advinda com a retirada dos efeitos da Lei n.º 1.834-B/87. Restabelecidos os direitos previstos nesta Lei, portanto, nada mais justo e lógico que cesse o pagamento daquela gratificação, direito exclusivo daqueles que se aposentam de acordo com as normas estabelecidas no Estatuto dos Funcionários Públicos, como é o caso dos atuais serventuários que hoje estão privados dos benefícios da vinculação de vencimentos, hoje revogados pela Lei n.º 1.920/89, ressalvado apenas o direito adquirido nesse caso".

Estas foram, pois, as razões que levaram a supressão na via administrativa, do prêmio da Autora que, contrariamente às suas alegações na exordial, passou a ganhar mais porquanto tenha voltado a receber proventos vinculados à remuneração dos magistrados, sendo inverídico, portanto, que tenha necessitado "efetuar verdadeiras manobras econômicas para honrar compromissos assumidos", posto que ela própria juntou documentos aos autos que comprovam claramente que seus proventos foram na realidade aumentados, consoante se pode ver de seus contracheques de julho e agosto/1995 (fls. 42).

Acresça-se que a circunstância da Autora ter recebido o prêmio desde sua aposentadoria que terá o condão de que lhe conferir direito sua percepção, porquanto a divisão de pessoal tenha informado que esse pagamento foi efetuado por equívoco na digitação dos códigos da folha de pagamento do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (doc. 07).

Esboroam-se, pois, as alegações da Autora no sentido de que tenham sido reduzidos, com ofensa ao art. 37, XV, da CF, seus proventos de aposentadoria, posto que na realidade passou, de fato, a ganhar mais,

### DO PEDIDO

À luz de todo o exposto e sendo fundamentalmente jurídicas as razões do Contestante, pede-se que V. Exa. se digne, no mérito, em julgar totalmente improcedente a presente ação, condenando a Contestada nas custas processuais e honorários advocatícios que se requer sejam oportunamente arbitrados.

Requer, outrossim, na hipótese de V. Exa. vir a acatar a tese da Autora, pede-se que V. Exa. aprecie, no bojo da Ação Declaratória movida pelo Autor contra a Ré nestes autos, a questão prejudicial de inconstitucionalidade da vinculação de seus proventos de aposentadoria aos vencimentos do cargo de Juiz de Direito da Capital, para o fim especial de deferir o pagamento da vantagem pleiteada somente sobre proventos calculados com base na remuneração de escrivão da auditoria militar.

Protesta e requer, finalmente, por todos os meios de prova em direito admitidos, tais com juntada de novos documentos, perícias e depoimento pessoal da Contestada.

Termos em que  
Pede Deferimento.

Manaus, 05 de agosto de 1996.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador do Estado

## **EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

**ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Procurador do Estado adiante firmado, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA** que lhe promove **HELSETE FARES PERES**, brasileira, divorciada, advogada, serventuária de justiça aposentada, domiciliada e residente nesta cidade de Manaus na Av. Getúlio Vargas, n.º 401, apto. 1101, inscrita no R.G. sob o n.º 104.472-SSP/AM e no CIC sob o n.º 126.438.582-04, vem com o acatamento e respeito habituais e com guarda do prazo legal, **RECONVIR** da referida ação com a presente **AÇÃO DECLARATÓRIA**, fulcrado no art. 315 e seguintes do CPC, em face do que expõe e requer o seguinte:

### **DOS FATOS**

#### **Da ação Ordinária Movida pela Ré**

A Ré interpôs contra o Autor Ação Ordinária com o escopo de vir receber o prêmio de 20% devido aos servidores em final de carreira, nos termos do art. 139, da Lei n.º 1.762, de 14 de novembro de 1986.

Na qualidade serventuária de justiça aposentada no Cargo de Escrivã da Auditoria Militar, em 13 de março de 1989, conforme documento de fls. 07, alegou a Ré que, tendo chegado à última classe na carreira, vinha regularmente percebendo o prêmio de 20% (vinte por cento), previsto no art. 139, II, da Lei n.º 1.762, de 14 de novembro de 1986, desde o início de sua aposentadoria.

Aduziu que, inexplicavelmente, a partir de agosto de 1995, a referida vantagem de 20% foi retirada de seus vencimentos de aposentadoria, o que, no seu entender, veio a ferir o princípio da irredutibilidade de vencimentos do servidor público, insculpido no art. 37, XV da Constituição da República.

Referiu que, mesmo tendo pleiteado pela restituição do prêmio, na via administrativa, não logrou êxito porquanto o Egrégio Tribunal de Justiça tenha lhe negado o pedido ao argumento de que não cabia a suscitação de direito adquirido.

Pleiteou, finalmente, pelo reconhecimento do direito de ter incorporado aos seus vencimentos a gratificação prevista no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado, com deferimento dos pagamentos dos valores em atraso a partir de agosto de 1995, com condenação do Estado nas verbas de sucumbência.

### **Dos Proventos de Aposentadoria da Ré**

A Ré, que integra a categoria de serventuários de justiça ocupante dos cargos de escrivões, era lotada, antes de sua aposentadoria, na Auditoria Militar do Estado.

O ato concessivo da aposentadoria da Ré lhe conferiu os benefícios da Lei n.º 1834-B, de 30/12/87 que alterou a redação do § 4º, do art. 246, da Lei n.º 1.503, de 30/12/81, introduzido pela Lei n.º 1.686, de 19/06/85 (docs. 01 a 03), conferindo-lhe 50% (cinquenta por cento) do vencimento mais a representação dos Juizes de Direito da Capital.

A Ré juntou as fls. 45/47 dos autos Relatório do Presidente da Comissão designada pela Portaria n.º 1.966/95-TJA para proceder estudos sobre a legalidade do prêmio pago aos serventuários de justiça aposentados, previsto no art. 139, II, da Lei n.º 1.762/86. Esse relatório esclarece que 1992, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em decisão administrativa (doc. 04), suspendeu o pagamento os efeitos da Lei n.º 1.834-B, sob as fundadas razões de que era manifestamente inconstitucional a vinculação dos proventos de aposentadoria dos serventuários de justiça aos vencimentos dos magistrados.

Revela o referido relatório que, inconformado com essa decisão administrativa o tabelião Fernando Barros recorreu ao STJ e obteve ganho de causa, voltando a situação ao estado anterior, isto é, retornando a vinculação com os vencimentos de Juiz. Acresce o Relator que

“os efeitos do julgamento do S.T.J. foram então estendidos aos demais serventuários, e, como consequência, foi-lhes retirado o prêmio”.

Aduz o Relator que os serventuários aposentados, dentre os quais se inclui a Ré.

“nunca tiveram o direito adquirido que alegam, porque o prêmio foi concedido tão somente para amenizar uma situação financeira advinda com a retirada dos efeitos da Lei n.º 1.834-B/87. Restabelecidos os direitos previstos nesta Lei, portanto, nada mais justo e lógico que cesse o pagamento daquela gratificação, direito exclusivo daqueles que se aposentam de acordo com as normas estabelecidas no Estatuto dos Funcionários Públicos, como é o caso dos atuais serventuários que hoje estão privados dos benefícios da vinculação de vencimentos, hoje revogados pela Lei n.º 1.920/89, ressalvado apenas o direito adquirido nesse caso”.

Estas foram, pois, as razões que levaram a supressão na via administrativa, do prêmio da Ré que, contrariamente às suas alegações na exordial, passou a ganhar mais porquanto tenha voltado a receber proventos vinculados à remuneração dos magistrados, sendo inverídico, portanto, que tenha necessitado “efetuar verdadeiras manobras econômicas para honrar compromissos assumidos”, posto que ela própria juntou documentos aos autos que comprovam claramente que seus proventos foram na realidade aumentados, consoante se pode ver de seus contracheques de julho e agosto/1995 (fls. 42).

### **DO CABIMENTO DA RECONVENÇÃO**

Estabelece o art. 315, do CPC, *in verbis*:

"Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa".

Humberto Theodor Jr.<sup>1</sup> após ensinar que reconvenção uma verdadeira ação ajuizada pelo Réu contra o autor nos mesmos autos, esclarece que um de seus pressupostos básicos é a conexão; que tanto pode ocorrer com a ação principal quanto com o fundamento da defesa do Réu.

"quando o fato jurídico invocado na contestação para resistir a pretensão do autor, sirva também para fundamentar um pedido próprio do réu contra aquele..."

Mister é esclarecer que a presente reconvenção se dá pela conexão com o fundamento da defesa apresentada pelo Autor na contestação à ação que a Ré lhe promoveu.

De fato, no decorrer da instrução processual o Autor irá demonstrar e comprovar que a Ré não faz jus à percepção de seus proventos de aposentadoria vinculados à remuneração de juiz de direito, haja vista sua manifesta inconstitucionalidade.

Cumprе destacar que a inconstitucional vinculação dos proventos por percebidos pela Ré constitui questão prejudicial na ação que esta lhe moveu. Entretanto, as questões prejudiciais, via de regra não fazem coisa julgada entre as partes, conforme decorre da dicção do art. 469, III, do CPC.

Assim, a presente Ação Declaratória tem o escopo de obter prestação jurisdicional no sentido de ser declarado que os proventos de aposentadoria da Ré tomam por base os vencimentos de escrivão da auditoria militar fixados pela Lei n.º 2.289, de 04/07/94, (doc. 05), acrescidos da correção estabelecida pelo Ato n.º 0392/96 (doc. 06), para poder valer-se da autoridade da coisa julgada.

<sup>1</sup> in "CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL", forence. 1996, 18.ª Ed., p. 318 a 320.

## DO MÉRITO

### Da Inconstitucional Vinculação dos Proventos da Ré aos Vencimentos de Juiz

Questão central no mérito deste processo se consubstancia na inconstitucionalidade da vinculação dos proventos de aposentadoria da Ré com os vencimentos do cargo de Juiz de Direito da Capital decorrente do malsinado parágrafo 4º, do art. 246, da lei n.º 1.503, de 30/12/81, introduzido pela Lei n.º 1.686, de 19/06/85, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 1834-B, de 30/12/87, ainda vigente à época da inativação da Ré, **in verbis**:

Art. 246 .....

§ 4º. Os proventos dos Serventuários de Justiça inativos, em seu limite inferior, não poderão ficar abaixo dos seguintes níveis:

a) Tabeliães de Notas, Oficiais de Registros Públicos e Escrivões Judiciais 50% (cinquenta por cento), do vencimento mais a representação dos Juizes de Direito da Capital e, no interior, o dos Juizes de 1ª Entrância".

Esse dispositivo legal, **concessa venia**, é manifestamente inconstitucional desde o seu nascedouro, pois, já a Carta de 1969, vedava expressamente a vinculação de vencimentos em seu art. 98:

"Art. 98. Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas.

Parágrafo único. Respeitado o disposto neste artigo, é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público”.

A atual Constituição Federal, em seu art. 37, XIII, reiterando o posicionamento anterior, proíbe, expressamente, a vinculação de vencimentos, nos seguintes termos:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundação, 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:

.....  
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;  
.....

Indiscutivelmente, a Ré jamais exerceu funções assemelhadas ou equiparadas às do cargo de Juiz de Direito, não podendo portanto invocar a regra do art. 39, § 1º, da CF, para fazer jus à percepção de proventos vinculados à remuneração dos magistrados, por ser manifestamente inconstitucional, tal com reconhecido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>2</sup> no seguinte aresto:

“FUNCIONALISMO PÚBLICO - PROVENTOS DE ESCRIVÃO-EQUIPARAÇÃO COM OS VENCIMENTOS DE JUIZ.

<sup>2</sup> Acórdão unânime da 1.ª Cam. Civ., nos autos da Apelação n.º 51.999/1 - Rel. Des. José Brandão, publicado em 30/05/96, recolhido no INFORMATIVO SEMANAL ADV DA COAD 27/96, p. 390.

A EQUIPARAÇÃO DOS PROVENTOS DE ESCRIVÃO OU ESCRIVENTE JUDICIAL AOS VENCIMENTOS DE JUIZ DE DIREITO DA COMARCA ENCONTRA ÔBICE INTRANSPONÍVEL NO ART. 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, UMA VEZ QUE TAL DISPOSITIVO VEDA A VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO, PARA EFEITO DE REMUNERAÇÃO DO PESSOAL DO SERVIÇO PÚBLICO; E, NÃO SENDO AS FUNÇÕES DAQUELES SERVIDORES IGUAIS OU SEMELHANTES ÀS DO JUIZ DE DIREITO, A DISPOSIÇÃO DO ART. 39, § 1º, DA MESMA CARTA MAGNA, NÃO OS BENEFICIA, POIS A ISONOMIA DE VENCIMENTOS ALI CONSIGNADA SE REFERE A CARGOS DE ATRIBUIÇÕES IGUAIS OU ASSEMELHADAS”.

Para que se tenha a exata dimensão da repercussão da inconstitucionalidade dos vencimentos percebidos pela Ré, basta que se observe que no mês de julho/95 seus proventos de aposentadoria acrescidos dos 20% mas calculados sobre os vencimentos básicos de escrivão da auditoria militar montavam no valor líquido de R\$ 1.056,49; ao passo que em agosto/95 - mês em que foi retirado o prêmio obrigando-a, a “efetuar verdadeiras manobras econômicas para honrar compromissos assumidos” - seus proventos passaram a R\$ 4.560,97 porque voltaram a ser vinculados à remuneração de Juiz da Capital, consoante se pode verificar dos contracheques anexados pela própria Ré às fls. 42 dos autos.

Disso resulta que admitindo-se, apenas para argumentar, que os 20% (vinte por cento) de prêmio pretendidos pela Autora lhe sejam devidos, haver-se-á de concluir que estes não poderão ser computados sobre vencimentos vinculados à remuneração dos magistrados da Capital, mas sim sobre os salários de escrivão da auditoria militar fixados pela Lei n.º 2.289, de 04/07/94 (doc. 01), corrigidos pelo Ato n. 0392/96 (doc. 02).

## DO PEDIDO

À luz de todo o exposto e sendo fundamentalmente jurídicas as razões do Autor, pede-se que V. Exa. se digne,

determinar a citação da Ré no endereço supra para contestar a presente ação, sob pena de em não o fazendo submeter-se aos efeitos da revelia para julgar procedente a presente ação com a finalidade de declarar que os proventos de aposentadoria da Ré não se vinculam à remuneração dos magistrados, devendo, portanto, tomar por base os vencimentos de escrivão da auditoria militar fixados pela Lei n.º 2.289, de 04/07/94, (doc. 01), no qual foi aposentada, condenando a Ré nas custas processuais e honorários advocatícios que se requer sejam oportunamente arbitrados.

Protesta e requer, finalmente, por todos os meios de prova em direito admitidos, tais como juntada de novos documentos, perícias e depoimento pessoal da Contestada.

Dá-se à presente o valor de R\$ 13.278.12 (treze mil, duzentos e setenta e oito reais e doze centavos).

Termos em que  
P. Deferimento.

Manaus, 05 de agosto de 1996.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador do Estado

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS**

**ICOTI - INSTITUTO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA INTERMUNICIPAL**, Autarquia Estadual, com endereço nesta capital à Rua Emílio Moreira, nº 1.304, Bairro da Praça 14 de Janeiro, por seu procurador infra-assinado (instrumento procuratório em anexo), nos autos de **AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUÉIS (Processo nº 01.2.96.02664-4)**, que tramita pelo expediente deste Juízo, ação esta que lhe é movida por **CASSIANO CIRILO ANUNCIÇÃO**, não se conformando com o r. despacho de fls., que deixou de apreciar os pedidos de reconsideração ou revisão da fixação de aluguel provisório, vem respeitosa e, perante V. Exa., interpor **AGRAVO RETIDO**, o que faz com fulcro nos arts. 523 e seus §§, do Código de Processo Civil, sob os fundamentos expendidos nas inclusas razões:

1. O Agravado ajuizou **AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUÉIS** contra o Agravante objetivando o arbitramento da quantia de R\$ 15.000,00, pleiteando, ainda, a fixação de aluguel provisório, conforme se vê da inclusa cópia da exordial.

2. O Culto Magistrado de 1º grau fixou provisoriamente o aluguel no valor de **R\$ 12.000,00**, importância esta equivalente a 80% do valor pleiteado pelo Agravado, conforme se vê da inclusa cópia do despacho de fls. dos autos em questão.

3. No entanto, apesar do Culto Juiz "a quo" fundamentar a mencionada decisão nos elementos fornecidos pelo Agravado na peça vestibular, não há nos autos da referida **AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUÉIS** qualquer alegação que possa embasar a fixação provisória de aluguel no valor arbitrado.

4. Como é sabido, para fins de obtenção de fixação provisória de aluguel, deve o autor indicar na peça inaugural da demanda os elementos capazes de convencer o juiz de que o valor do aluguel, à época da propositura da ação, é efetivamente o pretendido.

5. Em assim sendo, deveria a exordial ser instruída com laudos de vistoria ou, no mínimo, com laudos fornecidos por órgãos credenciados ou tabelas médias de locação fornecidas por empresas administradoras de imóveis, fato este que não ocorreu nos autos em questão.

6. De se ressaltar que as decisões que arbitram aluguel provisório são interlocutórias, devendo ser fundamentadas, em respeito ao disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

7. Como é sabido, uma vez fixados os aluguéis provisórios, os mesmos são devidos desde a citação, afetando imediatamente a esfera patrimonial da agravante, a menos que haja interposição de recurso, para efeito de se discutir a forma de fixação dos mesmos.

8. Em razão deste fato, insurgindo-se contra a mencionada decisão, conforme se vê às fls., o agravante, amparado no que dispõe o art. 68, inc. III, da Lei 8.245/91, requereu que o Juiz *a quo* reconsiderasse a decisão que fixou o aluguel provisório, ante a ausência de elementos que embasassem tal fixação. No entanto, conforme se vê às fls., o Culto Julgador, além de não se manifestar acerca do referido pedido de reconsideração, determinou que fosse realizada uma inspeção judicial, suprimindo uma omissão da parte interessada, *in casu*, o agravado, no cumprimento de ônus imposto por lei, o que não é permitido.

9. Neste sentido, de se observar o seguinte entendimento jurisprudencial:

**“O aluguel provisório, segundo resulta da lei e de seu caráter cautelar, deve ser fixado quando despachada a petição inicial e sem audiência da outra parte, se o autor o requerer, fornecendo os elementos indispensáveis, tais como pesquisas de mercado, estimativas de corretores imobiliários credenciados, enfim, elementos**

**idôneos que viabilizem o deferimento do pedido. Não cabe fazê-lo depender de perícia determinada de ofício pelo magistrado, por não lhe ser (sic"; o certo é por lhe ser") defeso suprir omissão do interessado no cumprimento de ônus imposto por lei"** (STJ -5ª Turma, REsp. 29.063-0-SP, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 8.2.95, deram provimento parcial, v.u., DJU 6.3.95, p. 4.377, 1ª col., em.). - *in* Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor, Theotônio Negrão, Ed. Saraiva, 1996, pp., nota 3b, ao art. 68 da lei 8.245/91.

10. Por outro lado, como é de sabença, em sede de revisional de aluguéis, depois de fixados pelo Juiz os aluguéis provisórios, a parte atingida pela decisão só terá interesse em recorrer em caso de não atendimento do pedido de reconsideração. Nestes autos, ao determinar a inspeção judicial, deixando de se manifestar acerca do pedido do agravante, o Culto Julgador deu motivos pra que houvesse o presente recurso.

Nesta ordem de idéias, de se observar o enunciado nº 07 do Tribunal de Alçada de São Paulo:

**"Fixado o aluguel provisório na ação revisional, o interesse recursal do réu somente surgirá se não for atendido o seu pedido de revisão daquela fixação"** (CED do 2º TASP, enunciado 7, maioria). *In* Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor, Theotônio Negrão, Ed. Saraiva, 1996, pp., nota 4a, ao art. 68 da lei 8.245/91.

11. Ante o exposto, demonstrada a ausência de fundamentação do mencionado despacho, uma vez que inexistem elementos que possam embasar a fixação provisória de aluguel, e ante a ausência de manifestação acerca do pedido de

reconsideração da decisão que fixou os aluguéis provisórios, requer de Vossa Ex.<sup>a</sup>, caso não reforme a r. decisão, se digne determinar fique o **agravo retido nos autos**, a fim de que a Egrégia Câmara Cível, dele tomando conhecimento, como preliminar, por ocasião da apelação que venha a ser interposta, dê provimento, pelas razões expostas.

Nestes termos,  
Pede deferimento.

Manaus, 12 agosto de 1996.

**MARCELO AUGUSTO A. DA CUNHA**  
Procurador do Estado

## **EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS**

O **ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, constitucionalmente representado por seu Procurador infra-assinado, amparado nas disposições do art. 522, do Código de Processo Civil, nos autos de **AÇÃO ORDINÁRIA DE RESSARCIMENTO CUMULADA COM PERDAS E DANOS** (autos do Processo nº 335/95) movida contra o Ilmo. Sr. **GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO**, vem, no prazo legal, interpor **AGRAVO DE INSTRUMENTO** contra a r. decisão do juiz "a quo" que, em despacho, determinou o julgamento antecipado da lide, para o que expõe e requer o que segue:

### **1. Dos Fatos:**

Tratam os autos de Ação Ordinária de Ressarcimento Cumulada com Perdas e Danos, movida contra o ex-governador do Estado, Sr. Gilberto Mestrinho de Medeiros Raposo, iniciada em face das informações prestadas pelo Colendo Tribunal de Contas da União (às fls. 08 a 10 dos autos) de que há convênios firmados pelo Estado do Amazonas, durante o Governo desse Senhor, que estão em situação de inadimplência.

A ocorrência de inadimplência de Convênios firmados com a União, acarreta, nos termos do art. 2º, § 2º da Instrução Normativa n.º 2 de 19.04.93 da STN, o impedimento da realização de novos convênios com órgãos da Administração Pública Federal ou Entidade Autárquica ou Fundacional, bem como a cessação das transferências de recursos federais para as entidades inadimplentes.

Esses efeitos, porém, podem ser elididos caso a nova Administração da entidade tome as providências no sentido de ressarcir o erário público dos prejuízos ocorridos, inclusive por meio de ação judicial contra os Administradores que deram causa à inadimplência verificada.

É com base nesses objetivos, ou seja: evitar a cessação da transferência de recursos federais para o Estado do Amazonas e ressarcir o erário público estadual dos prejuízos ocorridos, que se move a presente Ação.

Verifica-se que, apesar de constatada a inadimplência, e dos maléficis efeitos que ela poderia produzir acaso não se instaurasse a presente lide, o mérito dos processos que analisam os Convênios eivados de irregularidades não foi, ainda, julgado pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, conforme se depreende do Aviso n.º 910- GP/TCU de 27 de novembro de 1995, constante às fls. 93-94 dos autos.

Em face desse não julgamento, o Estado requereu perante o MM. Juiz a *quo* a Suspensão do Feito, com base no Art. 265, Inc. IV do C.P.C., até que a Corte de Contas analise o mérito dos processos citados, uma vez que essa análise se constitui em Ponto Prejudicial, que condiciona o julgamento da presente Ação Ordinária.

O Ilustre membro do *Parquet* estadual anuiu no pedido formulado pelo Estado, conforme se verifica em seu parecer, às fls. 127 dos autos, em que afirma:

***"Não se vislumbra conflito entre o inciso IV, art. 265, e os incisos IV e VI, do art. 267, do CPC, porquanto aquele se agasalha, perfeitamente, ao pedido formulado, já que para a sentença de mérito se faz necessário seja julgada, pelo TCU, em toda sua inteireza, a prestação de contas do Requerido quanto aos Convênios arrolados pela Inicial.***

***Insta aduzir, que o deferimento do pedido atende ao princípio da economia processual, pelo que, não vendo nisso nenhum prejuízo ao Requerido, opina-se pela suspensão pretendida".*** (grifo nosso)

Apesar do pedido de suspensão estar amparado pela lei e apesar do parecer favorável do Ilustre representante Ministerial, o MM. Juiz decidiu não suspender o Processo, exarando, às fls.128 dos autos, despacho em que decide julgar antecipadamente a lide, nos termos do art. 330, Inc. I do CPC.

## 2. Do Direito:

O pedido de suspensão do processo se fundamentou, conforme se explicitou acima, no art. 265, Inc. IV, alínea b do Cód. de Proc. Civil, que estabelece, *in verbis*:

*Art. 265. Suspende-se o processo:*

*Omissis*

*IV. quando a sentença de mérito:*

*a) ..... Omissis .....*

***b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro***

.....

Note-se que o texto legal determina: “*Suspende-se o processo*”; portanto, há de se convir que, uma vez existentes os motivos que ensejam a suspensão, o processo deverá ser sobrestado pelo juiz. Não existe, pois, discricionariedade do julgador quanto a essa decisão, basta que ocorra a causa de suspensão prevista no texto legal, que o processo deverá, necessariamente, ser paralisado.

No caso em análise, é imprescindível a suspensão do feito até que se julgue, na Corte de Contas, o mérito dos processos que analisam os convênios firmados durante o período em que o requerido permaneceu à frente da Administração do Estado do Amazonas.

Esse julgamento constitui-se em Ponto Prejudicial, ao qual se refere, em sua consagrada obra, lêdo Batista Neves, nos seguintes termos:

*“O inc. IV trata do que seria questão ou ponto prejudicial da sentença de mérito a ser proferida no processo. A questão prejudicial é tratada nas letras a e c. ...*

*A terceira prejudicial, que se alinha na letra **b** do inciso IV, não é uma questão, mas um simples ponto, que, pela sua condição de pressuposto da sentença de mérito no processo, a doutrina qualifica de **ponto prejudicial...**” ( in O Processo Civil na doutrina e na prática dos Tribunais, Vol. II, p. 434, 8ªed., 1995, Editora: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995).*

A questão a ser decidida no TCU, saliente-se, é um Ponto Prejudicial, ou seja, é um fato cuja verificação condiciona o julgamento do mérito da Ação Ordinária, sendo, portanto, pressuposto para seu julgamento.

A respeito da relevância das decisões a serem prolatadas pelos Tribunais de Contas e de sua prejudicialidade em relação às sentenças a serem proferidas nos processos que tramitam no Juízo Comum, José Cretella Jr. nos fornece o seguinte excerto.

*“A decisão do Tribunal de Contas, de qualquer esfera (da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios) diz respeito à regularidade intrínseca da conta, não sobre a responsabilidade do exator ou pagador, nem mesmo sobre a imputação de responsabilidade. Estatui somente sobre a existência material do fato, delituoso ou não, fornecendo à justiça, que mais tarde julgar o responsável, base concreta para o exercício da função judicante. Por outro lado, o Poder Judiciário não tem função no exame dessas contas. ...*

**... São, desse modo, prejudiciais, as questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas do Presidente da República, bem como na dos Administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. A Prejudicialidade do julgamento das contas pelo Tribunal é inequívoca**

.....

*Quando o juiz comum deixa de lado a apreciação feita pelo Tribunal de Contas, infringindo-a, ou tendo-a por desnecessária, está usurpando as funções do Tribunal de Contas, em proveito dos acusados ou contra eles. ... (in Comentários à Constituição de 1998, Vol. V, p. 2798, 2ª Ed., 1991, Editora Forense Universitária).*

Vê-se, portanto, que o pedido de suspensão do processo é albergado pelo Direito em vigor, e sua concessão se constitui em pressuposto imprescindível para o julgamento da causa, uma vez que a matéria em análise no TCU, constitui-se, como foi explicitado, em matéria prejudicial.

### **3. Razões de Reforma da Decisão Agravada:**

A decisão proferida pelo MM. Juiz de primeiro grau constitui-se em *ERROR IN PROCEDENDO*, uma vez que é inadmissível se julgar o mérito da lide, quando ainda está pendente a caracterização de fato que lhe é prejudicial.

A jurisprudência, há muito, é acorde nesse sentido. Alguns julgados evidenciam esse entendimento:

***“Dependendo a solução da questão do exame de prova oportunamente indicada para provar a verdade dos fatos alegados, não pode o juiz antecipar o julgamento***

**da lide**". (grifo nosso) (Ac. unân. da 1ª Sec. Do TFR de 1.4.87, na AR 1.040, rel. Min. Nilson Naves; JTS, 9/80)

"O julgamento antecipado da lide não deve ser utilizado quando a questão está a exigir melhores esclarecimentos, constituindo sua aplicação cerceamento de defesa" (Ac. unân. 10.137 da 1ª Cam. Do TJPA, de 19.03.85, em apel., rel. des. Ricardo Borges Filho; RJTJPA, 36/150; Adcoas 1985, n. 105.171).

"Não pode haver julgamento antecipado da lide se existir questão de fato a ser provada, porquanto, caso contrário, violar-se-ia o sagrado direito ao processo, eliminando-se, ademais, o salutar e indispensável contraditório, que são garantias constitucionais asseguradas aos que litigam em Juízo". (Ac. unân. da 3ª Cam. Do TJMG de 11.5.89, na apel. 79.015-3, rel. des. Régulo Peixoto; *Jurispr. Min.*, 107/257).

Ademais, com a devida *venia*, a r. decisão agravada, além de contrariar a Constituição Federal, uma vez que não foi fundamentada, negou vigência aos arts. 165 e 265, inc. IV, alínea 'b' do Cód. de Proc. Civil.

O MM. Juiz *a quo*, proferiu despacho às fls. 128 dos autos, determinando, *ipsis literis*:

"Há possibilidade de julgamento do feito no estado, a teor da regra do art. 330, I, do Código de Processo Civil.  
Publique-se. Oport., voltem cls. P/ sentença".

Esse despacho, de conteúdo decisório, denegou, implicitamente, o pedido formulado às fls. 115-117 dos autos, no

qual o Estado do Amazonas solicita que o processo seja suspenso até que se decida, no Tribunal de Contas da União, o mérito das contas que analisam convênios firmados durante o período em que o Requerido administrou o Estado.

Apesar do despacho conter cunho decisório negativo, o Meritíssimo Juiz de Primeiro Grau não o fundamentou, infringindo, assim, o preceito constitucional contido no art. 93, inc. IX, que determina:

*"Art. 93-*

*..... Omissis .....*

*IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; (grifo nosso)*

A respeito da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, Nelson Nery Júnior, nos fornece o seguinte ensinamento:

*"Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. ...*

*Caso não sejam observadas as normas do art. 93, IX e X da Constituição Federal, a falta de motivação das decisões jurisdicionais e administrativas do Poder*

*Judiciário acarreta a pena de nulidade a essas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional. (in Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 160-161, 2ª Ed., 1995, Editora Revistas dos Tribunais).*

O despacho exarado no Juízo Monocrático, além de contrariar o texto constitucional, **negou vigência de lei federal**, uma vez inobservou os seguintes dispositivos legais:

**a)** O Art. 165, do CPC, que ordena expressamente que todas as decisões judiciais serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Este dispositivo contido na lei processual civil, que, por seu âmbito de incidência e por sua relevância na materialização do princípio do devido processo legal, foi albergado no texto da Carta Magna vigente, tem por fundamento o fato de que as decisões judiciais têm como destinatários não apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*. Visando possibilitar, dessa forma, a aferição, em concreto, a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça de suas decisões, uma vez que por meio da fundamentação se determinam os motivos que levaram o Julgador a tomar essa ou aquela decisão.

No caso em análise, o MM. Juiz de primeiro grau, ao proferir despacho, às fls. 128 dos autos, determinando que irá julgar antecipadamente a lide, negou o requerimento formulado pelo Estado do Amazonas, no qual se solicitou que o processo fosse sobrestado até que o Colendo Tribunal de Contas da União analisasse o mérito de Ponto Prejudicial, que condiciona o mérito da Ação Ordinária.

Esse despacho, de conteúdo decisório, não foi devidamente fundamentado, o que acarreta em desrespeito ao texto legal, havendo, pois, negativa de sua vigência.

A jurisprudência é remançosa no sentido da nulidade de decisões judiciais que não estejam devidamente fundamentadas. Theotonio Negrão, (*in* Cód. de Processo Civil e legislação processual em vigor, nº. 5 ao art. 165, 27ª ed., 1996, Editora Malheiros) fornece nota que se adequa plenamente ao caso em análise:

*“Devem ser fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (CF 93-IX). É nula a decisão interlocutória sem nenhuma fundamentação (RJTJESP 128/95, bem argumentado, RF 306/200, JTA 34/317, 123/192). ...*

**b)** O art. 265, inc. IV, alínea 'b' do C.P.C., que estabelece a obrigatoriedade de se suspender o curso do processo, quando a decisão de seu mérito está condicionada a fato ainda não verificado.

Agindo como agiu, o MM. Juiz de primeiro grau contrariou dispositivo de lei federal, uma vez que, conforme já se aduziu acima, presentes os pressupostos da suspensão, o Processo deve necessariamente ser sobrestado, não ficando esta decisão subordinada à discricionariedade do julgador.

A jurisprudência é acorde no sentido da necessidade da suspensão do processo em casos semelhantes ao analisado. O julgado transcrito abaixo demonstra esse entendimento:

*“A relação condicionante, objeto de outra causa, dada a sua natureza prejudicial, determina a suspensão do processo, por força de norma legal que prestigia o princípio da economia processual e a própria lógica do sistema jurídico”. (STJ-4ª Turma, Resp. 3.032-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 7.5.91, deram*

provimento, v.u., DJU 3.8.92, p. 11.318, 2ª col. em.)

Despiciendo salientar a frontal ofensa ao texto Constitucional e à legislação federal relativa ao Processo Civil, pelo que se espera que essa Egrégia Câmara reforme a decisão ora agravada.

#### **4. Do Pedido. Da Necessidade do Efeito Suspensivo:**

##### **Da concessão do efeito suspensivo.**

Do exposto, diante da relevância dos fundamentos expendidos e do iminente perigo de prejuízo ao interesse público, consistente na possibilidade da extinção do processo sem julgamento de seu mérito, face a ausência da decisão do Tribunal de Contas da União quanto ao mérito dos processos que analisam as contas do período em que o Requerido administrou o Estado; e em face, ainda, da possibilidade do transcurso do tempo poder acarretar a ineficácia do provimento do presente recurso, o que com certeza esta Egrégia Câmara Julgadora determinará; requer seja conferido, nos termos do art. 527, inc. II, do Código de Processo Civil, efeito suspensivo ao presente Agravo de Instrumento.

##### **Do provimento do agravo:**

Pelo exposto requer o Agravante seja intimado o Agravado, na forma do art. 527, inciso III, do CPC, para responder no prazo de dez dias, a fim de que este Egrégio Tribunal de Justiça, tomando conhecimento deste Recurso, lhe dê provimento, para reformar a decisão recorrida, a fim de suspender o processo até que se decida o mérito das contas que estão em análise no TCU e anular a decisão proferida pelo MM. Juiz de primeiro grau, diante da procedência dos jurídicos fundamentos aqui expostos.

Em atendimento ao disposto no art. 524, inciso III, do CPC aduz-se que o advogado constante do processo é seguinte: Advogado do Requerido — **Dr. JOSÉ FRANCISCO LIMA PESSOA**, inscrito na OAB/Am sob o n.º 1.897; com escritório localizado nesta cidade, na Rua 10 de julho, n.º. 85, Centro.

Nestes termos,  
Pede deferimento.

Manaus, 26 agosto de 1996.

***Ricardo Augusto De Sales***  
Procurador do Estado do Amazonas

#### DOCUMENTOS QUE INSTRUEM O PRESENTE:

1. Cópia da decisão agravada;
2. Cópia da certidão da intimação;
3. Cópia das procurações outorgadas aos advogados do agravante e agravado;
4. Informação do TCU sobre a existência da inadimplência de convênios firmados;
5. Ofício do TCU informando que o mérito dos processos que analisam os convênios inadimplentes ainda não foi analisado;
6. Pedido de suspensão do processo feito pelo Estado;
7. Parecer do membro do Ministério público.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA  
1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE MANAUS/AM**

*Proc. N°01.2.96.07976-4*

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, vem à presença de V. Ex<sup>a</sup>, **CONTESTAR** os termos da **AÇÃO ORDINÁRIA DE INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO PARA INATIVOS** n° 01.2.96.07976-4, que lhe move o **SINDICATO DOS TRABALHADORES PÚBLICOS DA ÁREA DA SAÚDE DO ESTADO DO AMAZONAS-SINTPASAM**, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor, para ao final, requerer:

**I - SUMÁRIO DOS FATOS**

Cuida-se de ação ordinária em que o autor requer a transmutação da gratificação salarial em reajuste salarial, com a necessária incorporação aos vencimentos.

Afirma que inexistente parâmetro para avaliar a produtividade necessária para o pagamento da gratificação. Chega até a asseverar que, para alguns doutrinadores, é incabível o pagamento de gratificação aos funcionários públicos.

Assevera, ainda, que a aludida gratificação é extensível aos inativos.

Por fim, requer a condenação do suplicado, nos termos do pedido,

## II DO DIREITO

### A) PRELIMINARES

#### 1) PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

*Ab initio*, cabe demonstrar a ilegitimidade ativa *ad causam* para compor a presente relação processual, posto que trata-se de sindicato postulando direito individual pertencente aos componentes da categoria.

De fato, o instituto da substituição processual está regulado pela norma contida no artigo 6º do Código de Processo Civil, que é taxativa:

***Art. 6º - "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei." (grifamos)***

Indiscutível, pois, que a substituição processual somente pode dar-se nas hipóteses expressamente previstas em lei.

O sindicato autor, presumidamente, quer ver reconhecida sua condição de substituto processual à luz dos seguintes dispositivos legais: o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal, e o art. 3º da lei nº 8.073/90.

Sem dúvida, nenhum dos dois diplomas legais: o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal, que trata da representação processual, e a lei de um artigo só, Lei nº 8.073/90, estão a lhe outorgar tal condição.

Com efeito, o citado art. 8º, III, da Carta Magna, não forneceu uma genérica e ilimitada autorização para que os sindicatos laborais possam propor dissídios individuais, como substitutos processuais, não só de seus associados, mas sobretudo, de todos os integrantes de sua categoria profissional.

Tanto é assim que, pouco depois, adveio a Lei nº 7.788/89, já revogada, que, em seu art. 8º, previa a possibilidade de

as entidades sindicais atuarem como substitutos processuais da categoria, figura não contemplada pelo art. 8º, III, da Constituição Federal.

A substituição processual pretendida pelo Sindicato também não encontra guarida no art. 3º, da Lei nº 8.073/90.

A referida Lei, que visava estabelecer a Política Nacional de Salários, porém de uma forma insólita, restou reduzida a único artigo de natureza processual, que diz respeito à possibilidade de as entidades sindicais atuarem como substitutos processuais dos interesses da categoria, sem qualquer aplicação, uma vez que a Lei restou vazia de conteúdo.

A redação do artigo supramencionado não especifica as situações em que as entidades sindicais poderão atuar como substituto processual. Vê-se, pois, que em nada alterou a situação do Sindicato, em face da legislação processual.

Ademais, no caso em tela, os direitos pleiteados não são da categoria, mas sim individuais dos componentes da categoria, não permitindo a lei a representação sem a outorga de mandato.

A jurisprudência de nossos tribunais se afirma no sentido de acolher a tese da ilegitimidade processual do sindicato. Merecendo menção as seguintes decisões:

**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL -  
SINDICATO - LEI Nº 8.073/90 -  
APLICAÇÃO INVIÁVEL**

*"Lei nº 8.073/90. Aplicabilidade. Torna-se de difícil aplicação um instituto legal que não contém qualquer objetividade processual. No caso da Lei nº 8.073/90, apenas dispõe que o sindicato pode atuar como substituto processual dos integrantes da categoria, não explicitando se direitos de toda a categoria ou direitos*

*individuais. Assim, inviável a sua aplicação.*"(Ac. da 2ª T do TRT-10ªR - Edcl. RO 4.1822/89 -Regl. Juiz Miguel Setembrino - DJ 02.04.91 - Embte.: Sindicato dos Empregados em Estabelecimento Bancário no Estado do Mato Grosso do Sul, Embdo.: Ac. 2ª T nº 3.039/90 - DJ, II, 23.05.91, p. 11.572 - ementa oficial)

*"Quanto a lei nº 8.073/90, não há que se falar em violação, pois tal dispositivo legal, foi redigido de forma a não explicitar a substituição, conforme deveria dispor. A redação da referida lei é tão somente a seguinte:*

*As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.*

*A possibilidade desta atuação já era prevista para a ação de cumprimento e, entendem alguns juristas, também no dissídio coletivo. Questiona-se, quais são os direitos assegurados por esta Lei? Poderia o sindicato atuar como substituto processual para pleitear horas extras ou verbas rescisórias? Diante da estranha e inobjetiva redação do referido diploma legal, deixo de aplicá-lo. É o meu voto. (in Repertório IOB de Jurisprudência -1ª quinzena de julho de 1991 - nº 13/91, p. 210).*

Não foi sem razão que o insigne Pontes de Miranda, ao tratar da substituição processual asseverou que:

*"Compreende-se que só a lei possa estabelecer que alguém exerça, em nome próprio, direito alheio. A titularidade do direito é que leva à pretensão e à ação de direito material, remédio jurídico*

*processual. O que o art. 6º do CPC estatui é que não pode dizer que tem direito, pretensão e ação, quem não é titular do direito, e, pois, também não o é da pretensão e da ação; mais ainda, não pode exercer a ação, qualquer que seja a espécie, como se titular fosse, mesmo admitindo que o direito é alheio... Só a lei especial, pode atribuir a alguém o poder de exercer a pretensão pré-processual e a processual em nome próprio."*

Seguindo este raciocínio, pode-se facilmente concluir que a *Lex Fundamentalís* de outubro de 1988, ao abordar a matéria no art. 8º, inciso III, não tratava de substituição processual, e sim de legitimação ordinária, porquanto tinha apenas elevado a nível constitucional a obrigatoriedade do sindicato da categoria, consagrado em lei ordinária, de prestar assistência judiciária aos respectivos Associados.

Neste sentido, inclusive, existe entendimento sumulado do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciado no Enunciado nº 310, *in verbis*:

*"I) O artigo 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato.*

*II) A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis n.º 6.708, de 30.10.79, e 7.218, de 29.10.84, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788.*

*III) A Lei nº 7.788/89, em seu artigo 8º, assegurou, durante sua vigência, a*

*legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.*

*IV) A substituição processual autorizada ao sindicato pela Lei n° 8.073, de 30 de julho de 1990, alcança todos os integrantes da categoria, e é restrita às demandas que visem a satisfação de reajustes salariais específicos, resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.*

*V) Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial, e, para o início da execução, devidamente identificados, pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.*

*VI) É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.*

*VII) Na liquidação da sentença exequênda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para este fim, inclusive nas ações de cumprimento.*

*VIII) Quando o sindicato for autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.*

Razão pela qual, a presente Preliminar deve ser acolhida, extinguindo-se o feito sem julgamento meritório, nos termos do arts. 295, II, c/c art. 267, IV, ambos do CPC.

## 2) DA PRELIMINAR DE FALTA DE AUTORIZAÇÃO

Compulsando-se os autos, nota-se que inexistente a autorização dos sindicalizados, quer para o sindicato vir em juízo, como substituto processual, quer procuração, exigida jurisprudencialmente (Enun. N° 310/TST, *mutatis mutandis* aplicável à espécie).

Com efeito, para a constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, afigura-se necessário a coexistência dos pressupostos processuais, em que se definem determinados requisitos, consubstanciados em todos os elementos e circunstâncias estritamente formais, indispensáveis à admissibilidade do julgamento do *meritum causae*.

Como sabemos, tais pressupostos podem ser objetivos ou subjetivos.

E, dentre os subjetivos, ou seja, os relativos aos sujeitos processuais, imprescindível é, que tenham :

- a) capacidade de ser parte;
- b) capacidade processual;
- c) capacidade postulatória.

Daí, porque a falta de qualquer um desses pressupostos processuais subjetivos importa na extinção do processo sem julgamento meritório, nos termos do art. 267, IV, CPC.

Não podendo se desenvolver validamente, o processo não tem como atingir a sua finalidade, qual seja a solução do litígio. Mesmo porque, nem sabemos se necessariamente existe litígio, pois o autor não possui nenhuma documentação que o autorize a postular em nome próprio direito de terceiros.

Verdadeiramente, não há nem um título ou diploma jurídico que autorize ou justifique a presença do autor nestes autos.

Nem se fale em invocação ao art. 8º, inciso III, da Carta Magna de 1988, pois o mesmo, conforme firmada jurisprudência, não é auto-aplicável, mas mesmo que, *ad argumentandum tantum*, o fosse, não dispensaria, como bem demonstra o prof. Valentin Carrion, de qualificar, individualmente, na inicial, todos os autores, sob pena de ser declarada a inépcia da inicial.

Razão pela qual, requer que o presente feito seja extinto sem julgamento meritório, nos termos do art. 267, IV, CPC.

## B) DO MÉRITO

Partindo-se do pressuposto já demonstrado linhas atrás, ainda que vencida as preliminares suscitadas, vislumbra-se no mérito, que o suplicante não tem razão na sua trajetória postulada.

Com efeito, entende o autor, que toda gratificação significa necessariamente, contraprestação, e como na espécie, acredita que esta inexistente, requer que a gratificação seja transformada em reajuste salarial.

*Data venia*, tal raciocínio se encontra equivocado.

Com efeito, vejamos, o insigne Prof. Arnaldo Süssekind, na obra, Instituições de Direito do Trabalho, conceitua gratificação como:

*"No seu conceito originário a gratificação seria uma dádiva, que tem, basicamente, o caráter de voluntariedade: uma dádiva voluntária com a qual o patrão reconhece as vantagens derivadas da colaboração normal do pessoal dependente para a prosperidade da empresa. Neste sentido, a natureza e a razão da gratificação não diferem da de um abono com que se reconhece a um trabalhador um determinado mérito."*

Não é outra a lição do saudoso prof. Hely Lopes Meirelles, para quem:

*"Gratificação são vantagens pecuniárias atribuídas precariamente aos funcionários que estão prestando serviços comuns da função em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade (gratificação de serviço), ou concedidas como ajuda aos servidores que apresentem os encargos pessoais que a lei especifica (gratificações pessoais). As gratificações de serviço ou pessoais, não são liberalidades puras da administração; são vantagens pecuniárias concedidas pelo recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção."*

Portanto, percebe-se que se faz desmotivada a motivação invocada pelo postulante.

Nota-se, ainda, que este partiu de uma noção equivocada de conceitos e, conseqüentemente, de conclusões, como se passa a demonstrar:

Primeiro, a gratificação de produtividade destina-se a incrementar o desenvolvimento da própria atividade laboral, em benefício de toda a comunidade.

Entender de outra forma, seria desvirtuar a natureza do ato e impedir os avanços no campo do direito social.

Em segundo lugar, como já foi dito, a gratificação de produtividade, não se encontra necessariamente subordinada ao cumprimento de alguma condição ou serviço em especial, mas sim a melhoria e maximização da atividade desenvolvida.

Melhoria esta que se destina a toda a comunidade em especial.

Ademais, é de se ressaltar que a gratificação se constitui em direito outorgado mediante norma regulamentar do Estado, o balizamento e, portanto, as condições pertinentes à aquisição devem ser respeitados, pois a interpretação elástica do texto legal estatuidor da gratificação contribui para a inibição do Estado-Administração, deixando de antecipar-se no campo social, em claro prejuízo às camadas assalariadas.

O exposto ganha força se considerarmos que toda norma que estabelece direitos e vantagens, deve, via de regra, receber interpretação literal, não se podendo ampliar os seus conceitos para nele incluir figuras que não estavam originariamente previstos, sobretudo se elas ampliam uma liberalidade, dando-lhe uma conotação muito mais ampla que a inicialmente desejada.

Outro ponto levantado pelo autor, e que merece ser devidamente examinado, para se afastar as conclusões a que chega, é relativo ao conceito de remuneração como elemento necessário para ensejar a incorporação da gratificação aos servidores inativos que não preenchem os requisitos estabelecidos em lei.

Com efeito, não é sem razão que o Prof. Ivan Barbosa Rigolin afirma que:

*"Compreende-se a remuneração dos servidores em principal e acessória; principal, para o estatutário, é o vencimento, para o celetista, o salário; acessória é, para ambos, aquela constituída das vantagens funcionais, sejam inerentes ao posto, sejam pessoais. E remuneração, como se percebe, é a designação constitucional (e doutrinária) genérica de ganho, do valor percebido pelo servidor em razão do posto que ocupa e do serviço que presta." (in O Servidor Público na Constituição de 1988).*

Ora, quando o texto constitucional fala em Remuneração, não quer se referir a uma noção ampla, mas sim e tão-só, aquela que corresponda aos ganhos efetivos do servidor.

Assim, a remuneração de que trata o Constituinte, não abrange, como tenta fazer ver o suplicante, a figura da gratificação.

Além, disso, também, *data venia*, equivoca-se o autor ao afirmar que tal gratificação é cumulável com a aposentadoria, estendendo-se, inclusive, aos já em inatividade.

Neste sentido, inclusive, existe decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, a qual, ora transcrevemos:

*FUNCIONÁRIO PÚBLICO. - GRATIFICAÇÃO CONCEDIDA A FUNCIONÁRIOS EM ATIVIDADE. - A ELA NÃO TEM DIREITO O FUNCIONÁRIO APOSENTADO, POIS NÃO SE TRATA DE AUMENTO GERAL DE VENCIMENTOS. - DECISÃO QUE EXAMINOU, SEM OFENSA A DIREITO FEDERAL, LEI ESTADUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INCABÍVEL. - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. AGRAG-58187; AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO OU DE PETIÇÃO. (Relator MINISTRO RODRIGUES ALCKMIN (125) UF/País SP - SAO PAULO Julgamento 18/11/1974 01 - PRIMEIRA TURMA Publicação DJ DATA-06-12-74 PG).*

Igualmente, milita em erro o autor ao afirmar que a gratificação de produtividade suprime várias outras, já existentes.

Ora, cabe a administração, o poder de organizar seus serviços, neste sentido existe abundante jurisprudência e doutrina. Além disso, a alegada supressão na verdade não se operou, o que de fato houve, foi um reenquadramento e uma nova reestruturação, em claro benefício as camadas laborais.

Portanto, os argumentos desenvolvidos pelo autor não encontram substrato fático ou jurídico que venha a sustentá-los, razão pela qual, qualquer que seja o ângulo ou prisma em que se vislumbre a questão, a mesma não tem como prosperar.

### **III DO PEDIDO**

Finalmente, o Estado do Amazonas requer a V. Ex<sup>a</sup> que a presente seja recebida em todos os seus termos, e acolhendo as preliminares levantadas, determine a extinção do feito sem julgamento meritório, nos termos da legislação processual civil. Caso contrário, se rejeitadas as preliminares, no mérito, confia que V. Ex<sup>a</sup> haverá de julgar a ação improcedente, condenando a suplicada, em qualquer das hipóteses, ao pagamento das custas processuais, honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor da causa e demais cominações legais.

Termos em que,  
Pede deferimento.

Manaus/AM, 10 de outubro de 1996.

**ERICK C. L. LIMA**  
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 interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, por meio do procurador signatário, não se conformando **data venia** com a r. sentença prolatada às fls. 18 a 19, dos autos dos Embargos à Execução de Título Judicial n.º 14018-1 (209/96), que move contra BRASIL JUTA S.A. FIAÇÃO E TECELAGEM DE JUTA, ja qual., vem respeitosamente perante Vossa Excelência interpor **RECURSO DE APELAÇÃO**, com arrimo no art. 513 do CPC, pelo que requer juntada e processamento, na forma do art. 518 e seguintes do Diploma Processual Civil, remetendo-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, para que dele tome conhecimento e, ao final, lhe dê o esperado provimento conforme as anexas razões.

N. termos,  
P. deferimento.

Manaus, 27 de junho de 1996.

**RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA**  
Procurador do Estado

## RAZÕES DA APELAÇÃO

Apelante: ESTADO DO AMAZONAS  
Apelado: BRASILJUTA S.A. - FIAÇÃO E TECELAGEM DE JUTA  
Ação : EMBARGOS À EXECUÇÃO N.º 14018-1 (209/96).

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

### DO INTERESSE RECURSAL

Preliminarmente, antecedendo à exposição das razões meritórias do presente recurso, afigura-se-me de bom alvitre frisar, por oportuno, a existência dos requisitos e pressupostos recursais autorizadores do conhecimento do presente Apelo por Este Egrégio Tribunal, mormente no que pertine a presença do interesse de agir do Apelante.

Em análise perfunctória, poder-se-ia não vislumbrar o seu interesse, visto irresignar-se o Apelante contra uma sentença pela qual se julgou pela procedência dos Embargos à Execução por ele opostos. Dessarte, sendo vencedor, lhe faltaria um pressuposto subjetivo para agir em sede de recurso.

Inocorre, todavia, no caso, a citada carência, posto que encontra o Apelante, no dispositivo da respeitável sentença a quo, prejuízo iminente, conforme se provará no bojo do presente arrazoado.

Sustenta-se que, embora tenha sido acatada pela r. sentença recorrida o fundamento alegado de excesso de execução, pela exorbitância dos valores requeridos na exordial da execução, nela foi fixado o **quantum debeatur** a executar e neste remanesce, ainda, significante excesso de quantia, tomando

como base o respectivo título judicial. Em suma: o valor estabelecido na sentença recorrida, embora menor que o proposto pela Apelada, continua excessivo, residindo, nessa situação, o prejuízo do qual é corolário o interesse de agir do Apelante.

Este prejuízo, não só econômico mas sobretudo jurídico, em consonância com a mais autorizada doutrina, é situação bastante que serve para discernir e mensurar a sucumbência havida, e, por via de consequência, identificar, em prelibação, a presença do interesse recursal.

O Código de Processo Civil dispõe acerca do mencionado requisito de admissibilidade recursal no seu art. 499, ao estatuir que: **"o recurso pode ser interposto pela parte vencida"**.

A inteligência do referido dispositivo deve ser alcançada mediante a análise conceitual da locução "parte vencida".

Da exegese finalística e sistemática da norma, conclui-se, como prosélito da melhor doutrina, que parte vencida é aquela que sofreu prejuízo ou lesividade com a sentença recorrida. Assim sendo, nem sempre a decisão favorável criará plena satisfação do que foi pretendido, obstaculizando a via recursal. Eis o que se vislumbra no presente caso.

A respeito, vale transcrever, por sua pertinência, trecho da construção jurisprudencial constante da RT 491/111, a qual se utiliza do magistério do eminente J. C. Barbosa Moreira com o escopo de definir o real significado do art. 499 do CPC:

" Quando o art. 499 do Código de Processo Civil fala em ' parte vencida', como a que tem direito ou legitimidade para recorrer, está a referir-se à parte prejudicada pela decisão de primeira instância, que lhe não reconheceu direito ou pretensão postulada, inferiorizando-a em relação à parte adversa. Em matéria

de recurso, como é iterativo, não se pode prescindir do requisito da lesividade, que irá informar da utilidade para quem o utilizou, como forma única ou adequada para obter o que foi negado, postergado ou prejudicado pela decisão ocorrida. **Quando, pois, o art. 499 do CPC fala em " parte vencida", como a que tem direito ou legitimidade para recorrer, está a referir-se à parte que foi prejudicada pela decisão da primeira instância, que lhe não reconheceu direito ou pretensão postulada, inferiorizando-a em relação à parte adversária. Como leciona, a propósito, Barbosa Moreira, é vencida a parte, sem dúvida, quando a decisão lhe tenha causado prejuízo, ou a tenha posto em situação menos favorável do que ela gozava antes do processo, ou lhe haja repellido alguma pretensão, ou acolhido a pretensão do adversário. Mas também se considerará vencida a parte quando a decisão não lhe tenha proporcionado, pelo prisma prático, tudo que ela poderia esperar, pressuposta a existência do feito**(Comentários ao Código de Processo Civil, vol.V/237, ed. Forense. n.º 127)" (grifei)

Conforme pontifica o citado processualista, o interesse de agir repousa no binômio utilidade + necessidade. **In casu** a utilidade deriva da possibilidade de um resultado que corresponda a situação mais vantajosa do que a emergente da decisão recorrida. E a necessidade surge do obrigatório manejo da via recursal para se obter a modificação da sentença (cf. Comentários ao Código de Processo Civil vol. V, p. 276).

Assim, **ex positis**, patente o interesse recursal, assim como os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso passa-se a expender as razões do mérito recursal.

## DOS FATOS

Versam os autos acerca de Embargos à Execução opostos à ação executiva de título judicial movida por BRASILJUTA S.A., nos autos da Ação ordinária de indenização por desapossamento administrativo, processo n.º 098/90, na qual foi o Apelante condenado, em 19 de fevereiro de 1992, a pagar, a título de indenização, a importância de Cr\$ 57.623.181,00 (cinquenta e sete milhões, seiscentos e vinte e três mil, cento e oitenta e um cruzeiros) à Apelada, acrescida de juros compensatórios e de mora e honorários advocatícios na base de 20%.

Ocorrido o trânsito em julgado da r. sentença de fls. 127 a 131, em maio de 1994, após ter-se desenvolvido uma parte do procedimento de liquidação por cálculo do contador, por força da nova redação dada ao art. 604 do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 8.898, de 29.06.94, promoveu a Apelada a execução do julgado, instruindo a Inicial com o que reputou ser a memória discriminada e atualizada do cálculo da condenação judicial. Chegou a Apelada a contabilizar um montante de R\$ 3.169.611,36 (três milhões, cento e sessenta e nove mil, seiscentos e onze reais e trinta e seis centavos), sem a inclusão das custas processuais.

Da conta apresentada exsurgiu cristalinamente o manifesto excesso de execução, nos termos do art. 741, inciso V, combinado com o art. 743, inciso I, ambos do Código de Processo Civil. O valor apresentado é deveras elevado e de manifesta im procedência. Daí terem sido ajuizados os presentes Embargos.

Oferecida a impugnação pela Apelada aos presentes Embargos a fls. 06 a 07, os autos foram conclusos ao MM. Juiz a **quo**, que achou por bem converter o julgamento antecipado em diligência, ordenando a remessa dos autos à contadoria, para

que, na qualidade de auxiliar do Juízo, procedesse à feitura de novos cálculos segundo os parâmetros da sentença exequênda.

Um dia após a confecção dos cálculos pela Contadoria (fls. 14 a 16) houve nova "conclusão para sentença" do feito. Assim é que, em 04.06.96, houve a prolação da sentença pela qual julgou-se procedente os Embargos: 1. concluindo pela desobediência da Apelada-exequente aos comandos da sentença exequênda, admitindo-se o excesso da execução aparelhada e 2. tornando efetivo, com base no cálculo do contador (fls. 14 a 16), o crédito da Apelada junto ao Apelante-embargante no total de R\$ 2.130.097,86 (dois milhões, cento e trinta mil, noventa e sete reais e oitenta e seis centavos) sem incluir os honorários adv. e custas processuais.

Essa mencionada liquidação do crédito vai de encontro à pretensão da Apelante, não merecendo prosperar.

### **DA NULIDADE DA SENTENÇA**

Tendo-se em vista a existência de prejuízo ao Apelante na fixação do valor a ser executado pela sentença recorrida, preliminarmente, argüi-se a nulidade da prolação da sentença recorrida.

Tal vício originou-se de lamentável descumprimento de despacho judicial, que culminou em repugnante violação da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A fls. 13, quando o MM. Juiz de 1º Grau resolveu converter o julgamento dos Embargos em diligência ordenou acertadamente fossem as partes intimadas do despacho então exarado, com o fim evidente de participá-lhes a produção da diligência, indubitavelmente de caráter probatório, a ser cumprida pelo Sr. contador e, assim, possibilitar a submissão da Conta elaborada ao crivo impostergável do contraditório, conforme estatui a Constituição da República em seu art. 5º e, ainda, o CPC no art. 398, interpretado extensivamente.

Inocorreu, todavia, a intimação determinada pelo despacho de fls. 13, o que importou no julgamento do feito sem que o Apelante tivesse a oportunidade de se manifestar sobre a Conta Geral/Cálculo juntado aos autos.

Dessarte, tendo servido a mencionada Conta como fulcro na fixação, na sentença recorrida, da quantia certa a executar e não tendo sobre ela se manifestado as partes, resulta inequívoco prejuízo ao Apelante suficiente a decretação de nulidade, mister levando-se em consideração o erro existente nos cálculos os quais implicaram em subsistência de um excesso de valores de mais de 1,5 milhão de Reais, conforme se demonstrará infra.

A propósito da nulidade, veja-se a seguinte nota constante da obra Código de Processo Civil, de Theotônio Negrão, retratando remansosa construção jurisprudencial:

“ É nula a sentença ou o acórdão se, tratando-se de documento relevante, com influência no julgamento proferido, a parte contrária não se manifestou sobre a sua juntada aos autos (STJ-4ª Turma, REsp 6.081 - RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, deram provimento, v.u., DJU 25.5.92, p. 7.398, 2ª col., em.; STJ-1ª Turma, REsp 1.998-RJ, rel. Min. Pedro Aciole, j. 18.4.90, deram provimento, v.u., DJU 7.5.90, p. 3.826, 2ª col., em.; STJ-3ª Turma, RMS 1.199-BA, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13.4.92, deram provimento, v.u., DJU 8.6.92, p. 8.615, 1ª col. em.; STJ 3ª Turma, REsp 34.770-5-SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 28.2.94, deram provimento parcial, v.u., DJU 11.4.94, p. 7.641, 2ª col., em.; RTJ 89/947, STF-RT 537/230, STF-JTA 78/377, RT 500/127, 502/80, RJTJESP 63/151, JTA 42/123, RP 5/537, em. 69). **E a nulidade existe ainda que**

**a juntada do documento tenha sido feita por determinação judicial (RF 291/306, 300/227, RJTAMG 26/303)" (grifei).**

### **DO REMANESCENTE EXCESSO DA EXECUÇÃO.** **NECESSIDADE DE REFORMADA SENTENÇA**

Ultrapassada a sede da alegada nulidade da sentença, o que se admite para homenagear o princípio da eventualidade, sustenta-se não merecer prosperidade a sentença a quo nos termos seguintes.

A despeito de ter reconhecido, com acerto, a procedência do alegado e manifesto excesso da execução proposta, ao tornar líquida a condenação havida nos autos principais, mediante a fixação do valor pecuniário devido, fê-lo mantendo a excessividade, situando a quantia, ainda, muito além do realmente devido em razão do título judicial exequendo.

Explica-se tal fato na adoção *in totum* pela sentença recorrida dos cálculos elaborados pelo Sr. Contador do Foro, ínsitos a fls. 14 a 16 (dos quais frise-se não ter tomado conhecimento o Apelante), presumo, na crença de que eles estariam fiéis ao comando judicial constante dos termos da sentença condenatória de fls. 127 a 131 (autos da execução).

Ressai, no entanto, dos cálculos em questão grave erro no critério do cômputo da correção monetária, da qual poderia resultar um enriquecimento ilícito de mais de 1,5 milhão de Reais em prejuízo ao Erário. Referimo-nos à operação procedida para atualizar a dívida no período de março a junho do ano de 1994 (fls. 15). Nesse talante, encontra-se escandalosa ilegalidade que multiplicou indevidamente o montante sob atualização. Senão vejamos.

A pretexto de dar suposta aplicação à Medida Provisória n.º 434, de 27.02.94, convertida na Lei n.º 8.880, que instituiu a Unidade Real de Valor - URV, o Serventuário transformou o valor atualizado expresso em Cruzeiros Reais, em data de 01.03.94, em URV e a partir daí foi "reajustando" a quantidade de URVs

encontrada pelo índice de correção monetária (INPC) acumulado no referido período (mar a jun/94). Ou seja: - de forma inédita procedeu à correção monetária das URVs.

Ínclitos Julgadores, despiciendo salientar a inexistência de dispositivo na Lei n.º 8.880 que estabeleça a incidência da correção monetária sobre a URV no período antecedente (mar. a jun./94) a instituição da nova moeda, o Real. E não teria sentido existir, visto que a URV consistiu em padrão de valor monetário, calculado a partir da média aritmética das variações de índices oficiais aferidores da inflação: IPC, IPCA e IGP-m (art. 1º e anexo da Lei n.º 8.880). É absurdo cogitar na incidência de correção monetária sobre Unidades Reais de Valor, quando a própria Lei instituidora estabelece no parágrafo 2º, do art. 4º que “ a perda do poder aquisitivo do Cruzeiro Real, em relação a URV, poderá ser usada como índice de correção monetária.” De outro modo, reforçando o entendimento, colhe-se da referida Lei a determinação de suspender as cláusulas de reajuste, a título de correção monetária, em contratos celebrados ou convertidos em URV.

Frise-se, dessa feita, que uma vez convertido o valor pecuniário em URV estar-se-á preservando o valor monetário do quantum em relação a moeda vigente à época, Cruzeiros Reais.

Destarte, resta extreme de dúvida que ao transformar o valor sob atualização em URV e aplicar correção monetária sobre a quantidade de URVs encontrada, praticou o Sr. Contador verdadeiro **bis in idem**. Ou manter-se-ia o valor em Cruzeiros Reais, aplicando-se os índices de correção monetária ou transformar-se-ia em URV o valor, posteriormente, em 1º de julho/94, converte-se-ia a quantidade de URV encontrada para o Real - Nunca ambas as alternativas! Questiona-se, inclusive, nesse passo, a violação do princípio constitucional da justa indenização, à prosperar o citado impróprio cálculo de atualização monetária.

Aduz-se, por fim, mais um erro no cálculo adotado pelo Juízo **a quo**. Aponta-se que o termo inicial a ser considerado para a incidência de correção monetária é igual a data do laudo pericial, não havendo controvérsia nos autos sobre esta proposição. Porém, tendo assinalado o Sr. Contador que o laudo

datou de agosto de 1991(fls. 14), foi iniciada a atualização monetária a contar desse mês. Acontece, todavia, que o laudo pericial incluso nos autos do processo em execução, data de 03 de setembro de 1991. Assim sendo, somente a contar de setembro é devida a correção do valor exequendo.

Assim, escoimados os equívocos apontados, causadores do sobejo do excesso da execução, acatado na sentença recorrida, apresenta-se a seguir o cálculo correto do valor à executar:

### DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO

Indenização (sentença de fls. 127/131) é igual a Cr\$ 57.623.181,00 (cinquenta e sete milhões, seiscentos e vinte e três mil, cento e oitenta e um Cruzeiros).

Convertendo-se para Cruzeiro Real (div. p/1.000) tem-se CR\$ 57.623,18. Aplica-se a seguir a correção monetária pelo INPC/IBGE:

Valor inicial: CR\$ 57.623,18

mês	/índice(INPC ac./mês%)	Valor corrigido
set./91	15,62	66.623,92
out./91	21,08	80.668,24
nov./91	26,48	102.029,19
dez./91	24,15	126.669,24
jan./92	25,92	159.501,91
fev./92	24,48	198.547,98
mar./92	21,62	241.474,05
abr./92	20,84	291.797,24
maio/92	24,50	363.287,56
jun./92	20,85	439.033,02
jul./92	22,08	535.971,51
ago./92	22,38	655.921,94
set./92	23,98	913.212,03
out./92	26,07	1.025.216,41
nov./92	22,89	1.259.888,45

dez./92	25,58	1.582.167,92
jan./93	28,77	2.037.357,63
fev./93	24,79	2.542.418,59
mar./93	27,58	3.243.617,63
abr./93	28,37	4.163.831,95
maio/93	26,78	5.278.906,15
jun./93	30,37	6.882.109,95
jul./93	31,01	9.016.252,24
ago./93	33,34	12.022.270,73
set./93	35,63	16.305.805,79
out./93	34,12	21.869.346,72
nov./93	36,00	29.742.311,53
dez./93	37,73	40.964.085,67
jan./94	41,32	57.890.445,86
fev./94	40,57	81.376.599,74
mar./94	43,08	116.433.638,90
abr./94	42,86	166.337.096,50
maio/94	42,73	237.412.937,80
jun./94	48,24	351.940.938,90

Divide-se por 2.750 para conversão de Cruzeiros Reais para o Real, obtém-se R\$ 127.978,52 (cento e vinte e sete mil, novecentos e setenta e oito reais e cinquenta e dois centavos). Prossegue-se a correção com os valores em Real:

mês	/índice(INPCac./mês%)	/valor corrigido
jul./94	07,75	137.896,86
ago./94	01,85	140.447,95
set./94	01,40	142.414,22
out./94	02,82	146.430,30
nov./94	02,96	150.764,64
dez./94	01,70	153.327,64
jan./95	01,44	155.535,57
fev./95	01,01	157.106,47
mar./95	01,62	159.651,59
abr./95	02,49	163.626,91
maio/95	02,01	167.063,08

jun./95	02,18	170.705,06
jul./95	02,46	174.904,40
ago./95	01,92	176.688,42
set./95	01,17	178.755,67
out./95	01,40	181.258,25
nov./95	01,51	183.995,25
dez./95	01,65	187.031,17
jan./96	01,46	189.761,83
fev./96	00,71	191.109,14
mar./96	00,29	191.663,36
abr./96	00,93	193.445,83
maio./96	01,28	195.921,94

1. VALOR ATUALIZADO = R\$ 195.921,94 (cento e noventa e cinco mil, novecentos e vinte e um Reais e noventa e quatro centavos).

E, seguindo o mesmo critério da Conta de fls. 14 a 16 aduz-se:

2. Juros moratórios (12,5%)

Maio/94 a maio/96.....24.490,24

3. Juros compensatórios (110%). 215.514,13

**Quantia(1+2+3) devida à Apelada em Maio/96: R\$ 435.926,31 (quatrocentos e trinta e cinco mil, quinhentos e quatorze Reais e trinta e um centavos).**

**Honorários Adv.(20%).....R\$ 87.185,26**

Custas

Escrivão (tab.XII).....R\$ 13.077,79

Contador(tab. XIII).....R\$ 6.538,89

Soma R\$ 19.616,68

3%CAAM.....588,50

4%AMAZON.....784,67

4%AAMP.....784,67

6%FUPEAM.....1.177,00

6%FUAJEAM...1.177,00

Subtotal: R\$ 24.128,52 (vinte e quatro mil, cento e vinte e oito Reais e cinqüenta e dois centavos).

Do exposto chega-se ao **valor correto a ser executado**, qual seja a importância de **R\$ 547.240,09 (quinhentos e quarenta e sete mil, duzentos e quarenta Reais e nove centavos)**., inclusive condenação em honorários e custas.

Assim, comprovada à exaustão a subsistência do excesso na quantia certa a se executar, desacorde com o título judicial, impõe-se a reforma da r. sentença para o fim de fixar-se em R\$ 547.240,09 (quinhentos e quarenta e sete mil, duzentos e quarenta Reais e nove centavos) o crédito a ser executado.

### DO PEDIDO

Diante do exposto, o Estado do Amazonas pleiteia de Vossas Excelências o reconhecimento da nulidade da r. sentença com o fito de determinar a conclusão da instrução dos presentes Embargos com a intimação das partes para se manifestarem sobre o cálculo do Contador. Ou, na remota hipótese de vingar o entendimento de não haver nulidade, pede-se a reforma da sentença, para fins de considerar procedente o alegado excesso de execução, tornando líquido a quantia certa exequenda no importe de R\$ 547.240,09 (quinhentos e quarenta e sete mil, duzentos e quarenta Reais e nove centavos) por ser de inteira

### JUSTIÇA

N. termos

P. deferimento.

Manaus, 27 de junho de 1996

**RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA**

Procurador do Estado

## **EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.**

O **ESTADO DO AMAZONAS**, anteriormente qualificado nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA Nº29400008-9**, impetrado por **IVANILSON BATISTA CORREA** contra ato da **COMISSÃO DE PROMOÇÕES DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DO AMAZONAS**, vem, através do Procurador do Estado infrafirmado, amparado nas disposições dos artigos **102**, inciso **III**, alínea **a**, da Constituição Federal; **541**, do Código de Processo Civil, e **321** e seguintes, do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, vem interpor **RECURSO EXTRAORDINÁRIO - por contrariedade a dispositivos constitucionais** - contra o V. Acórdão proferido no julgamento da causa pelas Egrégias Câmaras Reunidas dessa Corte de Justiça, consoante será demonstrado ao longo desta petição.

### **SUMA DOS FATOS**

Vão a seguir sumariados os fatos mais importantes à compreensão da causa, à fundamentação e ao julgamento deste apelo extremo.

**DA POSTULAÇÃO.** Cuida-se de mandado de segurança que, embora diga que se insurge contra ato da Comissão de Promoções de Oficiais da Polícia Militar, foi, na verdade, impetrado contra o Decreto datado de 21 de agosto de 1993, do Exmo. Sr. Governador do Estado, promovendo por merecimento, ao posto de Major PM Cirurgião Dentista, o Capitão PM Cirurgião Dentista Togo Antônio Meirelles. Alega o impetrante que essa promoção teria infringido o Regulamento de Promoções da Polícia Militar deste Estado, aprovado pelo Decreto nº 3.399, de 31 de março de 1:976, e que o seu pedido estaria juridicamente fundado nas seguintes disposições desse decreto:

Art. 41 -" As promoções antigüidade e merecimento serão efetuadas nas

seguintes proporções em relação ao número de vagas:

.....

I - para o posto de major PM - duas por antigüidade e uma por merecimento”;

Alega mais que, anteriormente, haviam sido promovido o **Capitão Sapucaia**, em 18 de janeiro de 1984, **por merecimento**, e o **Cap. Jeconias**, **por antigüidade**. Logo, em obediência ao critério regulamentar, a próxima promoção deveria ser **por antigüidade**, recaindo na pessoa do impetrante, que se encontrava na vez. Daí, aduz, a liquidez e a certeza do direito alegado.

**DAS INFORMAÇÕES DO IMPETRADO.** Não foi concedida a liminar requerida e, oferecidas as informações, foi explicitado, sob o tópico “O FUNDAMENTO LEGAL”, **verbis**:

“O processamento das últimas promoções ao posto de Major PM CD do quadro de Saúde da Polícia Militar do Amazonas, ocorreram da seguinte forma:

O Capitão PM CD Nazadir Sapuc foi o primeiro Oficial Policial Militar Dentista a ser incluído no Quadro de Saúde da Polícia Militar, e em assim sendo, à época de sua promoção a Major PM CD, era obviamente o único Capitão PM CD a preencher todos os requisitos à citada promoção e como já é do conhecimento de V. Excelência, como sendo o primeiro Oficial Cirurgião Dentista a ser promovido ao posto de Major, a vaga seria de antigüidade.

É de se lamentar EMÉRITO JULGADOR, que o impetrante não tenha

feito alusão a Vossa Excelência, do que dispõe o **parág. 2º** da mesma Lei e do mesmo **art. 41**, focado em sua inicial, que dispõe o seguinte:

**'O PROCEDIMENTO DE VAGA POR ANTIGUIDADE, PELO CRITÉRIO DE MERECIMENTO, NÃO ALTERA PARA A DATA DE PROMOÇÃO SEGUINTE, A PROPORCIONALIDADE ENTRE OS CRITÉRIOS DE ANTIGUIDADE E MERECIMENTO, ESTABELECIDOS NESTE ARTIGO'**

A mesma legislação de Promoções de Oficiais em seu Capítulo II, 'DOS CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO', dispõe no art. 10 em seu parág. único:

**'QUANDO O OFICIAL PM CONCORRER À PROMOÇÃO POR AMBOS OS CRITÉRIOS, O PREENCHIMENTO DA VAGA DE ANTIGUIDADE PODERÁ SER FEITO PELO CRITÉRIO DE MERECIMENTO, SEM PREJUÍZO DE CÔMPUTO DAS FUTURAS QUOTAS DE MERECIMENTO'**

Como se observa **ÍNCLITO JULGADOR**, foi na verdade o que ocorreu, pois o Capitão PM CD Nazadir Sapucaia, preenchia ambos os critérios e a vaga que era de Antiquidade, foi adotado o critério de **Merecimento**, sem prejuízo no entanto, de **cômputo das futuras quotas de Merecimento**, por conseguinte **permaneceu inalterada a próxima Vaga por Antiquidade"** (destaques pelo Estado nesta transcrição).

Afim de comprovar a seriedade de seus esclarecimentos, "**no que concerne ao preenchimento da Vaga pelo Capitão PM CD Nazadir Sapucaia, por ambos os critérios**", a ilustre autoridade apontada como impetrada, anexou às suas informações, os seguintes documentos:

a) a ata de reunião da Comissão de Promoções de Oficiais, para fins de cômputo de Vagas;

b) a ata da reunião da Comissão de Promoções de Oficiais, com o fim de ser efetuada a contagem de pontos, inicialmente para o quadro de acesso por Merecimento e em seguida ao quadro de acesso por Merecimento e Antiguidade;

c) a ata da reunião da Comissão de Promoção de Oficiais (anexo 03), com o fim de aprovar a proposta para promoções;

d) cópia do Diário Oficial do Estado, onde foi publicado a promoção do Capitão Sapucaia, com expressa alusão aos dispositivos legais, dentre os quais o art. 50, **caput**, do mencionada Decreto n.º 3.399/76, que autoriza expressamente a promoção por merecimento em vaga de antiguidade.

Explicitam mais as informações:

“Preenchida pois, a Vaga de Antiguidade, pelo critério de Merecimento, as próximas Vagas para promoção a Major PM CD, dar-se-iam normalmente por Antiguidade e Merecimento, e foi na verdade o que ocorreu, tendo o Capitão PM CD Jecônias Câmara, sido Promovido ao Posto de Major PM CD, pelo critério de Antiguidade. A seguir, a próxima Vaga para Major PM CD, seria pelo critério de Merecimento.

.....  
.....

E assim se deu EMÉRITO JULGADOR, a vaga para a promoção por Merecimento, foi legalmente e corretamente preenchida pelo Capitão PM CD Togo Antônio Meirelles, como já foi sobejamente comprovado através de nossa Legislação Vigente...”

### DA DECISÃO RECORRIDA

A r. decisão recorrida concedeu a segurança sob a seguinte ementa:

“CONCEDE-SE A SEGURANÇA IMPETRADA CONTRA A COMISSÃO DE PROMOÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO AMAZONAS, A FIM DE QUE AS PROMOÇÕES DOS MESMOS SEJAM FEITAS DE ACORDO COM A LEI N.º 1.116, DE 18.04.74, REGULAMENTADA PELO DECRETO 3.399, DE 31 DE MARÇO DO MESMO ANO, ART. 41, INCISOS I, II, III E IV, COMBINADOS, AINDA, COM O ART 50, DO MENCIONADO DECRETO.”

### DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLAMATÓRIOS

A essa decisão, o Estado do Amazonas opôs embargos de declaração, ao fundamento de que **“quando das informações prestadas pela autoridade foram destacados pontos que não foram objeto de apreciação pelo v. acórdão embargado”**. Após transcrever trecho da peça informativa, o Estado disse:

“Esclareça-se que a promoção ao posto de Major PM CD do Quadro de Saúde da Polícia Militar ocorreu, inicialmente, com a ascensão do Capitão

PM CD Nazadir Sapucaia, pelo critério de merecimento por força do parágrafo único do art. 10, da Lei n.º 1.116/74, e art. 50, do Dec. 3.399/76, **verbis**:

Art. 10 - As promoções são efetuadas:

Parágrafo único - Quando o oficial PM concorrer a promoção por ambos os critérios, o preenchimento de vaga de antiguidade poderá ser feito pelo critério de merecimento, sem prejuízo de cômputo das futuras quotas de merecimento.

Art. 50 - Poderá ser promovido por merecimento em vaga de antiguidade o oficial PM que esteja incluído simultaneamente nos quadros de acesso por Merecimento e Antiguidade, desde que tenha direito à promoção por antiguidade e seja integrante da proposta de promoções por merecimento ou que o número de ordem de sua classificação no QAM seja igual ou menor que o número total de vagas a serem preenchidas na mesma data por oficial PM de seu posto, no respectivo quadro.

.....  
.....

Logo, a pretensão do embargado esbarra no disposto do art. 37 da Constituição Federal, porque fere acintosamente os princípios da legalidade e moralidade presentes no ato impugnado, que culminou com a promoção ao posto de Major PM Cirurgião Dentista TOGO ANTÔNIO MEIRELLES”.

Como soe ser na maioria absoluta dos casos - de lamentável registro -, esses embargos foram simplesmente rejeitados, fato que, indubiosamente, não tem o condão de prejudicar a sua finalidade de prequestionar os pontos omitidos no julgamento recorrido.

## DO CABIMENTO DO RECURSO E RAZÕES DE REFORMA

Com a devida vênia, ao conceder a segurança, além de negar vigência a vários dispositivos de lei federal, rendendo ensejo à interposição simultânea de recurso especial, o V. Acórdão recorrido contrariou frontalmente a disposição do inciso **LXIX, do art. 5º**, da vigente Constituição Federal, que, de forma expressa, reserva a concessão do mandado de segurança "**para proteger direito líquido e certo**", que não restou demonstrado na postulação. O só exame dos fatos acima expostos revelam, ao contrário, que a pretensão do impetrante afrontou a norma do parág. único, do art. 10, da Lei estadual n.º 1.116, de 18 de abril de 1974, que dispõe sobre as promoções dos oficiais da Polícia Militar do Amazonas, **verbis**:

"Quando o Oficial PM concorrer à promoção por ambos os critérios, o preenchimento de vaga de antiguidade poderá ser feito pelo critério de merecimento, sem prejuízo de cômputo das futuras quotas de merecimento".

No mesmo sentido dispõe o Regulamento de Promoções, aprovado pelo Decreto nº 3.399, de 31 de março de 1976:

Art. 41 - "As promoções antiguidade e merecimento serão efetuadas nas seguintes proporções em relação ao número de vagas:

II - para o posto de major PM - duas por antiguidade e uma por merecimento;

.....  
Parág. 2º - O procedimento de vaga

por antiguidade pelo critério de merecimento, não altera, para a data de promoção seguinte, a proporcionalidade entre os critérios de antiguidade e merecimento estabelecidos neste artigo”.

Dispõe mais ainda o mesmo Regulamento:

Art. 50 - “Poderá ser promovido por merecimento em vaga de antiguidade o oficial PM que esteja incluído simultaneamente nos Quadros de Acesso por Merecimento e Antiguidade, desde que tenha direito à promoção por antiguidade e seja integrante da proposta de promoções por merecimento ou que o número de ordem de sua classificação no QAM seja igual ou menor que o número total de vagas a serem preenchidas na mesma data por oficial PM de seu posto, no respectivo Quadro”.

Como ficou muito bem explicitado nas **informações** prestadas pelo impetrado - que o **ESTADO DO AMAZONAS adota expressamente como razões deste recurso** - houve a incidência dessas normas no caso que se discute, porque, na primeira das promoções, o oficial preenchia os dois critérios - o de merecimento e de antiguidade -, sendo certo que a sua promoção se deu por **merecimento na vaga de antiguidade**. Logo, tendo a promoção seguinte também ocorrido por antiguidade, é totalmente fora de dúvida que a terceira promoção (que constitui objeto da questão) deveria ser, como foi, **POR MERECIMENTO**.

Essas considerações demonstram a total ausência de direito, muito menos líquido e certo, do impetrante.

Comprovado que a pretensão do impetrante se choca com essas normas, fica conseqüentemente demonstrada a contrariedade ao princípio constitucional de que a ação do

mandado de segurança se destina a proteção de direito líquido e certo.

Ofendeu ainda o V. Acórdão aos princípios da **moralidade e legalidade** insertos no art. 37 da Constituição Federal, como foi expressamente questionado pelo Estado em seus embargos de declaração:

“Logo, a pretensão do embargado esbarra no disposto do art. 37 da Constituição Federal, porque fere acintosamente os princípios da legalidade e moralidade presentes no ato impugnado, que culminou com a promoção ao posto de Major PM Cirurgião Dentista TOGO ANTÔNIO MEIRELLES”.

Realmente, se a lei e seu regulamento, como já foi exaustivamente visto nas informações - que **passam a integrar o teor destas razões** - de forma clara, estabelecem os critérios para a promoção dos oficiais da Polícia Militar, e estes critérios foram desrespeitados pela Decisão recorrida, não há dúvida de que há ofensa ao princípio da legalidade, por afronta a lei, havendo também ofensa ao princípio da moralidade, porque **NÃO É JUSTO, NEM MORAL**, que se atribua direito a quem não o tem.

## DOS REQUERIMENTOS

Atendidos satisfatoriamente os pressupostos de admissibilidade, o ESTADO DO AMAZONAS expressa a sua confiança de que este recurso será admitido e haverá de ser provido para que o Acórdão recorrido seja reformado, por evidente contrariedade à Constituição Federal, denegando-se a segurança impetrada.

Nestes termos,  
Pede deferimento.

Manaus, 7 de maio de 1996.

**PAULO LOBATO TEIXEIRA**  
Procurador do Estado do Amazonas

## **EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.**

**A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS**, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio dos Procuradores infrafirmados, vem à presença de V. Ex<sup>a</sup>. propor a presente **MEDIDA CAUTELAR FISCAL INCIDENTAL à EXECUÇÃO FISCAL N.º 0129504135-6 (proc. N.º 239/95)**, com fundamento na Lei n.º 8.397, de 06/01/92, e Código de Processo Civil, arts. 796 e seguintes, contra **ARCA D' ALIANÇA CALÇADOS DA AMAZÔNIA LTDA**, com sede nesta Capital, na Av. Sete de Setembro, n.º 392, Centro, inscrita no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ sob o n.º 04.125.668-9 e no CGC/MF sob o n.º 84.480.466/0001-21, e contra seus sócios **FRANCISCO AMORIM DA SILVA, FRANCISCO JOCEAN MACEDO AMORIM e CÍCERA JOELMA SOBREIRA AMORIM**, e seu bastante Procurador **ADILSON BEZERRA DA SILVA**, todos brasileiros, o primeiro casado, advogado, portador da cédula de identidade RG n.º 8906002047381/CE e inscrito no CPF sob n.º 031.114.233-87, o segundo solteiro, comerciante, portador da cédula de identidade RG n.º 2.115.861-91/CE e inscrito no CPF sob n.º 466.211.303-25, e a terceira solteira, comerciante, portadora da cédula de identidade RG n.º 2.054.274-1/CE e inscrita no CPF sob n.º 415.195.153-91, residentes e domiciliados na cidade de Fortaleza/CE, na Rua Barão do Rio Branco, n.º 810- Centro, fazendo-o pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

### **I - OS MOTIVOS DA MEDIDA SOLICITADA**

A REQUERIDA é devedora da Fazenda Estadual, no presente processo, do débito de R\$ 75.797,12 (SETENTA E CINCO MIL, SETECENTOS E NOVENTA E SETE REAIS, DOZE CENTAVOS), saldo de acordo de fls. 06-07, em atraso desde a sétima parcela, vencida em 23/12/95, conforme demonstrativo anexo.

Além, do débito acima referido a REQUERIDA possui outro débito para com a Fazenda Estadual, representado pela

certidão de dívida ativa n.º 649/96, no valor de R\$ 85.385,72 (OITENTA E CINCO MIL, TREZENTOS E OITENTA E CINCO REAIS E SETENTA E DOIS CENTAVOS), cuja execução fora ajuizada em 15/05/96, perante a 1ª Vara da Fazenda Pública, conforme cópia anexa, processo n.º 358/96.

O total do débito da REQUERIDA atinge o montante de R\$ 161.182,84 (CENTO E SESSENTA E UM MIL, CENTO E OITENTA E DOIS REAIS, OITENTA E QUATRO CENTAVOS).

Ocorre que a Fazenda Estadual tomou conhecimento que a Executada está encerrando suas atividades nesta cidade de forma irregular e transferindo todas as mercadorias para outro Estado, através da EMPRESA DE TRANSPORTE ATLAS LTDA, situada na Alameda Cosme Ferreira, n.º 1000, Bairro do Coroadó, próximo à passarela.

Tal fato caracteriza a inescusável intenção da Executada de se furtar à responsabilidade pelo pagamento de suas obrigações tributárias e fraudar a Fazenda Estadual.

Quanto à responsabilidade dos sócios, a jurisprudência de nossos Tribunais é mansa e pacífica no sentido que o sócio-gerente é responsável, por substituição, pelos débitos tributários em sociedades por quotas liquidadas irregularmente, conforme decisões que abaixo se transcrevem:

**“Responde solidária e ilimitadamente o sócio-diretor-presidente de sociedade por quotas, que encerra suas atividades de forma irregular, sem a quitação dos tributos devidos. Aplicação do art. 8º de Dec-lei 7.661/45; do art. 10 de Dec. 3.708/19; e do art. 134, III do CTN...” (TFR- Ap. cível 49.435-MG- Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro- j. em 6.5.81- DJ de 4.6.81, p. 5.331). “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-).

## II - FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Consoante prevê o art. 2º, inciso II e III, da Lei n.º 8.397/92, a medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra sujeito passivo de crédito tributário regularmente constituído em procedimento administrativo, quando o devedor, tendo domicílio certo, tenta se ausentar para frustrar o pagamento do débito ou execução judicial da Dívida Ativa.

Revela, ainda, notar a existência do **FUMUS BONI IURIS** e do **PERICULUM IN MORA**, este notadamente em virtude da transferência do patrimônio da Executada, único elemento garantir do crédito tributário. Os requisitos para concessão da medida requerida se encontram à saciedade nos presentes autos, tendo em vista o crédito tributário a ser perseguido, que dá fulcro à medida cautelar solicitada, cuja tutela jurisdicional se requer para evitar solução de continuidade da Execução Fiscal retroindicada.

Por oportuno, vale destacar que em situação análoga o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, ao apreciar a Medida Cautelar requerida pelo Estado, no Processo n.º 00461-2 (017/95), deferiu o pedido por reconhecer estar caracterizado na espécie o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**.

## III - PROVAS APRESENTADAS

Impõe-se ressaltar, ainda, que **in casu** foram atendidos os requisitos essenciais à concessão da presente medida, previstos no art. 3º, da Lei n.º 8.397/92, vez que as Certidões de

Dívida Ativa constantes da Execução n.º 0129504135-6 fazem, indubitavelmente, prova literal da constituição do crédito fiscal, assim como a prova documental de que os executados encontram-se em atraso com o pagamento do acordo celebrado em juízo e sobretudo porque o subscritor da presente constatou in loco que a Executada de fato não mais possui em sua sede, bens suficientes para garantir o pagamento do Crédito regularmente constituído e reconhecido.

#### IV - DO PEDIDO

Por tudo o que foi exposto, é a presente para requerer MEDIDA LIMINAR, com efeito na previsão do que estabelecem os arts. 7º, **caput**, INAUDITA ALTERA PARTS, e 4º, ambos da Lei n.º 8.397/92, para tornar indisponíveis os bens de propriedade da executada - **ARCA D'ALIANÇA CALÇADOS DA AMAZÔNIA LTDA** - e de seus sócios - **FRANCISCO AMORIM DA SILVA, FRANCISCO JOCEAN MACEDO AMORIM e CÍCERA JOELMA SOBREIRA AMORIM e ADILSON BEZERRA DA SILVA, requerendo-se:**

a - Expedição de Mandado de Arresto e remoção dos bens da Executada que se encontram com a Transportadora Atlas Ltda.

b - Expedição de Ofício aos Cartórios de Registro de Imóveis de Manaus, Detran, Telamazon, Capitania dos Portos, Fazenda Pública Municipal, Banco do Estado do Amazonas, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e demais repartições determinando o bloqueio de bens que existem em nome da Executada dos Sócios e do Procurador.

c - Expedição de Carta Precatória dirigida ao Juízo de Fortaleza (sede da Executada e domicílio dos sócios responsáveis) para cumprimento da constrição deferida, determinando que aquele MM. Juízo proceda ao bloqueio dos bens da Executada e dos sócios junto aos Cartórios de Registro de Imóveis daquela cidade, Companhia de Telecomunicações, Capitania dos Portos, até decisão final do Processo de Execução.

d - Por fim requer-se a intimação do Sr. ADILSON BEZERRA DA SILVA, fiel depositário, para que apresente no prazo de 24 (vinte e quatro) horas os bens oferecidos em garantia do acordo firmado nos autos da Execução, sob pena de não fazendo ser-lhe decretada a prisão, na forma do disposto no art. 902 § 1º. combinado com o art. 904 do Código de Processo Civil Brasileiro.

O deferimento da presente medida é sobremaneira importante e demonstrará mais uma vez que o Judiciário Brasileiro e notadamente o Amazonense não compactua com maus cidadãos e aventureiros que chegam ao nosso Estado com o único fim de lucrar e não oferecer a contrapartida a que está obrigado, implicando necessariamente em maiores desigualdades sociais, o que certamente será repellido formando um clima de moralização que inibe os sonegadores à pratica de atos que visam lesar os cofres públicos, o que refletirá positivamente ao erário estadual.

Por último, requer a citação dos Requeridos, na forma da lei, para oporem defesa, querendo, prosseguindo-se o feito nos demais termos da Lei n.º 8.397/92, julgando ao final totalmente procedente a presente ação, protestando por todos os meios de prova em direito admitidos

Dá-se à causa o valor de R\$ 161.182,84 para os efeitos legais.

Termos em que,  
Pede deferimento.

Manaus/AM, 17 de maio de 1996.

**EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS**  
Procurador do Estado

## DOCTRINA

O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE  
PROTEÇÃO AMBIENTAL

JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO

Procurador do Estado

Procurador-Chefe do IPAAM

*"Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania" (art. 5º, LXXI, CR)*

A palavra injunção, leciona *Pinto Ferreira*, "vem do latim *injunctio, onis* (s.f.), significando "ordem formal, imposição."<sup>1</sup>

A força da injunção, enuncia *Ulderico Pires dos Santos*, "é mandamental, imperativa e determinante no sentido de que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa por determinação da autoridade judiciária. É, pois, um *praeceptum de faciendo* ou *praeceptum de non faciendo* de ordem constitucional contra atos dos Poderes Legislativo e Executivo e até mesmo contra os do Poder Judiciário."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Comentários à Constituição brasileira*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 207.

<sup>2</sup> *Ulderico Pires dos Santos, Mandado de injunção: estudos e considerações*, São Paulo: Editora Paumape, 1986, p. 14.

O mandado de injunção, conforme *José Afonso da Silva*, "é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio da *Equity*".<sup>3</sup> Nasceu, pois, do Juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*), regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios da justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal, mas no justo natural. Na *injunction* inglesa como no mandado de injunção do art. 5º, inciso LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da *equity* o arbítrio de criar norma de agir *ex nihil*, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, *conventions*, etc.). E o juiz brasileiro também não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá, em primeiro lugar, que se ater à pauta que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais do direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se auferem no viver social, na índole do povo, no envolver histórico. Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativas objeto da proteção do mandado de injunção. Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injuction*<sup>4</sup> do Direito norte-americano,

<sup>3</sup> "A *Equity* foi um sistema jurídico gerado durante a dinastia dos Tudors (1485), para solucionar conflitos (litígios) surgidos entre os indivíduos bretões. Um sistema elaborado para ser comum a todo reino inglês. Seu desenvolvimento se deu através das decisões dos Tribunais de Westminster. Na aplicação das normas costumeiras, fazia-se Jurisprudência. O juiz ao proferir uma sentença em um caso concreto, vinculava outros casos semelhantes, gerando um precedente, devendo aos demais juizes (nos limites da justiça) manter o decidido" (Cf. Regina Quaresma, In: O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1995, p. 33-4).

<sup>4</sup> "O vocábulo *writ* vem do verbo inglês *to write*, significando "escrito" na linguagem, comum. A pesquisa histórica indica que as garantias requeridas na Inglaterra eram asseguradas pela expedição de uma carta real; isto explica porque, para o mundo jurídico, passou a significar ordem, no sentido de determinação de autoridade (imposição, proibição). É uma ação de garantia sumária de direitos.

René Davi recorda que o aspecto "direito público" do direito inglês aparece na técnica particular do *writ*, que marca o começo da ação diante dos tribunais. O *writ* não é apenas uma ordem para agir, é uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que este ordenem ao demandado agir de acordo com o direito: Se recusar a obedecer, o

onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas; a Emenda 14 da Constituição norte-americana confere várias franquias inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, pois a proteção desses direitos e franquias tem sido crescentemente objeto de *injunction*, tal como agora se reconhece no Direito Constitucional pátrio.<sup>5</sup>

*Celso Antônio Fiorillo et ali*, cita vários autores pátrios que entendem não existir qualquer correlação entre o mandado de injunção e qualquer instituto estrangeiro. Assevera o professor: "Segundo *Celso Ribeiro Bastos*, não há uma correlatividade entre o mandado de injunção e qualquer instituto do direito alienígena (*Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 357 *et seq.*). Ainda, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, descartando a sua correlação com o *writ of injunction*, diz que se trata de medida judicial que impõe um não fazer, razão pela qual não pode ser encarado como inspiração do mandado de injunção, cujo objetivo é o exercício de um direito, superando a falta de uma norma regulamentadora (*Curso de Direito Constitucional*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 279). *Galeno Lacerda*, pelos mesmos motivos anteriormente citados, descarta a similitude do nosso instituto como o *writ* de mesmo nome do direito norte-americano.<sup>6</sup>

Na verdade, não há dúvida, o mandado de injunção tem semelhança com o "*mandamus* injutivo anglo-americano. Desta forma, o mandado de injunção tem a mesma origem ética do *writ of injunction*, qual seja, dar a competência aos magistrados para decidir por equidade; mas no Brasil pretende ser "menos amplo",

---

demandante age contra ele, movendo-lhe uma ação que será justificada diante do tribunal real - para responder à desobediência da ordem real, ou seja, pública, administrativa" (Cf. Regina Quaresma, In *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão*, Editora Forense: Rio de Janeiro, 1995, p. 31).

<sup>5</sup> Curso de Direito Constitucional positivo, 13.ª ed., revista, Malheiros Editores: São Paulo, 1997, p. 426.

<sup>6</sup> Direito processual ambiental brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 233.

visa tão somente a resguardar a eficácia de direitos constitucionalmente estabelecidos." <sup>7</sup>

Como leciona *Marcelo Figueiredo*, o mandado de injunção "é a única ação constitucional que autoriza o juiz a romper com a tradicional aplicação rígida de lei ao caso concreto para, de acordo com o pedido e o ordenamento jurídico, construir uma solução satisfatória, de modo a concretizar o Direito Constitucional do impetrante. Esta nos parece ser a finalidade do mandado de injunção brasileiro e igualmente foi a finalidade do seu ancestral inglês e norte-americano." <sup>8</sup>

Para *Volney Zamenhof* o mandado de injunção "vem a se constituir em um instituto que tem por força antecipar a regulamentação de determinadas diretrizes esparsamente consagradas pela norma constitucional, solicitadas judicialmente por necessidade concreta, desde que seja indispensável ao pleno exercício de direitos e liberdades previstas na Lei Maior, especialmente aquelas atinentes às prerrogativas iminentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." <sup>9</sup>

Inserido no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal, está previsto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.

O *mandamus* é remédio constitucional <sup>10</sup> colocado à disposição do indivíduo "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade soberania e à cidadania"

Para compreendê-lo é imprescindível breves comentários a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais.

*Michel Temer* citando a clássica obra "*Aplicabilidade das normas constitucionais*" de *José Afonso da Silva*, agrupa as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, da seguinte forma: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada.

<sup>7</sup> Regina Quaresma, op. cit., 47-8.

<sup>8</sup> Marcelo Figueiredo. Apud Regina Quaresma, op. cit., p. 48.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 55.

<sup>10</sup> São ainda remédios constitucionais colocados à disposição do indivíduo: o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e a ação popular.

Define como normas constitucionais de eficácia plena "aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, independentemente de legislação posterior para sua inteira operatividade".

Ao cuidar das normas constitucionais de eficácia contida afirma que as mesmas "têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional." Sua aplicabilidade é plena, "mas sua eficácia pode ser reduzida restringidas a casos e na forma que a lei estabelecer". Todavia, enquanto não editada legislação restritiva a aplicabilidade da norma constitucional é plena.

Finalmente, assegura que as normas constitucionais de eficácia limitada "são aquelas que dependem 'da emissão de uma normatividade futura, em que legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados.'" <sup>11</sup>

Enfim, como se vê, somente as normas de eficácia limitada dão ensejo ao mandado de injunção.

Com efeito, não paira qualquer dúvida que "para o pleno exercício de determinados direitos, não bastam que estejam vigindo na Constituição, é necessária regulamentação infraconstitucional. Para transmutar o determinado no texto em realidade prática é preciso dar-lhes eficácia. Deveras, conclui-se que, para o cidadão utilizar o roteiro estabelecido abertamente, é necessário que se faça a regulamentação pelos poderes públicos competentes, que, uma vez inertes, comprometem, no cerne, a eficácia da própria Constituição.

Na expectativa de adaptar o texto constitucional ao mutável clima histórico político das sociedades, o legislador Constituinte brasileiro deixou um significativo número de normas-programa, espetacularmente dotadas de plena juridicidade, mas ainda sem uma definitiva executibilidade." <sup>12</sup>

Assim, a atual Carta Política ao implementar o mandado de injunção <sup>13</sup> "deu ao juiz o novo e fundamental papel de intérprete, aplicador e saneador da eficácia limitada das normas

<sup>11</sup> *Elementos de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 25-6.

<sup>12</sup> Regina Quaresma. *op. cit.*, p. 29-0.

<sup>13</sup> É mister salientar que a ação de inconstitucionalidade por omissão é outro instrumento hábil para dar executoriedade a determinadas normas constitucionais carecedoras de regulamentação. Difere do mandado de injunção, como veremos na ocasião adequada (v. art. 103, § 2.º, CR).

constitucionais. Transformou o magistrado em autoridade competente para, em cada caso concreto e na falta de regulamentação eficaz, regular." <sup>14</sup>

O *mandamus*, analisa Michel Temer, "somente pode ser impetrado contra pessoa jurídica de direito público. Primeiro, porque o dispositivo criador do mandado de injunção refere-se a matérias de ordem pública, como liberdades constitucionais, nacionalidade, soberania e cidadania. Em segundo lugar, porque é ilógico imaginar-se uma ação proposta contra particular pleiteando direitos que não foram conferidos em razão de ausência de norma regulamentadora. Seria considerar responsável o particular por ato que se deveu a omissão do Poder Público. Aqui aplica-se a máxima: é incompatível com o Direito a interpretação que leva ao absurdo." <sup>15</sup>

Da leitura do texto constitucional extraem-se os pressupostos essenciais para sua impetração, ou seja, "que haja um direito constitucional de quem os invoca e a constatação do impedimento que o proponente da medida está padecendo, o de não poder exercê-lo por falta de regulamentação normativa. Além disso, nota-se que a ausência de tal regulamentação deve ser constatada para o caso *in concretum* pois a discussão de falta de norma em tese é matéria que não pode ser objeto daquele *writ*." <sup>16</sup> Isto porque complementa Volney citando J. J. Calmon de Passos, "o mandado de injunção (...) não é remédio 'certificador' de direito, e sim de atuação de um direito já certificado." <sup>17</sup>

O Poder Judiciário, é bom destacar, ao conceder o *mandamus* "não invade a competência dos outros, por duas razões: a primeira porque antes de deferi-la dá ao poder regulamentador a oportunidade para praticar o ato; a segunda porque, se ele não praticá-lo, limitar-se-á a suplementá-lo no uso de seu poder jurisdicional. Insta dizer que somente quando ele se alhear ao *mandatum faciendi* é que o Poder Judiciário suprirá a sua vontade e adiantará, ao requerente, a prestação pessoal positiva ou negativa da obrigação." <sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Regina Quaresma, *op. cit.*, p. 30.

<sup>15</sup> Michel Temer, *op. cit.* p. 202.

<sup>16</sup> Volney Zamenhof de Oliveira Sena. *Lineamentos do mandado de injunção*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 52-3.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>18</sup> Ulderico Pires dos Santos, *Op. cit.*, p. 15.

A aplicação do mandado de injunção somente diante do caso concreto faz com que a decisão judicial ali proferida não faça coisa julgada *erga omnes* mas tão somente *inter partes*.

Apesar de ser instituto novo ainda sem regulamentação específica o mandado de injunção é de aplicabilidade imediata por determinação expressa do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, onde se lê que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata."

Quanto ao procedimento a ser adotado na sua aplicação, por determinação do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.038, de 28.5.90, que institui normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

Todavia, não se confunde o mandado de injunção com o mandado de segurança porque seus objetivos são diversos, ou seja, a matéria passível de segurança não é solucionável por mandado de injunção e vice-versa. Enquanto o mandado de injunção protege as garantias fundamentais constitucionais relativas ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, CR) o mandado de segurança protege qualquer lesão a direito individual ou coletivo, líquido e certo (art. 5º, incs. LXIX e LXX, CR).<sup>19</sup>

Também não se confunde com a ação de inconstitucionalidade por omissão. Volney Zamenhof de Oliveira Silva citando Rogério Lauria Tucci, *et. ali.*, faz as seguintes distinções:

a) "a injunção socorre o direito concreto do prejudicado pela ausência de norma"; "a ação de inconstitucionalidade por omissão objetiva lograr uma decisão que estimule a produção das normas necessárias a integrar a eficácia do mandamento constitucional que as requeira".

b) "enquanto o mandado de injunção pode ser utilizado por qualquer administrador que se sinta legitimado a propor a

<sup>19</sup> Cf. Hely Lopes Meirelles, Mandado de segurança: ação popular ação civil pública, mandado de injunção, "habeas-data", 13.ª ed. atual pela Constituição de 1988, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 136-7.

medida judicial, a inconstitucionalidade por omissão já tem que obedecer a outro requisito, aquele elencado no art. 103 da Lei Maior”;

c) “no mandado de injunção busca-se a concretização de direito obstado por falta de norma regulamentadora, enquanto que, na inconstitucionalidade por omissão o que se pretende é a elaboração da norma inexistente, não sendo necessário, para tanto, que o direito de alguém seja impedido ou violado”;

d) “os efeitos da decisão proferida na ação de inconstitucionalidade por omissão são *erga omnes*, ao passo que, no mandado de injunção, são *inter partes*”.<sup>20</sup>

Não há dúvida que o mandado de injunção é eficaz instrumento de proteção ambiental, tendo em vista que os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania estão dispersos em toda *Lex Fundamental*, não se resumindo aos seus artigos iniciais.

Dessa forma, flui da norma constitucional (art. 5º, LXXI) que “sempre que o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relacionadas ao meio ambiente se torne inviável em razão da falta de norma regulamentadora será possível intentar mandado de injunção para fazer valer esses direitos.”<sup>21</sup>

Isto porque “inobstante o fato do writ ter sido inserido em um dos incisos do art. 5º da Carta Magna, percebe-se que o legislador não quis restringir-se apenas àquele dispositivo, pois, ‘os direitos e liberdades constitucionais’ e as ‘prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ estão dispostos na Lei Maior de forma esparsa, fato que amplia o seu campo de aplicação”,<sup>22</sup> transformando-o em importante instrumento de proteção ambiental.

Como enuncia Celso Antônio Fiorillo, *et ali*, “se o direito ao meio ambiente está irremediavelmente ligado ao direito à vida e, mais ainda, a uma vida com saúde e qualidade que traga bem estar aos habitantes, seja no meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, como então poderíamos abortar do campo de atuação do mandado de injunção, *v.g.*, o direito à saúde previsto

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 61-2.

<sup>21</sup> Ruy Correia Feurchette. *Política de proteção ambiental no Brasil*. In. Manual de avaliação de impactos ambientais, 2.ª ed., Curitiba, 1993, p. 16.

<sup>22</sup> Volney Zamenhof de Oliveira Sena. *op. cit.*, p. 55.

no art. 6º da Constituição Federal de 1988, sob o título de direitos sociais. Assim, pela interpretação sistemática que a própria carta constitucional exige e pelo critério extensivo que deve nortear os princípios e garantias fundamentais, o direito à vida previsto no *caput* do art. 5º do Texto Maior, possui uma verdadeira simbiose, por assim dizer, dos demais direitos sociais (saúde, lazer, trabalho, habitação, educação, etc.). Por isso, concordamos mais uma vez, com as percucientes palavras do mestre *José Afonso da Silva*, quando soberbamente assevera sobre o objeto do respectivo instituto:

'Dai seu objeto: assegurar o exercício a) *de qualquer direito constitucional* (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; b) *de liberdade constitucional*, não regulamentada sendo de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais *comumente* de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação; vale dizer, incidem diretamente; de modo que raramente ocorrerá oportunidade de mandado de injunção nessa matéria (...); c) *das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*, também não regulamentadas; soberania é a soberania popular, segundo dispõe o art. 14, não a soberania estatal; aqui igualmente não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art. 12.' " <sup>23</sup>

O *caput* art. 225 da Constituição da República assegura que "*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes futuras gerações.*"

Contudo, não basta ao Poder Público criar mecanismos para assegurar o direito à vida. Tais mecanismos devem, necessariamente, assegurá-la com qualidade, com saúde. E, não há quem duvide, para assegurar efetivamente essa qualidade deve manter o equilíbrio ecológico, pois, o desequilíbrio é fator de doenças, de baixa expectativa de vida, de altas taxas de

---

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 240-1.

mortalidade etc.. Enfim, a qualidade de vida passa necessariamente por um meio ambiente equilibrado.

Assim, nada impede, pois, que qualquer pessoa faça uso do mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição de 5 de outubro, garante não somente o direito à vida, mas o direito à vida com qualidade.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

**SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO**  
Procuradora do Estado

**1. Breve análise da evolução histórica da responsabilidade civil nas relações de consumo- 2. Sistema Misto adotado pelo CDC: 2.1- Responsabilidade objetiva pelo fato do produto ou serviço: 2.2- Responsabilidade Subjetiva pelo vício do produto ou do serviço- 3. Responsabilidade Solidária dos Fornecedores que formam a cadeia de consumo.**

### **1. Breve análise da evolução histórica no Brasil da responsabilidade civil nas relações de consumo**

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo, basicamente, eram disciplinadas pelo Código Civil, inspirado no Código Napoleônico, em que prevalecia a visão privativista e individualista.

Impõe-se ressaltar, ainda, que a data da edição do Código Civil, 1916, as relações de consumo eram pessoais, considerando, inclusive, que os produtos eram elaborados por pequenos grupos de pessoas de forma manual e artesanal.

Assim, a relação entre o comprador, o vendedor e o fornecedor do produto, quase sempre, se estabelecia de forma direta e pessoal.

Entretanto, com a revolução industrial e posteriormente tecnológica ocorreram profundas alterações nas relações de consumo, com a massificação da produção e circulação dos bens e riquezas, sem que em contrapartida se estabelecesse mecanismos de proteção e defesa do consumidor.

Com efeito, de acordo com a concepção da época de elaboração do Código Civil, a responsabilidade do fornecedor no campo extracontratual baseava-se sempre no princípio da culpa e no campo contratual no princípio da autonomia da vontade e da liberdade de contratar.

Evidente, que no campo extracontratual o critério adotado nos arts. 159 e 160, do Código Civil, é sem dúvida insuficiente como norma de proteção do consumidor, posto que competia sempre a esse o ônus da prova da culpa do fornecedor, o que tornava, sem dúvida, difícil qualquer pretensão indenizatória

Nesse aspecto, merece relevo as palavras de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, quando afirma que "aliado ao princípio: *actori probatio*, adotado pela lei adjetiva" ( CPC, art. 333, I), uma primeira análise desse dispositivo legal nos leva a cogitar sobre a insatisfação dessa via como solução ao problema da reparação dos danos provocados por mercadorias defeituosas fabricadas, em face do pesado encargo atribuído à pessoa lesada de fornecer a prova do fabricante. Exigência essa que, via de regra, converte em objetivo irrealizável o resultado perseguido no exercício da pretensão indenizatória, dada a impossibilidade prática em que se encontra o prejudicado de exhibir essa prova".<sup>1</sup>

Por outro lado, no campo contratual, também, a proteção ao consumidor era restrita a praticamente a garantia por vícios ocultos, disciplinadas nos arts. 1.101 a 1.105 do Código Civil e nos arts. 210 e 211, do Código Comercial.

Destarte, estavam excluídos de proteção ao consumidor os vícios visíveis, que também dizem respeito a garantia de bom funcionamento do produto.

Aliás, a respeito do assunto preleciona ROBERTO SENISE LISBOA que "obviamente, não se confunde o vício oculto com aquele que seja de fácil aferição ou mesmo o notório.

---

<sup>1</sup> LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES. A Responsabilidade do fabricante pelo Fato do Produto. S. Paulo, Saraiva, 1987.

Enquanto para a constatação do defeito, na primeira hipótese, faz-se necessário o uso do bem e a detecção do problema que lhe é intrínseco o que impossibilita de cumprir o papel ao qual é destinado, nos demais casos há uma maior facilidade de aferição do defeito, antes mesmo da aquisição ou percepção da coisa”.<sup>2</sup>

Em arremate, conclui o prefalado jurista:

“Assim, tanto no nosso Código Civil, como nos demais diplomas civis- incluindo-se aqui o mais moderno, que é o Código Civil Italiano- os vícios visíveis ou facilmente reconhecíveis não são objeto de garantia. Excluem-se, portanto, essas espécies de vícios da garantia de bom funcionamento, que pode existir num contrato comutativo, em prol do adquirente”.<sup>3</sup>

Entretanto, o direito predominantemente privatista e individualista que serviu de inspiração na formulação do Código Civil cedeu lugar ao direito coletivo e social, fonte manancial dos princípios que nortearam a elaboração do Código do Direito do Consumidor.

Essa evolução histórica resultou do crescimento econômico-industrial, que provocou profundas transformações nas relações de consumo, fruto da industrialização e produção em massa, com acentuado desequilíbrio entre fornecedores e consumidores, fazendo surgir a consciência política/social da necessidade do Estado intervir para estabelecer, através de normas imperativas de ordem pública, mecanismos de proteção ao consumidor, parte hipossuficiente na relação.

Como demonstra SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL:

<sup>2</sup> ROBERTO SENISE LISBOA, O Vício do Produto e causas da exoneração da responsabilidade, Revista do Consumidor, jan./mar. 1993, n. 5, p. 89.

<sup>3</sup> LISBOA Op. cit. p. 90.

“O Código de Defesa do Consumidor surgiu do amadurecimento da idéia de hipossuficiência do consumidor e da massificação da relações de consumo. É inegável que o consumidor é um fraco diante do fornecedor, com dificuldade de se organizar, naturalmente inerte e, normalmente, com total desconhecimento técnico. Ao contrário, o fornecedor é um profissional preparado para vender o seu produto, o que não o torna de forma alguma um vilão, mas lhe outorga uma evidente superioridade no relacionamento como o consumidor.

As relações de consumo, diante desse desequilíbrio das partes envolvidas, não se estabiliza de forma natural. Como em todo caso onde há real desigualdade das partes, e o próprio mercado não se acomoda, é necessário a intervenção do Estado- que em regra deve ser evitada- para criar mecanismo que estabeleça o ponto central”.<sup>4</sup>

Assim, assinala MARIA LUÍZA A. F. DE S. CAMPOS “ o princípio da autonomia da vontade perde seu reinado e dá lugar àquilo que todos chamam de justiça social, autorizando a intervenção do Estado na constituição das relações de consumo e igualmente indicando uma mudança dos critérios jurídicos que determinam a validade e a eficácia inerentes aos atos no sistema de produção e distribuição em massa”.<sup>5</sup>

Portanto, o individualismo cedeu espaço à socialização do Direito, na busca de um equilíbrio da relação jurídica de consumo.

<sup>4</sup> SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL, Código de Defesa do Consumidor: Definições, Princípios e o Tratamento da Responsabilidade Civil, Revista Direito do Consumidor, n. 6, p. 99.

<sup>5</sup> MARIA LUÍZA A. F. de S. CAMPOS, Trabalho de Tese sobre Responsabilidade Civil, p. 2.

Nesse contexto, o Constituinte assegurou a proteção ao consumidor, dentre os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, prevendo em seu art. 5º, XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e determinou, ainda, em seu art. 48, do ADCT, o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

Como demonstra VIVIANE COELHO DE SÉLLOS, citando JAMES DE SOUZA, “a defesa do consumidor aparece no texto constitucional, entre os direitos e deveres individuais e coletivos, com a prescrição de que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” ( art. 5º, XXXII), estando também elevada, a defesa do consumidor, à categoria de “princípio geral da atividade econômica”( art. 170, V), estando justaposta com princípios basilares para o modelo político/econômico brasileiro, como o da soberania, da propriedade privada, da livre concorrência e outros”.<sup>6</sup>

Destarte, após um ano e seis meses do prazo determinado pelo Constituinte de 1988, foi publicada a Lei n.º 8.078, de 12.9.90, que estabeleceu normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social.

Por outro lado, o referido diploma legal previu a política Nacional das Relações de Consumo que tem por objetivo “o atendimento das necessidade dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo”.

Ressalte-se, ainda, que esse importante instrumento de proteção do consumidor, indubitavelmente acarretou profundas alterações, evolutivas, no que diz respeito a responsabilidade civil do fornecedor decorrente de relação de consumo.

Como bem registra VIVIANE COELHO DE SÉLLOS, com o advento do Código de Defesa do Consumidor “foi

<sup>6</sup> VIVIANE COELHO DE SÉLLOS, Responsabilidade do Fornecedor pelo Fato do Produto, Revista Direito do Consumidor, n. 11, p. 129.

introduzida considerável mudança nas relações de consumo, já que o "direito privado das obrigações passou a ser disciplinado por três grandes regimes jurídicos: o civil, o comercial e a tutela do consumidor, os quais, completamente opostos e incompatíveis entre si.<sup>7</sup>

## **2. O Sistema Misto adotado pelo Código de Defesa do Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor, no concernente a responsabilidade civil, estabeleceu critérios diversos levando em consideração o evento danoso, um relacionado ao fato do produto e do serviço e outro vinculado ao vício do produto ou do serviço.

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, disciplinada nos arts. 12 e 14, do referido diploma legal, está intimamente relacionada ao conceito de acidente de consumo, visto que buscam a incolumidade físico-psíquica do consumidor, protegendo sua saúde e segurança dos danos causados por produtos defeituosos.

Nessa hipótese, a responsabilidade civil é objetiva, porquanto independe da apuração ou ocorrência de conduta culposa ou dolosa do agente.

Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço visa a incolumidade econômica do consumidor, com o fito de proteger seu patrimônio dos prejuízos decorrentes dos vícios de qualidade, quantidade e inadequação dos produtos colocados no mercado.

No entanto, em se tratando de vício de produto ou do serviço e responsabilidade é subjetiva e, conseqüentemente, o dolo ou culpa aparece como requisito adjetivador da conduta do causador do dano.

---

<sup>7</sup> SÉLLOS, Op. cit. p. 132.

Comenta ARYSTÓBOLO DE OLIVEIRA FREITAS, que "a motivação do legislador para traçar dois critérios distintos para a responsabilização do fornecedor, dentro da mitigação da culpa ou dolo, encontra-se no fato de que a questão da segurança/saúde deve ser tratada como muito mais rigor que o problema econômico do consumidor, que, todavia, não é desprezado"<sup>8</sup>

Constata-se, assim, que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um Sistema Misto no que diz respeito a responsabilidade civil, criando duas categorias de responsabilização: a objetivação nas questões de saúde/segurança e a subjetivação nas questões patrimoniais.

Aliás, tal posicionamento é defendido por SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL quando afirma que "o Código de Defesa do Consumidor, conforme adiante comentado, adotou, inequivocamente, a responsabilidade objetiva, com excludentes, no que se refere ao fato do produto e do serviço, com exceção feita aos profissionais liberais. A responsabilidade subjetiva permaneceu quanto aos vícios do produto ou do serviço"<sup>9</sup>.

Já ARYSTÓBULO DE OLIVEIRA FREITAS, entende que embora o legislador tenha traçado dois critérios distintos para responsabilização do fornecedor, na realidade tal distinção possui mais importância no âmbito acadêmico do que prático, considerando a inversão do ônus da prova e a presunção da culpa em se tratando de vício de produto ou de serviço.<sup>10</sup>

Afirma, entretanto, ARISTÓBOLO DE OLIVEIRA FREITAS, que tal distinção "mostra-se relevante para a identificação da gradação da responsabilidade do fornecedor quando se tratar de fato em face daquela prevista para vício; tal constatação poderá auxiliar o intérprete em caso de elucidação na exegese da sistemática do CDC".<sup>11</sup>

<sup>8</sup> ARYSTÓBULO DE OLIVEIRA FREITAS, Responsabilidade Civil Objetiva no Código de Defesa do Consumidor, Revista Direito do Consumidor, n. 11, p. 113.

<sup>9</sup> MARÇAL, Op. cit. p. 105.

<sup>10</sup> FREITAS, Op. cit. p. 113

<sup>11</sup> FREITAS, Op. cit. p. 113.

Por seu turno TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO apesar de defender a tese de que afóra a situação dos profissionais liberais o Código de Defesa do Consumidor "criou a responsabilidade objetiva do fornecedor", reconhece " que, em alguma situação, a responsabilidade do fornecedor deva ser subjetiva, estribada na culpa".<sup>12</sup>

Em defesa de sua tese sustenta que "se o consumidor ou o terceiro agiram com culpa, só há excludência da responsabilidade se ela, a culpa, for unicamente deles. Se for concorrente, se mantém a responsabilidade não por ser objetiva mas porque o fornecedor também agiu com culpa. Nesta hipótese, tem que se verificar e pesquisar a conduta culposa do fornecedor".<sup>13</sup>

Por sua vez, MARIA LUÍZA A. F. DE S. CAMPOS , entende que "no tocante à responsabilidade civil na defesa e proteção do consumidor, prepondera a teoria do risco. Mas nota-se que o elemento **culpa** encontra-se presente na valoração subjetiva preconizada em alguns de seus artigos, criando uma dissonância, uma incongruência dentro do próprio sistema. Tal constatação surpreende, fazendo com que não se possa afirmar com exatidão que o CDC adotou a responsabilidade sem culpa ou também denominada responsabilidade causal. Tudo indica que a noção da culpa ainda reina no comando que informa a imputação da responsabilidade".<sup>14</sup>

NELSON NERY JR. assume posição diametralmente oposta, afirmando categoricamente que "o Código adotou a **teoria do risco da atividade** como postulado fundamental da responsabilidade civil ensejadora da indenização dos danos causados ao consumidor".<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, Comentários ao Código do Consumidor, RJ, Aide Ed., 1991, p. 78.

<sup>13</sup> NASCIMENTO, Op. cit. p. 79.

<sup>14</sup> CAMPOS, Op. cit. p. 218/219.

<sup>15</sup> NELSON NERY JR., Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Revista Direito Consumidor, n. 3, p. 56.

Defende NELSON NERY JR. que o Código de Defesa do Consumidor não distingue a responsabilidade pelo fato do produto da responsabilidade pelo vício do produto, afirmando que a expressão " independente da existência da culpa" contida no *caput* do art. 12, do CDC, é meramente exemplificativa, razão pela qual entende que aplica-se a responsabilidade objetiva "a toda e qualquer pretensão indenizatória derivada da relação de consumo".<sup>16</sup>

Demonstrada a divergência em torno do tema, no concernente ao critério adotado pelo legislador para caracterização da responsabilidade civil decorrente de relação de consumo, passamos a analisar individualmente as duas espécies de responsabilidade: responsabilidade pelo fato e responsabilidade pelo vício do produto ou serviço.

### **2.1- Responsabilidade Objetiva pelo Fato do Produto ou do Serviço**

O Código de Defesa do Consumidor, à evidencia, estabeleceu em seu arts. 12 e 14, a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor ou terceiros, vítimas do evento, por defeitos do produto ou serviço que afetem à saúde e segurança desses.

Observa-se, portanto, como já referido anteriormente, que nessa hipótese o legislador buscou à proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor, procurando proteger sua saúde e segurança contra os acidentes de consumo, decorrentes da introdução no mercado de produtos ou serviços defeituosos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

Nessa hipótese não diverge a doutrina nem a jurisprudência, até face a clareza do texto legal, que a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, e, sendo assim,

---

<sup>16</sup> CAMPOS, Op. cit. p. 218/219.

responde pelos danos causados por produtos ou serviços defeituosos pelo simples fato de tê-los colocado no mercado, independentemente da culpa ou dolo.

Exige-se, assim, para caracterização da responsabilidade do fornecedor apenas a existência dos seguintes pressupostos:

- 1- o fato ou defeito do produto;
- 2- o dano;
- 3- o nexo causal entre o defeito e o evento danoso.

Portanto, *in casu* não se perquire a conduta culposa do fornecedor. O simples fato desse ter colocado um produto defeituoso no mercado e ter esse produto acarretado danos ao consumidor ( acidente de consumo) , por si só, enseja a obrigação de reparar.

Expõe SILVIO LUIS FERREIRA DA ROCHA, que "o Código de Defesa do Consumidor adotou uma posição afinada como os estudos e legislações modernas e abandonou o clássico conceito de culpa como fundamento da responsabilidade civil, consagrando a responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato do produto".<sup>17</sup>

Pondera o prefalado magistrado, contudo, que "essa responsabilidade, embora prescindida da prova da culpa do fornecedor, e, portanto, objetiva, não é uma responsabilidade por risco da empresa. Não é absoluta. Admite causas de exclusão.."<sup>18</sup>

E mais, adverte o citado jurista que "a responsabilidade objetiva não elimina o problema da prova. A vítima deve provar o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto defeituoso. Presume-se o defeito do produto, competindo ao fornecedor o ônus de provar sua inexistência, *ex vi* do disposto no art. 12, § 3º, do citado diploma legal".<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> SILVIO LUIS FERREIRA DA ROCHA, A Responsabilidade pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor, Revista Direito do Consumidor, n. 5, p. 39.

<sup>18</sup> ROCHA, Op. cit. p. 39.

<sup>19</sup> ROCHA, Op. cit. p. 39.

Evidente, que tratando-se de responsabilidade objetiva é desnecessário se perquirir a culpa do agente causador do dano, mas permanece para o consumidor o ônus da prova do dano e do nexo de causalidade entre o produto e o dano.

Nesse aspecto, enfatiza FERREIRA DA ROCHA que "a responsabilidade objetiva não elimina o problema da prova. A vítima deve provar o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o produto defeituoso".<sup>20</sup>

Defendendo o mesmo ponto de vista, sustenta VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS, que "para haver "a responsabilização do fornecedor pelo fato do produto, a mera comprovação de que a lesão resultou como consequência do uso ou consumo do produto. Faz-se necessário comprovar-se que o dano foi ocasionado por defeito do produto e que tal defeito teve origem na fábrica ou no estabelecimento comercial onde foi adquirido o produto, configurando defeito de criação, produção ou informação".<sup>21</sup>

Ressalte-se, contudo, que tendo em vista o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o Juiz pode inverter o ônus da prova em favor do consumidor, quando entender verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Acresça-se, ainda, que conforme dito alhures, a responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço em que pese ser objetiva, não é absoluta porquanto admite excludentes, nas hipótese taxativamente previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A primeira hipótese de exclusão de responsabilidade do fornecedor é a prevista no inciso I, do § 3º, do art. 12, qual seja, a prova de que não colocou o produto no mercado.

---

<sup>20</sup> ROCHA, Op. cit. p. 39.

<sup>21</sup> SÉLLOS, Op. cit. p. 136.

Portanto, a hipótese de exclusão em análise está intimamente relacionada a consciência vilitiva do fornecedor de colocar um produto no mercado.

Como assinala SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, as situações subsumidas na causa de exclusão acima seriam aquelas relacionadas com falsificação, furto ou roubo do produto em que os produtos foram introduzidos no mercado contra a vontade do fornecedor<sup>22</sup>

Outra hipótese que exige a responsabilidade do fornecedor, é a prova de inexistência do defeito do produto, vez que nesse caso inexistente a antijuridicidade na conduta do fornecedor, faltando também um dos elementos caracterizadores do dever de reparar, qual seja, o nexo de causalidade.

A última hipótese consignada no Código de Defesa do Consumidor que exonera a responsabilidade do fornecedor é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Destaque-se, que a lei exige culpa exclusiva da vítima não eximindo nem mitigando a responsabilidade do fornecedor a culpa concorrente.

Impende destacar, como bem defende TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, que se dispensa o confronto entre os graus das culpas concorrentes. O fornecedor pode ter agido com culpa grave, média ou leve. Pouco interessa. Por menor graduação que tenha a sua culpa, não se forma o suporte fático da exclusão da responsabilidade porque a culpa do consumidor, ou de terceiro, não foi exclusiva<sup>23</sup>.

## **2.2- Responsabilidade Subjetiva pelo vício do produto ou do serviço.**

O Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito a responsabilidade civil do fornecedor pelo vício do produto ou

---

<sup>22</sup> ROCHA, Op. cit. p. 45.

<sup>23</sup> NASCIMENTO, Op. cit. p. 79.

do serviço, adotou a teoria subjetiva, considerando que não previu expressamente que esse responde independentemente de culpa, como o fez na hipótese de responsabilidade por fato do produto ou serviço.

É importante ressaltar, que o estudo da hermenêutica nos revela, como bem demonstra MARIA LUÍZA A. F. DE S. CAMPOS “ que o texto da lei não traz locuções vazias de conteúdo e sentido, e, se o legislador não excluiu a culpa como elemento caracterizador da responsabilidade pelos vícios do produto- como o fez expressamente ao regular a responsabilidade pelo fato do produto, a qual se considera mais grave por tratar da incolumidade física e psíquica do consumidor -, foi porque não tinha a intenção de que a responsabilidade objetiva também incidisse na hipótese do art. 18.<sup>24</sup>

Destaque-se, entretanto, que o mecanismo de inversão do ônus da prova, implicou indubitavelmente na presunção da culpa do fornecedor para a hipótese de vício de produto ou serviço.

Por outro lado destaque-se, e nesse ponto que nos parece um dos grandes avanços do CDC no tocante a responsabilidade por vício, que dito conceito é muito mais abrangente no campo das relações de consumo.

Com efeito, o Código Civil no concernente as relações negociais comuns, protege o adquirente tão somente dos vícios redibitórios, conforme regras previstas em seus arts. 1.101 e 1.105.

Entretanto, no campo das relações de consumo o Código de Defesa do Consumidor embora tenha adotado os elementos essenciais do vício redibitório, ampliou o conceito ao admitir o vício aparente e estender seu alcance também aos serviços.

Dita ampliação, como preleciona ROBERTO SENISE LISBOA, “significa uma vantajosa evolução doutrinária em favor

---

<sup>24</sup> LISBOA, Op. cit. p. 95.

do consumidor, passando-se, pois, a se possibilitar a responsabilidade do fornecedor por todo vício a um objeto de consumo, quer seja este materializado ou não ( §§ 1º e 2º do art. 3º).<sup>25</sup>

Por outro lado, como assinala o citado jurista "não é somente o vício oculto que agora enseja referidas facilidades ao consumidor. Além deste, pode também dar vez à responsabilidade do fornecedor a existência de vício aparente ou de fácil constatação, o que equivale dizer: o que o instituto, no sistema comum, não previu com relação ao vício notório e ao de fácil constatação, o sistema consumerista adotou, inexistindo a responsabilidade do fornecedor apenas quando houver culpa da vítima ou o seu conhecimento a respeito do vício".<sup>26</sup>

Defende ROBERTO SENISE LISBOA, que "tudo isso sucede à luz da responsabilidade por culpa presumida, que inadmite prova em contrário, que nada mais é que a responsabilidade objetiva, em sua forma mitigada".<sup>27</sup>

Por seu turno, PAULO LUIZ NETO LÓBO comunga da mesma opinião afirmando que "agora, mesmo que o vício seja aparente no momento da entrega do produto ou do serviço, cabe a responsabilidade do fornecedor. Muda apenas o termo inicial do prazo preclusivo para que o consumidor exerça sua pretensão contra o fornecedor: se aparente o vício, o do momento da entrega".<sup>28</sup>

Conclui o mencionado jurista que "como o ônus da prova é do fornecedor, a ele incumbe provar que: a) o vício não existe e nunca existiu; b) o vício não foi preexistente ou concomitante ao momento da entrega do produto ou do serviço; c) o vício é imputável exclusivamente à culpa do consumidor".<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> LISBOA, Op. cit. p. 94.

<sup>26</sup> LISBOA, Op. cit., p. 94.

<sup>27</sup> LISBOA, Op. cit. p. 94.

<sup>28</sup> PAULO LUIZ NETO LÓBO, Responsabilidade por Vícios nas Relações de Consumo, Revista Direito do Consumidor, p. 37.

<sup>29</sup> LÓBO, Op. cit. p. 37.

Outro aspecto que merece relevo, em relação aos avanços introduzidos pelo CDC no tocante a responsabilidade civil por vício do produto, diz respeito a possibilidade do consumidor optar pela solução que julgar mais conveniente para solução do problema, quais sejam, a restituição imediata da quantia paga, corrigida monetariamente mais perdas e danos, o abatimento proporcional do preço e até mesmo a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso.

Sob outro enfoque, no tocante ao assunto em análise, registre-se que, conforme demonstra ROBERTO SENISE LISBOA<sup>30</sup>, o CDC previu três espécies básicas de vícios, a saber:

1- Vício de qualidade: que diz respeito a impropriedade ou inadequação do bem, com a conseqüente diminuição do seu valor;

2- Vício de quantidade: refere-se a desconformidade entre a quantidade numérica que se atribua ao produto, concernente ao peso e medida, excetuadas "as variações decorrentes da natureza do bem";

3- Vício pela disparidade de informações: que resulta de uma conduta comissiva ou omissiva do fornecedor, que na primeira hipótese divulga falsa informação a respeito do produto e, na segunda hipótese omite "fato de importância ao consumo ou não do produto".

Outras importantes inovações nas relações de consumo pertinentes responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, estão previstas nos arts. 23 a 25, do CDC, que estabelecem:

a) a responsabilidade do fornecedor mesmo que ignore os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços;

---

<sup>30</sup> LISBOA, Op. cit. p. 102.

b) a proibição de exoneração contratual do fornecedor, impondo a garantia legal de adequação do produto ou serviço independente de termo expresso;

c) a proibição de estipulação de cláusula que possibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar.

Constata-se, assim, que o princípio da autonomia da vontade é limitado pela socialização do direito e deve ser compreendido em sintonia com o princípio do dirigismo contratual, que limita a liberdade contratual a observância ou ao atendimentos dos interesses sociais e de ordem pública econômica.

Como enfatiza ROBERTO SENISE LISBOA<sup>31</sup> essas vedações, que a meu sentir são restrições ao princípio da autonomia da vontade, buscam o efetivo equilíbrio contratual, de um lado mantendo a colocação de bens no mercado de consumo, e de outro lado possibilitando o acesso aos mesmos, procurando reduzir ao máximo os prejuízos ao consumidor.

Outro aspecto que merece relevo, diz respeito a solidariedade dos fornecedores que formam a cadeia de consumo, tema que abordaremos no próximo tópico.

### **3. Responsabilidade solidária dos fornecedores que formam a cadeia de consumo.**

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu como regra geral a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que tenham intervindo na relação de consumo.

Em se tratando de dano causado ao consumidor pelo fato do produto colocado no mercado, o art. 12, do diploma legal em comento, fixa a responsabilidade no mesmo plano do fabricante, do produtor, do construtor, nacional ou estrangeiro, e do importador e, sendo assim, qualquer um deles poderá vir a ser acionado pelo consumidor ou terceiro, vítima do evento danoso

---

<sup>31</sup> LISBOA, Op. cit. p. 97.

Observa-se, contudo que em se tratando de dano decorrente de acidente de consumo pelo fato do produto, a responsabilidade do comerciante é subsidiária, só se caracterizando na impossibilidade de identificação dos fornecedores do produto motivador do evento danoso ou quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis, conforme preceitua o art. 13 e seus incisos, do CDC.

No concernente aos vícios do produto, constata-se a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que formam a "cadeia de consumo", inclusive o comerciante.

Destaque-se, contudo, que a regra da responsabilidade solidária por vício do produto admite exceções nas hipóteses previstas no § 5º, do art. 18 e § 2º do art. 19, do CDC, que estabelecem a responsabilidade do fornecedor imediato:

I - quando fizer a pesagem ou a mediação e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais ( vícios de quantidade);

II - pela má qualidade dos produtos, exceto quando identificado claramente seu produtor.

Acresça-se, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 13, parágrafo único, previu que "aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado, poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso".

#### **4- CONCLUSÕES:**

1. Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo, basicamente, eram disciplinadas pelo Código Civil, inspirado no Código Napoleônico, em que prevalecia a visão privatista e individualista.

2. De acordo com a concepção da época de elaboração do Código Civil, a responsabilidade do fornecedor no campo

extracontratual baseava-se sempre no princípio da culpa e no campo contratual no princípio da autonomia da vontade e da liberdade de contratar.

3. O crescimento econômico-industrial provocou profundas alterações nas relações de consumo, com acentuado desequilíbrio entre fornecedores e consumidores, impondo a necessidade do Estado intervir para estabelecer mecanismos de proteção ao consumidor.

4. Nesse contexto, o Constituinte de 1988 assegurou ao consumidor, dentre os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, em seu art. 5º, XXXII e consignou, no art. 48, do ADCT, o prazo de 120 para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

5. O direito predominantemente privatista e individualista que serviu de inspiração na formulação do Código Civil cedeu lugar ao direito coletivo e social, fonte manancial dos princípios que nortearam a elaboração do Código do Direito do Consumidor- Lei n.º 8.078, de 12.9.90.

6. O Código de Defesa do Consumidor introduziu alterações evolutivas no que diz respeito a responsabilidade civil decorrente das relações de consumo.

7. O Código de Defesa do Consumidor no concernente a responsabilidade civil estabeleceu critérios diversos levando em consideração o evento danoso, um relacionado ao fato do produto ou do serviço e outro vinculado ao vício do produto ou do serviço.

8. A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço é objetiva, porquanto independe da conduta culposa ou dolosa do agente, porém permanece para o consumidor o ônus da prova do dano e do nexo de causalidade entre o produto e o dano, podendo o Juiz inverter esse ônus em favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

9. A responsabilidade pelo vício do produto é subjetiva, embora tacitamente admita a presunção da culpa, face ao mecanismo de inversão do ônus da prova.

10. A questão em torno dos critérios adotados pelo CDC é polêmica e divergentes entre os estudiosos do assunto.

11. A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço em que pese ser objetiva, não é absoluta porquanto admite excludentes nas hipóteses taxativamente previstas no § 3º e seus incisos do art. 12, do CDC.

12. Um dos grandes avanços introduzidos pelo CDC no tocante a responsabilidade por vício refere-se a área de abrangência, vez que embora tenha adotado os elementos essenciais do vício redibitório, ampliou o conceito ao admitir o vício aparente e estender seu alcance também aos serviços.

13. O legislador limitou o princípio da autonomia da vontade, conforme se depreende dos arts. 23 a 25, do CDC, visando o efetivo equilíbrio contratual, o que se coaduna com a visão contemporânea da socialização do direito que limita a liberdade contratual a observância ou ao atendimento dos interesses sociais e de ordem pública econômica.

14. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu como regra geral a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que tenham intervindo na relação de consumo, resguardado o direito de regresso daquele que efetivar o pagamento a vítima do evento danoso contra os demais responsáveis, segundo o grau de participação de cada um.

15. Em se tratando de dano decorrente do fato do produto a responsabilidade do comerciante é subsidiária, nos termos do art. 13 e seus incisos do CDC.

16. A responsabilidade solidária por vício admite exceções, responsabilizando diretamente o fornecedor imediato na hipótese de vício de quantidade e de má qualidade de produtos *in natura*.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE ALGUNS ASPECTOS DA MEDIDA CAUTELAR

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE

Procuradora do Estado

### I - INTRODUÇÃO

Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>1</sup>, "jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida", ou seja, é o poder de dizer o Direito aplicável ao caso concreto levado à apreciação. Ao tratar do objetivo da jurisdição, o citado jurista conclui que, "dando ao direito do caso concreto a certeza que é condição da verdadeira justiça e realizando a justa composição do litígio, promove, a jurisdição, o restabelecimento da ordem jurídica, mediante eliminação do conflito de interesse que ameaça à paz social"<sup>2</sup>.

A jurisdição, juntamente com a ação e o processo, formam a tríade fundamental do direito processual, que guarda correspondência com a tríade secundária (conflito de interesses, pretensão e lide) e a tríade de ligação (pedido, demanda e petição inicial).

A ação é o meio pelo qual a jurisdição é provocada, enquanto que o processo é o conjunto de atos processuais através do qual o Estado desempenha sua função jurisdicional.

O conflito de interesses, caracterizado pelo choque de interesses acerca do mesmo objeto, quando não resolvido, faz surgir a pretensão, isto é, quando uma das partes envolvidas no

<sup>1</sup> Humberto Theodoro Jr. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 2.ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1990, p. 37.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 39.

conflito exige que o interesse alheio se subordine ao seu. A lide surge quando a pretensão é resistida, obrigando o Estado a intervir, através do poder jurisdicional.

Não obstante a unidade da jurisdição, o Código de Processo Civil admite a existência de jurisdição de natureza voluntária, em que não existe litígio, e de natureza contenciosa, na qual existe litígio, que se subdivide em jurisdição própria (cognitiva) e jurisdição imprópria (executiva e cautelar).

A jurisdição própria, ou de índole cognitiva, caracteriza-se pela existência de lide meritória, que pressupõe um aspecto de referibilidade material, configurando um efetivo direito próprio e particular das partes em litígio. Na jurisdição imprópria, que se apresenta sob a índole executiva e a cautelar, a lide existente é considerada impropriamente como de dano, pressupondo um aspecto de referibilidade processual, configurando um interesse estatal na defesa do resultado final da prestação jurisdicional cognitiva requerida pelas partes.

A jurisdição imprópria de índole executiva tem por objetivo tornar efetivo o direito reconhecido na sentença de mérito, enquanto que a de índole cautelar tem a função de assegurar o pronunciamento judicial de índole cognitiva (jurisdição própria), com o fim de evitar dano que dificulte ou impossibilite a efetiva realização do direito a ser reconhecido no processo de conhecimento.

## **II - DIFERENÇA ENTRE MEDIDA LIMINAR, MEDIDA CAUTELAR E PROVIDÊNCIA CAUTELAR**

Medida liminar é a forma de exteriorização da providência cautelar.

Providência cautelar é o meio pelo qual se busca a proteção cautelar. Possui conteúdo generalizante.

Medida cautelar é o conteúdo específico da providência cautelar.

MARCELO LIMA GUERRA<sup>3</sup>, ao tratar do assunto, assim se manifestou:

“Na realidade, uma medida (ou providência) é caracterizada como *liminar* com base em critério totalmente distinto daquele em função do qual se define uma medida como *cautelar*. Diz-se que uma medida é *cautelar* em razão da *natureza da tutela jurisdicional prestada através dela*. Medidas cautelares são, portanto, aquelas com as quais se presta *tutela cautelar* e contrapõem-se, segundo o mesmo critério classificatório, às providências *declaratórias 'lato sensu'* (i.e., sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias) e às *medidas executivas*.

Já na caracterização das *medidas liminares* é irrelevante a natureza da tutela jurisdicional. O critério aí empregado refere-se apenas à relação da liminar com a providência *final* do processo, qualquer que seja sua natureza. Dessa forma, a *medida liminar* é aquela que é concedida na fase inicial de um processo, como *antecipação total ou parcial dos efeitos da providência à preparação da qual se instaura esse mesmo processo*. Segundo esse critério classificatório a *medida ou providência liminar* contrapõe-se à *medida ou providência final* de determinado processo.

(...)

Ora, a medida cautelar, embora possa consistir numa *antecipação* da providência

<sup>3</sup> Marcelo Lima Guerra, Estudos sobre o Processo Cautelar, São Paulo: Matheiros, 1995, p. 81-2, 86.

cuja eficácia destina-se a garantir, também pode ter conteúdo meramente *conservativo*, enquanto que as liminares sempre proporcionam alguma antecipação da providência final.  
(...)

Finalmente, há uma terceira modalidade de medidas liminares que exige atenta caracterização. Trata-se da *liminar concedida em processo cautelar* (CPC, art. 804). Há uma diferença sutil, porém fundamental, entre tais liminares e aquelas concedidas no próprio processo principal."

BETINA RIZZATO LARA<sup>4</sup>, por sua vez, sustenta que "a confusão (entre liminar e medida cautelar) tem origem em dois fatores: o primeiro, diz respeito ao fato de que a liminar, em determinadas situações, assume uma função cautelar; o segundo, refere-se à coincidência de grande parte das características das liminares com aquelas relativas às medidas cautelares". E continua:

"A diferença, entretanto, está no fato de que a liminar *pode* apresentar uma natureza cautelar mas *não tem* esta natureza. Isto significa que é incorreta a idéia, por vezes difundida, de que toda liminar tem natureza cautelar.  
(...)

As liminares, conforme já referido, configuram sempre uma antecipação dos efeitos fáticos da sentença. As medidas cautelares, no entanto, podem ou não apresentar este caráter antecipatório.

---

<sup>4</sup> Betina Rizzato Lara, obra citada, p. 22-4.

As medidas cautelares somente podem ser concedidas pelo juiz dentro de uma ação cautelar. As liminares, ao contrário, podem ser deferidas nos mais diversos tipos de ação, como por exemplo, nas ações possessórias, na ação civil pública, no mandado de segurança, na ação de nunciação de obra nova, etc."

Portanto, medida liminar e medida cautelar não se confundem, pois são formas excludentes de exteriorização de providências cautelares. Em outras palavras, medida liminar e medida cautelar são instrumentos através dos quais a providência cautelar é prestada. Enquanto a medida liminar é o revestimento da providência cautelar, a medida cautelar é o pedido específico de proteção cautelar<sup>5</sup>.

### III - PODER CAUTELAR

Ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>6</sup> que "(...) o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes".

As medidas cautelares classificam-se em:

- a) típicas (ou nominadas): quando estão previstas e disciplinadas individualmente pela lei; e
- b) atípicas (inominadas): quando a possibilidade de sua concessão está prevista genérica e abstratamente pela lei.

A jurisdição imprópria de índole cautelar, por sua própria natureza de segurança do deslinde do conflito de interesses levado à apreciação, confere legitimidade ao poder cautelar geral, que se traduz pelo poder de prover medidas cautelares atípicas ou

---

<sup>5</sup> Cf. R. Reis Friede, *Liminares em Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p. 4-6.

<sup>6</sup> Humberto Theodoro Jr., obra citada, vol. II, p. 1105.

inominadas, mediante requerimento das partes, e ao poder cautelar genérico, que se traduz pelo poder de prover de ofício medidas cautelares, para assegurar a efetividade plena da prestação jurisdicional cognitiva.

É de se observar, pois, que à jurisdição imprópria de índole cautelar não se aplica o princípio da demanda, insculpido no artigo 2º do CPC, segundo o qual o julgador está impedido de prestar a tutela jurisdicional se a parte ou o interessado não a requerer.

A respeito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>7</sup> esclarece:

"Mas, a função cautelar não fica restrita às providências típicas, porque o intuito da lei é assegurar meio de coibir qualquer situação de perigo que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal. Daí existir, também, a previsão de que caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias, além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão de grave e difícil reparação (C.P.C., art. 798)

Há, destarte, medidas que o próprio legislador define e regula suas condições de aplicação, e há também que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situações de perigo não prevista ou não reguladas expressamente pela lei.

Esse poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já

<sup>7</sup> Humberto Theodoro Jr., *Obra citada*, vol. II, p. 1122.

arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de poder geral de cautela.

Merece destaque, ainda, a seguinte lição do Prof. MARCELO LIMA GUERRA<sup>B</sup>:

"No direito brasileiro, a tutela cautelar caracteriza-se como um sistema misto. Com efeito, o legislador processual tanto previu diversas medidas cautelares nominadas (Cap. II do Livro III do CPC), como instituiu expressamente a possibilidade de concessão de medidas cautelares inominadas, a serem moldadas caso a caso pelo juiz (CPC, art. 798).

A possibilidade instituída por lei do juiz conceder medidas cautelares não previstas individualmente no CPC é comumente designada pela expressão 'poder geral de cautela' ('poder cautelar genérico'). A expressão é infeliz como terminologia.

De fato, não se trata de um 'poder extra' concedido ao juiz. O poder que o juiz exerce ao conceder medidas cautelares inominadas é o mesmo que é exercido quando ele prolata sentenças de mérito no processo de conhecimento, ou ordena os atos executivos. Trata-se, simplesmente, do poder jurisdicional que é, dentro dos limites assinalados pelas regras de competência, atribuído a todos os órgãos jurisdicionais.  
(...)

---

<sup>B</sup> Marcelo Lima Guerra, obra citada, p. 27.

É certo, porém, que o uso da expressão referida está plenamente consagrado e dificilmente poder-se-ia expurgá-la do vocabulário jurídico predominante. Face a isso, o que se faz imperioso é, antes, evitar que fiquem obscurecidas por essa terminologia questões fundamentais que, embora estreitamente relacionadas, merecem ser enfrentadas separadamente.

Assim, não se deve confundir a questão da possibilidade de concessão de medidas cautelares *ex officio*, com aquela outra da possibilidade do juiz conceder medidas cautelares diversas da solicitada pela parte, nem mesmo com aquela, subordinada a essa última, de se saber os critérios a serem empregados pelo juiz na conformação da medida mais adequada ao caso concreto."

O poder cautelar geral está expresso, portanto, no artigo 798, do CPC, e decorre da própria incapacidade do legislador de prever todas as hipóteses típicas para concessão da tutela, uma vez que a realidade está em constante transformação.

O poder cautelar genérico, por sua vez, caracteriza tendência contemporânea da jurisdição imprópria, que permite ao julgador, sem provocação da parte, dar provimento à medidas cautelares assecuratórias de processos de conhecimento e de execução.

Os poderes cautelares geral e genérico foram estabelecidos em favor do julgador, na qualidade de dirigente do processo, para que não ficasse dependente de iniciativa das partes, em detrimento da justiça e da paz social, necessárias ao desenvolvimento da comunidade.

Como observa R. REIS FRIEDE<sup>9</sup>:

"O poder cautelar geral e genérico do Juiz é que deverá prover cada situação concreta de perigo jurídico, procurando ajustar a medida cautelar própria vindicada (poder cautelar geral) ou mesmo *ex officio* (poder cautelar genérico) para determinada situação, apenas dispondo *consertivamente*, nada antecipando quanto à decisão final.

A eficácia de tal provimento jurisdicional não assume forma satisfativa: ela apenas circunstancia a inalterabilidade de fatos ou direitos, até a outorga da prestação jurisdicional final, esta sim efetivamente *satisfativa* do direito da parte vitoriosa.

O princípio norteador e nuclear da tutela cautelar é essencialmente o preceito da segurança para retirar a possibilidade da vacuidade do ofício jurisdicional."

#### **IV - DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO DO JULGADOR NA APRECIÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES**

A discricionariedade, não obstante fenômeno típico da atividade administrativa, também ocorre na atividade jurisdicional, em que está associada aos princípios da livre investigação de provas e do livre convencimento do juiz.

Na realidade, discricionariedade e vinculação são aspectos de um mesmo fenômeno, à medida que a existência do poder discricionário adquire sentido na vinculação às

---

<sup>9</sup> R. Reis Friede, Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares: em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública, Ação Popular, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 68.

determinações impostas pela lei, ponto em que uma se diferencia da outra, pois, na vinculação, a lei prevê uma única forma de atuação, sem possibilidade de escolha para o julgador, ao contrário da discricionariedade, que se caracteriza pela variedade de opções, dentre as quais, a escolha da melhor implicará um juízo subjetivo, isto é, pessoal.

Importante é ressaltar que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem, pois o julgador não pode ser arbitrário, estando limitado pelo princípio da legalidade, isto é, a liberdade de escolha do julgador é exercida nos parâmetros fixados pela lei e pela finalidade a ser alcançada com a escolha realizada<sup>10</sup>.

Defende o citado Prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>11</sup> que, "(...) especialmente, no tocante ao poder geral de cautela, incumbe ao juiz a função de adequar a medida aos limites e objetivos da jurisdição de prevenção. Nesse passo, o poder discricionário do juiz atua:

- a) no que se refere à apreciação da verossimilhança das circunstâncias reveladores do interesse a proteger;
- b) no que concerne ao juízo de possibilidade ou probabilidade de que se verifique o evento danoso e à oportunidade de providenciar a eliminação do perigo; e, também,
- c) relativamente à escolha e determinação da providência que, segundo as circunstâncias, se afigura, no juízo discricionário do julgador, mais idônea para conservar o estado de fato e de direito envolvido na lide."

---

<sup>10</sup> Cf. R. Reis Friede, Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar, à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 140-1.

<sup>11</sup> Humberto Theodoro Jr., obra citada, vol. II, p. 1126.

Portanto, a liberdade de escolha existente na discricionariedade não é absoluta, pois "(...) a própria existência de requisitos autorizadores da medida liminar (*periculum in mora*, *fumus boni iuris*, relevância do fundamento do pedido, *periculum in mora inverso* e o pressuposto especial previsto no art. 804 do CPC/73), com suas respectivas disciplinas jurídicas, são eminentemente *vinculativas*, reduzindo, sobremaneira, o grau de liberdade e a conveniência da concessão da medida pretendida".<sup>12</sup>

Para o Prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>13</sup>, o poder discricionário encontra limites na demonstração da necessidade da tutela cautelar e na conservação do estado de fato e de direito a que se vinculam os interesses defendidos no processo principal, razão por que entende que as medidas cautelares não podem assumir feição satisfativa.

A decisão concessiva de medida liminar é interlocutória, por força do artigo 162, § 2º, do CPC, razão por que deve ser obrigatoriamente fundamentada, o que também vincula o Julgador.

Com efeito, o Julgador, na prestação da tutela jurisdicional, está vinculado à absoluta observância do ordenamento jurídico vigente, independente de seu juízo particular de valoração, buscando realizar justiça, sendo absolutamente imutável a sua condição de escravo do direito positivo, cuja rigorosa observância se impõe como forma de garantir a segurança nas relações jurídicas.

## V - SATISFATIVIDADE

A função primordial da medida cautelar é assegurar a efetiva prestação jurisdicional no processo principal, diante da demonstração de circunstâncias de fato de que a demora no resultado pretendido comprometerá a eficácia da tutela obtida, e não satisfazer antecipadamente o objeto do litígio.

---

<sup>12</sup> R. Reis Friede, *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares: em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública, Ação Popular*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 114.

<sup>13</sup> Humberto Theodoro Jr., obra citada, p. 1128-30.

Assim é que o Tribunal Federal de Recursos, por sua 1ª Seção, no julgamento do MS 151.871-CE (rel. Min. Dias Trindade, j. 15.3.89, concederam a segurança para dar efeito suspensivo à apelação, v.u., DJU 19.4.89, p. 5.720, 2ª col., em.), decidiu<sup>14</sup>:

"Concede-se mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a apelação contra sentença que, em processo cautelar, satisfaz inteiramente a pretensão posta na ação principal."

Sob esta ótica, a medida cautelar apresenta como características principais a instrumentalidade, a provisoriedade e a autonomia processual, uma vez que funciona como instrumento de segurança da efetividade do resultado do processo principal, atendendo à uma situação provisória e emergencial, com o fim de preservar uma situação de fato, diante da presença de requisitos específicos previstos em lei.

A respeito, merece destaque a seguinte decisão:

"É da essência da medida cautelar a sua provisoriedade, uma vez que a medida adotada tem a finalidade de manter a situação e fato, enquanto a decisão de fundo do processo principal não vem sistematizá-la em definitivo. Nesses termos, a provisão liminar é independente da solução que, afinal, merecer o feito cautelar, afigurando-se autônoma até mesmo em relação ao processo principal (Ac. unân. da 4ª T. do STJ no RMS 142-SP, rel. min. Barros Monteiro; DJ de 19.3.90; Adcoas, 1990, n. 128.314).<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 27.ª ed., São Paulo: Saraiva, nota 21 ao artigo 520, p. 395.

<sup>15</sup> Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 6.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, nota 10 ao artigo 798, p. 3122.

Todavia, casos há em que as medidas cautelares se revestem de cunho satisfativo, quando antecipam a prestação jurisdicional do processo principal, por via transversa, uma vez que este não é o seu objetivo específico. Nestas hipóteses, verifica-se que o mérito da ação principal se confunde com o mérito cautelar, indicando a existência de um liame subjetivo, que constitui exceção à instrumentalidade de que se reveste o processo cautelar em relação ao processo principal.

De acordo com o que nos ensina R. REIS FRIEDE<sup>16</sup>, a autonomia processual do processo cautelar em relação ao processo principal não desfaz o liame de instrumentalidade existente entre o mérito cautelar e o mérito efetivo. A autonomia garante a independência técnica e a instrumentalidade coloca a tutela cautelar dentro dos limites adequados aos seu objetivo.

E explica:

"De cunho subsidiário e provisório, a função cautelar viabilizará a efetividade da sentença, *preservando* as situações necessárias para que o Processo principal alcance o seu objetivo. Aí está a conexão instrumental a que aludimos anteriormente. É a conexão teleológica que determina a característica instrumental do processo cautelar. Quando o elo que une ambas as tutelas jurisdicionais se desfaz, a função cautelar ganha plena autonomia, tornando *satisfativas* as medidas que dela decorrem."

Sustenta HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que as medidas cautelares não podem assumir feição satisfativa, uma vez que a sua natureza é assecuratória da efetiva tutela jurisdicional a ser obtida no processo principal.

---

<sup>16</sup> R. Reis Friede, *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*, à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 126 e 127.

R. REIS FRIEDE <sup>17</sup>, por sua vez, defende que:

"As interpretações doutrinárias mais recentes, portanto, convergem para a aceitação em caráter excepcional, da natureza satisfativa de algumas medidas cautelares, em forma de ação cautelar plenamente autônoma ou de medidas liminares satisfativas em ações de rito especial, que as comporte. São determinadas providências que esgotam o objeto da ação principal com a simples função que desempenham, que é assegurar a efetividade da sentença. No entanto, nas circunstâncias em que são deferidas, elas embora sem ultrapassar os limites estabelecidos para sua concessão, acabam tomando para si, de forma transversa, o objeto que seria próprio da ação principal, perpetrando, dessa forma, uma autêntica providência cautelar satisfativa.

Mais uma vez é necessário frisar que, no caso em epígrafe, o objeto subtraído da ação principal pela ação cautelar ou pela medida liminar deferida, esgota-se sem que, para isso, a providência cautelar tenha extrapolado as específicas margens que lhe foram impostas. Por isso mesmo é *excepcional* a ocorrência da situação merecedora de tal tutela cautelar: excepcionalmente definitiva e ao mesmo tempo satisfativa do próprio direito subjetivo em questão.

---

<sup>17</sup> R. Reis Friede, Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares: em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública, Ação Popular, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, 1996, p. 125.

Admitimos - assente com expressiva parte da doutrina -, portanto, a existência da medida cautelar satisfativa, inserida sempre, no entanto, em contexto absolutamente *excepcional*, onde a prestação da tutela cautelar, sem avançar os limites traçados para o seu exercício, retira a finalidade da ação principal ao apoderar-se, de forma transversa, de seu objeto. Entretanto, insistimos em que a situação propicia ao surgimento da medida cautelar satisfativa é flagrantemente *excepcional* e, portanto, admissível somente em casos reduzidíssimos."

A respeito, leia-se a lição de BETINA RIZZATO LARA<sup>18</sup>:

"Neste caso específico é possível verificar que a liminar, apesar de concedida na ação cautelar, antecipará os efeitos da prestação jurisdicional definitiva. Isto ocorre porque a liminar antecipará os efeitos da decisão proferida na ação cautelar, que por sua vez antecipará os efeitos da decisão final. A liminar, portanto, de forma indireta, acabará por antecipar os efeitos da decisão de mérito."

A satisfatividade de que se reveste a medida cautelar se caracteriza quando se desfaz a instrumentalidade do processo cautelar em relação ao processo principal, ou seja, quando o processo cautelar adquire autonomia plena, revelando-se o liame subjetivo que associa o mérito efetivo e o mérito cautelar.

A seguir, transcrevemos outro trecho da obra de BETINA RIZZATO LARA<sup>19</sup>:

<sup>18</sup> Betina Rizzato Lira, *Liminares no Processo Civil*, São Paulo: RT., 1993, p. 66.

<sup>19</sup> Betina Rizzato Lara, obra citada, p. 70.

“No nosso entender, uma liminar pode ser ao mesmo tempo cautelar e satisfativa. Se a liminar for concedida com o fim de evitar a ocorrência de um dano que possa impedir a efetividade do processo, ela será cautelar. Se para alcançar esse objetivo, ela ao mesmo tempo satisfizer a pretensão do requerente, esta satisfação não irá lhe retirar o caráter cautelar.

Se, ao contrário, a liminar visar somente conceder de imediato a pretensão que se obteria ao final da ação e for deferida somente com base na probabilidade do autor vencer a demanda e nas provas apresentadas acerca da existência de elementos objetivos, ela será satisfativa. Se ao mesmo tempo tiver um aspecto de cautelaridade, no sentido de evitar prejuízos ou mesmo o agravamento destes, a liminar não deixará de ser satisfativa.

Não é possível, portanto, fazer simplesmente uma separação entre cautelaridade e satisfatividade, como se estes dois fenômenos não pudessem coexistir.”

Convém ressaltar que o objetivo da cautelar não é a satisfação do mérito do processo principal, que, entretanto, pode ser alcançada, em situações excepcionais, indiretamente, quando, observados os limites impostos para concessão da cautela, o objeto do litígio for alcançado.

É o caso, por exemplo, da medida cautelar de exibição, prevista no artigo 844, do CPC. Segundo Theotônio Negrão<sup>20</sup>,

---

<sup>20</sup> Theotônio Negrão, obra citada, nota 8 ao artigo 844, p. 562.

“esta ação é de caráter satisfativo, e não meramente cautelar (RT 611/76, RJTJESP 96/280, JTA 41/67)”.

Vale transcrever, ainda, as seguintes anotações de Theotônio Negrão:

“As medidas cautelares também podem ser satisfativas, e muitas vezes são necessariamente satisfativas, como ocorre em matéria de família. Além disso, há muitas situações em que a simples liminar na cautela já produz efeito exaustivo” (RJTJERGS 133/239).<sup>21</sup>

“A medida cautelar inominada que visa à participação de sócio em assembléia tem cunho satisfativo, pois o interesse imediato se esgota com o cumprimento da liminar concedida. A realização de instrução para apuração dessa resistência importaria em apego ao formalismo, sendo portanto desnecessária” (RT 673/85).<sup>22</sup>

## VI - REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR

A tutela cautelar é prestada através do processo cautelar, cuja finalidade é prevenir, precaver os processos de conhecimento e de execução contra os danos que possam advir da demora na sua conclusão, proporcionando a prestação de uma tutela jurisdicional definitiva dotada de plena eficácia em relação ao interesse processual, e não ao direito subjetivo material<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Ibidem. nota 3b ao artigo 796, p. 544.

<sup>22</sup> Theotônio Negrão, obra citada, nota 6b ao artigo 798, p. 546.

<sup>23</sup> Cf. Betina Rizzato Lara, obra citada, p. 86-8.

Acerca dos pressupostos para concessão da liminar na medida cautelar, esclarece R. REIS FRIEDE<sup>24</sup>:

"Inicialmente convém ressaltar - consoante o pensamento unânime da doutrina e jurisprudência a respeito - que a *medida liminar* - em forma de antecipação da medida cautelar na ação de idêntica denominação - constitui-se em medida de absoluta excepcionalidade (diferente das medidas liminares previstas nos *writs* constitucionais), cujos pressupostos autorizadores, conforme expressa previsão legal, transcendem ao simples exame dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* [fundado receio da existência de um dano jurídico de difícil ou impossível reparação, durante o curso da ação cautelar e, por extensão, da ação principal (no caso de ações cautelares típicas ou atípicas) ou durante o curso do Mandado de Segurança, da ação popular ou da ação civil pública, aferido através do Juízo próprio de *probabilidade*, com comprovada *plausibilidade* de existência de dano, justificado receio de lesão de direito e/ou existência de direito ameaçado - e nunca genérico juízo de *possibilidade* (que, pela extrema amplitude, não permite a imposição do princípio da segurança e do controle mínimo dos acontecimentos)] e do *fumus boni iuris* [*probabilidade plausível* (e não mera e genérica possibilidade) de exercício presente ou futuro do direito de ação com provimento de mérito favorável (considerando que pequenas incertezas e eventuais

<sup>24</sup> R. Reis Friede, *Aspectos de Direito Processual Civil: em decisões da Justiça Federal*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 137.

imprecisões, a respeito do direito material do Autor (Requerente ou Impetrante) não devam assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar], impondo, por seu turno, não só a observância da *relevância do fundamento do pedido* e do denominado *periculum in mora inverso* [a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação), contra o Impetrado ou Requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao Impetrante ou Requerente], como ainda a efetiva presença do requisito indispensável consubstanciado na expressa disposição do art. 804 do CPC, *verbis*:

*Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73)*

“É lícito ao juiz conceder liminarmente (...) a medida cautelar, *sém* ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (...)”

ou seja, a derradeira comprovação de que a *antecipação* da medida cautelar, *em forma de liminar* (de caráter flagrantemente excepcional, cuja regra é sempre o indeferimento) é absolutamente indispensável, em face do risco plausível (portanto, amplamente justificado) de que a concessão normal da medida cautelar (após a contestação) - sem a antecipação *in limine* - será ineficaz, esvaziando seu conteúdo e, por consequência, o seu próprio objetivo.”

MARCELO LIMA GUERRA<sup>25</sup> identifica os seguintes requisitos:

- a) *fumus boni iuris* - a previsão (hipotética de que tutela jurisdicional com determinado conteúdo será prestada.
- b) *periculum in mora* - a ameaça (objetiva) de prestação não efetiva dessa mesma tutela;
- c) pressupostos processuais do processo cautelar
- d) condições da ação cautelar;

Nossos tribunais assim se posicionam quanto à caracterização dos requisitos ensejadores da concessão da liminar:

Somente se defere liminarmente medida cautelar, sem audiência da parte ré, quando verificar o juiz que a citação desta poderá torná-la ineficaz ( Ac. Unân. Da 1º Sec. Do TFR de 16.12.87, no ms. 117.749-RJ, rel. min. Dias Trindade; RTFR, 159/297).<sup>26</sup>

“Na concessão de liminar, pela ampla discricção com que age, deve o juiz redobrar de cautelas, sopesando maduramente a gravidade e a extensão do prejuízo alegado pelos postulantes e do prejuízo que será imposto aos requeridos, e a real existência do pressuposto do *fumus boni iuris* (Ac. unân. da 1ª Câmara do TJRS de 26.2.85, no agr. 584.044.135, rel. des. Athos Gusmão Carneiro; RJTJRS 111/215; RF 293/273).<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Marcelo Lima Guerra, obra citada, p. 23.

<sup>26</sup> Alexandre de Paula, obra citada, nota 3 ao artigo 804, p. 3158.

<sup>27</sup> Alexandre de Paula, obra citada, nota 19 ao artigo 804, p. 3160.

“Segundo a moderna visão doutrinária do processo cautelar, o requisito do *fumus boni juris* deriva da necessidade de assegurar eficácia e utilidade ao provimento do processo principal, independentemente da possibilidade de êxito da pretensão material da parte. Além disso, deverá estar configurado o *periculum in mora*, situação peculiar em que a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria cautela (Ac. unân. da 16ª Câ. do TJSP de 16.12.87, agr. 125.167-2, rel. des. Marcello Motta; RJTJSP 112/358).”<sup>28</sup>

“São requisitos específicos da tutela cautelar o risco, objetivamente apurável, de não ser a ação principal útil ao interesse demonstrado pela parte - dano potencial - em razão do *periculum in mora*; e a plausibilidade do direito substancial invocado pelo pretendente à segurança, ou *fumus boni juris*. Se o juiz, em face da prova, se convence da existência de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, poderá causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, deve conceder a tutela (Ac. unân. da 1ª Câ. do TJBA de 30.5.84, no agr. 2/84, rel. Paulo Furtado).”<sup>29</sup>

“As cautelares sujeitam-se às condições comuns à toda ação e subordinam-se a requisitos específicos consubstanciados no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*,

<sup>28</sup> *Ibidem*, nota 31 ao artigo 798, p. 3126.

<sup>29</sup> Alexandre de Paula, obra citada, nota 11 ao artigo 798, p. 3122.

gerando carência de ação a inexistência destas condições, a serem examinados ao prudente arbitrio do juiz (Ac. unân. da 2ª Câm. do TAMG de 21.12.88, na apel. 42.409, rel. juiz Garcia Leão; RJTAMG 34 e 37/340; Adcoas, 1989, n. 125.490)."<sup>30</sup>

“Conforme estabelece o nosso sistema jurídico, na ação cautelar para a concessão de liminar não basta, tão somente, a afirmação de sua necessidade formulada pelo requerente, a qual, mais das vezes, constitui uma opinião puramente subjetiva, mas, principalmente, da demonstração, por parte do requerente, da existência dos requisitos específicos da tutela cautelar, para que o juiz possa realizar a sua indispensável avaliação e se convencer ou não da necessidade de conceder a liminar requerida (Ac. unân. 1.105/88 da 1ª Câm. do TJAL no agr. 5.618, rel. des. Paulo da Rocha Mendes; DJAL de 1.9.89; Adcoas 1990, n. 128.860).”<sup>31</sup>

## VII - DIFERENÇA ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada, por outro lado, introduzida na legislação pátria pela Lei n.º 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 273, do CPC vigente, tem por finalidade a antecipação da própria prestação jurisdicional, ao contrário da tutela cautelar. É possível identificar os seguintes pontos de diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada<sup>32</sup>:

<sup>30</sup> Ibidem, nota 34 ao artigo 798, p. 3126.

<sup>31</sup> Ibidem, nota 6 ao artigo 804, p. 3158.

<sup>32</sup> Cf. R. Reis Friede. Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar, à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 40.

- a) a tutela cautelar possui natureza assecuratória e alude à jurisdição imprópria, enquanto que a tutela antecipada é de natureza cognitiva, característica da jurisdição própria;
- b) a tutela cautelar refere-se à uma "lide de dano", enquanto que a tutela antecipada refere-se à uma "lide de mérito";
- c) a tutela cautelar não é satisfativa do direito material subjetivo, nem exauriente, enquanto que a tutela antecipada o é;
- d) a tutela cautelar é absolutamente reversível, enquanto que a tutela antecipada é relativamente reversível.

## VIII - CONCLUSÃO

Nosso objetivo, com este trabalho, não foi o de exaurir o assunto, mas abordá-lo academicamente, com intuito de aprofundar o conhecimento individual acerca dos aspectos principais da tutela cautelar, que nos deu a oportunidade de refletir sobre as questões mais relevantes e polêmicas.

De nosso estudo, podemos extrair as seguintes conclusões:

- a) os conceitos de medida liminar e medida cautelar não se confundem: enquanto medida liminar é o revestimento da providência cautelar, a medida cautelar é o pedido específico de proteção cautelar. Considerando, porém, que a providência cautelar é o meio pelo qual se pretende a proteção assecuratória, com o fim de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, tanto a medida liminar quanto a medida cautelar são instrumentos através dos quais a providência cautelar é prestada;

b) o princípio da demanda (CPC, artigo 2º) não se aplica à jurisdição imprópria de índole cautelar, o que significa que o juiz tem legitimidade para prover medidas cautelares de ofício, que se traduz no poder cautelar genérico, o qual, por sua vez, não se confunde com o poder cautelar geral;

c) na apreciação da liminar, o juiz age com discricionariedade relativa, uma vez que o preenchimento dos seus pressupostos é vinculativo, ou seja, estando presentes os requisitos da medida liminar, cabe ao juiz concedê-la;

d) inobstante não se prestar para antecipar a prestação jurisdicional do processo principal, a medida cautelar pode ter cunho satisfativo, quando, observados os limites impostos para concessão da cautela, o objeto do litígio for alcançado;

e) constituem pressupostos para concessão da medida liminar: 1) *periculum in mora*; 2) *fumus boni iuris*; 3) relevância do fundamento do pedido; 4) *periculum in mora inverso*; 5) comprovação de que a concessão da liminar após a oitiva do réu poderá comprometer a eficácia da medida (art. 804, do CPC);

f) a tutela cautelar não se confunde com a tutela antecipada. Enquanto a tutela cautelar é de natureza assecuratória, característica da jurisdição imprópria, e se refere à uma "lide de dano", sendo absolutamente reversível, a tutela antecipada possui natureza cognitiva, característica da jurisdição própria, e se refere à uma "lide de mérito", sendo relativamente reversível.

## X - BIBLIOGRAFIA

- FRIEDE, R. Reis. Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar; à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

- \_\_\_\_\_. Aspectos de direito processual civil: em decisões da Justiça Federal. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- \_\_\_\_\_. Aspectos fundamentais das medidas liminares: em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública, Ação Popular, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- \_\_\_\_\_. Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.
- GUERRA, Marcelo Lima. Estudos sobre o processo cautelar. São Paulo: Malheiros, 1995.
- LARA, Betina Rizzato. Liminares no processo civil. São Paulo: RT, 1993.
- NEGRÃO, Theotônio. Código de processo civil e legislação processual em vigor, 27ª ed. São Paulo: Saraiva.
- PAULA, Alexandre. Código de processo civil anotado; vol. III, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil; vol. I, 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1990.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE DE MENESES  
Procuradora do Estado

Não há dúvida, o mundo está cada vez mais insensível ao sofrimento humano. Não são raras as situações que, em outras épocas, causariam indignação e pesar; hoje, não vão além da indiferença.

O médico, no exercício de seu mister, deve buscar a preservação da saúde física e/ou psíquica dos seus pacientes, no sentido de alcançar a tão almejada cura. Mas será sempre esse o desfecho? É evidente que não. Atividade médica quase sempre envolve riscos e, por isso, os erros não são raros.

O risco existe, entretanto, o erro que daí pode advir é intolerável, mais do que em qualquer outra atividade. Responsabilizar o seu causador torna-se matéria que já ultrapassou os interesses das vítimas e de seus pacientes, alcançando relevo de ordem pública.

Como bem salienta o emérito Prof. Washington de Barros Monteiro<sup>1</sup>, *a personalidade do obrigado assume quase sempre especial significação*. Desse modo, o tomador de serviço médico, ao escolher determinado profissional, leva em consideração sua capacitação e experiência adquirida. Em razão da confiança depositada e da expectativa existente em seu espírito, o ordenamento jurídico lhe confere o direito de, quando lesado, receber a devida indenização.

Nesse contexto, o advento do Código de Defesa do Consumidor serviu para fornecer ao consumidor, parte mais fraca na relação de consumo, proteção nos moldes até então não desfrutados. Como exemplo, podemos citar a inversão do ônus

---

<sup>1</sup> Curso de Direito Civil, *Direito das Obrigações - 1.ª parte*. Vol. 04. 25.ª edição. Ed. Saraiva. 1991. SP. p. 87.

da prova que dispensa a vítima da obrigação em demonstrar a veracidade dos fatos.

Diversamente, a sistemática inserida no Código de Processo Civil, confere ao autor a faculdade de, sob pena do fracasso da demanda, fazer a prova dos fatos apresentados em juízo, cabendo ao réu, em defesa, apenas argumentar a não ocorrência dos mesmos. Assim, a inversão do ônus da prova veio simplificar sobremaneira o recebimento de indenizações devidas por erro médico.

A responsabilidade civil de médicos, hospitais, clínicas, sanatórios e similares representa tema de grande relevância nos dias atuais, face à considerável oferta de tais serviços em nosso meio de consumo. Hoje, já podemos vislumbrar várias especialidades existentes no campo da medicina a atrair, cada vez mais, pacientes ávidos em obter a recuperação de sua saúde. Sendo assim, costumeiramente desenvolvem-se relações jurídicas estabelecidas entre o médico ou uma entidade dotada de personalidade jurídica a fornecer serviço e, ocupando o outro polo dessa relação, o paciente.

O crescimento das relações de consumo proporcionou a evolução de nossa legislação, no sentido de tutelar e intervir, através de normas congêntes, a parte hipossuficiente. O fim maior a ser buscado mediante essa intervenção, resume-se em fornecer instrumentos de defesa e proteção contra os abusos cometidos por comerciantes e prestadores de serviços, como meio necessário a assegurar maior equilíbrio entre as partes contratantes. O Código de Defesa do Consumidor surgiu como instrumento adequado e melhor direcionado à solução de tais conflitos.

Apesar de todo o aperfeiçoamento técnico existente nos dias atuais, ainda podemos observar a prática de condutas negligentes por parte de profissionais liberais, seja porque não desprende toda a atenção exigida ou não empregou todos os recursos disponíveis.

Embora já houvesse a apuração de responsabilidade, nos termos previstos no art. 1.521 do Código Civil, a reação do

lesado, ainda, era tímida. Somente após a promulgação do Código Defesa do Consumidor, passamos a perceber um maior volume no ingresso de ações indenizatórias com vistas a obter o ressarcimento de um dano injustamente sofrido.

Antes de adentrarmos na questão da responsabilidade civil decorrente de erro médico, faz-se imprescindível tecer considerações acerca da prestação de serviços por médico, considerado como profissional liberal, e por pessoa jurídica especialmente constituída para fornecer serviços de assistência à saúde a usuários diversos. Ante essa distinção, poderemos ter, de acordo com o caso em concreto, a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva. No que se refere a primeira, a obrigação de indenizar nasce após a comprovação do elemento culpa, enquanto que na segunda, basta a demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano suportado.

Quando se tratar de médico sem vínculo empregatício junto a pessoas de direito público ou privado, o paciente, prejudicado pelo dano, necessita, a fim de lograr êxito em sua pretensão de ressarcimento, provar a imprudência, a negligência ou a imperícia no exercício da medicina. Serviços dessa natureza, embora não importem na obrigação em obter um certo resultado específico, objeto de discussão e previsão pelas partes em fase de consulta preliminar, impõe ao seu prestador o dever de agir no sentido de esgotar a utilização de todos os recursos ordinariamente previstos.

O paciente apenas desfrutará de legitimidade para requerer indenização nas hipóteses de inadimplência contratual, caracterizada pelo exercício de atividade inadequada ou na prática de acidente cometido por ocasião da prestação do serviço. Como conseqüência, podemos inferir que, a princípio, o contrato avençado entre o médico e seus clientes é de meio, competindo ao seu prestador empregar todos os instrumentos disponíveis. O resultado previsto pelas partes não precisa, necessariamente, ser alcançado.

Há determinados profissionais, como os dentistas, que se vinculam a relações jurídicas de resultado. A título de ilustração,

podemos mencionar a extração de dente, inobstante o profissional encontrar-se obrigado a empregar todos os meios idôneos e técnicos com vistas a alcançar o resultado pretendido.

Ressalte-se que, em face da ausência de previsão legal, o contrato médico é de caráter atípico. O nascimento dessa espécie contratual deu-se em razão do crescimento da prestação desses serviços a exigir a fixação de direitos e obrigações a serem atribuídos às partes envolvidas, no intuito de garantir e tutelar o lesado quando ocorrido o seu descumprimento.

Quanto à sua classificação, teremos a consensualidade, a bilateralidade e a prestação continuada, como regra. Poderá ser gratuito ou oneroso, conforme tenha sido acordado pelos interessados. Há, entretanto, situações em que se presume a onerosidade: quando a pessoa, diante da enfermidade, não dispõe de meios para expressar seu consentimento, o médico vê-se obrigado a deferir tratamento emergencial. Sendo assim, o serviço realizado exige uma contraprestação como forma de impedir o enriquecimento ilícito.

A prestação do contrato médico sofre desdobramentos. *A anamnese, o diagnóstico, o tratamento e a cura, constituem fases distintas. Com efeito, a primeira compreende o diálogo, o contato preliminar estabelecido entre o paciente e o médico, podendo ser seguido da requisição de exames necessários a fornecer elementos imprescindíveis à elaboração do diagnóstico. A segunda envolve a identificação da enfermidade, seja ela psíquica ou física. Na terceira, o médico irá empregar procedimentos no intuito de alcançar a cura. Já na última, faz-se mister identificar a natureza da obrigação: de meio ou de resultado. Sendo de meio, o fim almejado pelo paciente pode vir ou não a ocorrer; enquanto que na segunda hipótese, é irrelevante a utilização ou não de todos os meios técnicos e idôneos disponíveis. A cura precisa ser, necessariamente, atingida.*

O erro cometido pelo médico apresenta algumas características, senão vejamos:

- ✓ **evitável.** O profissional precisa atuar com prudência e negligência;
- ✓ **contornável.** Identificado a tempo, o dano poderá ser evitado;
- ✓ **indesejável.** O médico não pode agir movido de intenções. O dolo, na esfera penal, caracteriza o homicídio. Para efeitos de responsabilidade civil, a atuação culposa ou dolosa não apresenta relevância. Verificada uma dessas atuações, emergida estará a obrigação de ressarcir.
- ✓ **não pode ocorrer a qualquer pessoa.** A atividade médica não admite a imprudência ou a negligência. Compete ao seu prestador, empregar os recursos técnicos disponíveis na atualidade, com o fim de evitar o cometimento de condutas danosas ao paciente.
- ✓ **previsível.** O erro médico caracteriza-se pela sua previsibilidade, onde a cautela e a prudência consistem em recursos hábeis a impedir a ocorrência do ato lesivo.

De posse da caracterização, passemos aos tipos de erro médico:

- ✓ **erro de diagnóstico.** Corresponde a erro praticado ao identificar a doença.
- ✓ **erro de medicação.** O remédio prescrito não é adequado, embora o diagnóstico tenha sido correto. Os efeitos colaterais ou a inocuidade demonstram esse tipo de erro.
- ✓ **erro de posologia.** Dosagem excessiva ou hipossuficiente, cuja aplicação não é indicada ao caso concreto.
- ✓ **erro de procedimento.** A conduta despendida é inadequada ao tratamento empregado para atingir a cura. Essa espécie de erro verifica-se com mais habitualidade na fase de tratamento físico.

Na anamnese, não há o cometimento de erro, mas tão somente a falha. Esse diálogo travado com o médico não causa ao paciente prejuízo a ensejar a obrigação de ressarcir.

Os hospitais e casas de saúde possuem, no campos das relações estabelecidas junto a terceiros, responsabilidade objetiva perante os danos porventura ocorridos. Por sua vez, os

médicos somente respondem uma vez comprovada a conduta culposa. O art. 159 do Código Civil, prevê o dever de indenizar nas hipóteses em que o agente, causador do ato lesivo, tenha agido com negligência, ou imprudência:

**art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.**

Desse modo, podemos entrever a responsabilidade subjetiva a ser atribuída ao médico, tendo em vista que, ao negligenciar o exercício de seu ofício, causou desconforto ao paciente. Por conseqüência, a entidade hospitalar condenada a pagar indenização, poderá, usando do seu direito de regresso, reaver a importância paga.

Além do dano material, o moral também é carecedor de reparação. Nessa hipótese, o erro cometido não proporciona a redução da capacidade laborativa, nem tampouco condena a vítima a problemas de saúde. Com vistas a tornar cristalina a questão, convém citarmos, como exemplo, as intervenções cirúrgicas de natureza estética, onde o cirurgião, por sua imperícia e negligência, não alcança o resultado esperado. O paciente, em face dos padrões de beleza e da expectativa existente em seu espírito, não consegue, diante da frustração sentida pela obtenção de resultado estético diverso, suportar ver o reflexo de sua imagem no espelho. Em acórdão, o TJSP, em situação análoga, constrói o seguinte entendimento:

**“Admitindo-se, porém, guardasse deveras o alegado caráter preventivo, ou funcional, não podia o cirurgião abstrair do campo de suas obrigações jurídicas a preocupação básica com os resultados estéticos, pelo elevadíssimo se não decisivo grau de**

**importância que representavam no quadro das expectativas da cliente e que a nenhum médico, posto não sendo especialista, era dado ignorar”.**

O Código de Defesa do Consumidor, embora tenha em sua grande parte recepcionado a teoria do risco, a culpa, no tocante à responsabilidade de profissionais liberais como os médicos, é elemento imprescindível para permitir o ressarcimento das perdas ocorridas nas relações de consumo dessa natureza. O magistrado, ao analisar o conflito sob sua apreciação, não disporá de respaldo legal para dispensar a sua comprovação por todos os meios idôneos em direito permitidos. O art. 14 do CDC reza, com bastante clareza, a necessidade em se apurar a responsabilidade civil por meio da verificação da culpa. Portanto, a teoria do risco, mesmo tendo sido prevista no código como instrumento a fortalecer a posição do consumidor, não incide nas prestações de serviços fornecidas por médicos.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento<sup>2</sup> ministra entendimento à respeito das obrigações de resultado, de acordo com o que se pode avaliar do trecho abaixo:

**“Nas obrigações de resultado, o devedor se compromete o credor pode exigir a produção de um determinado resultado, pena de se ter a relação jurídica aperfeiçoada como inadimplida. Daí pouco interessar a culpa e, sim a inocorrência do resultado prometido e contratado”.**

Com referência às relações de meio, o devedor da prestação de serviços não dispõe de instrumentos eficazes a garantir a plena satisfação da outra parte contratante. O único compromisso assumido consiste em empregar todos os recursos e técnicas regularmente previstas e utilizadas, consoante preleciona a ilustre Prof. Maria Helena Diniz:

<sup>2</sup> In Comentários ao Código do Consumidor. 2.ª Edição.

**“a obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem contudo, se vincular a obtê-lo. Inere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor”.**

Cabe indagar-se se a responsabilidade subjetiva aplica-se, indiscriminadamente, a todos profissionais liberais. Há funções como as de engenheiro e arquiteto em que o *alcance de determinado resultado* é imprescindível para o perfeito cumprimento do contrato. Com efeito, é da essencialidade desses serviços a sua obtenção. Nesses casos, comprometem-se a realizar a entrega da obra nos termos e condições preestabelecidos. Todavia, o art. 14, parágrafo 4º do CDC não tece qualquer distinção; abrangendo, assim, todas as profissões liberais. Assim sendo, resulta inapropriada essa generalização, tendo em vista que a correta prestação de serviços médicos e advocatícios importa na adequada aplicação das técnicas disponíveis, não se encontrando vinculados a garantir o resultado.

A rigor, em nosso ordenamento jurídico, segundo reza artigo 333 do CPC, o ônus da prova compete a quem alega. Desse modo, o autor precisa evidenciar, através da produção de provas, a veracidade de suas alegações com o escopo de formar o livre convencimento do magistrado. Ao réu, se assim pretender, poderá tão somente, em sua oportunidade de defesa, argüir a inveracidade dos fatos contra si imputados. O Código de Defesa do Consumidor, movido de propósitos destinados a favorecer o economicamente mais fraco, estabeleceu o princípio da ***inversão do ônus da prova***. Por meio deste, beneficia-se a parte hipossuficiente que, por encontrar-se nesse estado, não dispõe de meios hábeis a empregar na construção dos elementos probatórios.

O prof. Nelson Nery<sup>3</sup> defende a aplicabilidade do princípio da inversão do ônus da prova nas ações de ressarcimento que tenham por objeto dano causado por profissionais liberais. Fundamenta seu entendimento estribado na dificuldade sofrida pela parte lesada em alcançar a efetiva reparação, posto que o êxito de sua demanda depende da demonstração da culpa. A aplicação de tal princípio favorece, portanto, o equilíbrio das partes perante o juízo em que foi proposta a ação de reparação civil.

Em contrapartida, Tupinambá Miguel<sup>4</sup> rejeita a incidência da inversão do ônus da prova quanto aos atos lesivos a serem apurados mediante a responsabilidade subjetiva. A necessidade de comprovação da culpa funciona como garantia concedida ao profissional liberal, à vista do próprio art. 14, parágrafo 4º mencionar, expressamente, a indispensabilidade da verificação da culpa quando se pretende atribuir responsabilidade a prestadores de serviços dessa natureza.

Em relação a profissionais contratados por entidades de assistência médica, vamos vislumbrar que a responsabilidade subjetiva não mais é empregada, tendo em vista que o médico, com vínculo empregatício, constitui-se em **preposto**. O art. 1.521, III do Código Civil prevê, na situação exposta, a responsabilidade do empregador pelos danos cometidos por seus empregados. O hospital, bem como demais instituições constituídas para prestarem serviços dessa ordem, respondem, pela reparação civil postulada pelo lesado, de forma objetiva, ou seja, independente de sua atuação culposa.

A responsabilidade dos hospitais, devido ao compromisso assumido em fornecer assistência médica e hospedagem a seus pacientes, é de natureza contratual, obrigando-se a prestar instalações dignas e alimentação condizentes ao preço contratado. Para o paciente, segundo entendimento manifestado por Aguiar Dias<sup>5</sup>, a

<sup>3</sup> Nelson Nery Júnior, 'Os princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor, in Revista do Consumidor, 3/35, Ed. R.T. SP.

<sup>4</sup> Comentários ao Código do Consumidor. 2.ª edição. Ed. Aide. RJ.

<sup>5</sup> Da Responsabilidade Civil. Volume 01. Ed. Forense.

responsabilidade objetiva atribuída a qualquer entidade comercial hospitalar constitui uma garantia implícita. Sendo assim, havendo a demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano, responderá a entidade médica, independente de culpa. Entretanto, ao comprovar a negligência do profissional que a ela se encontra vinculado, poderá, através de ação regressiva, reaver a importância paga a título de indenização.

Para os hospitais e demais casas de saúde, nasce, em razão da natureza contratual, o dever de velar pela incolumidade do paciente internado. Isto não implica em assegurar a plena recuperação, evitando a ocorrência da morte. Na verdade, a obrigação assumida exige a preocupação em resguardar o paciente de conseqüências danosas que a prestação de serviço adequada aos meios técnicos e idôneos poderia evitar.

Buscando melhor elucidação, convém consignarmos posições defendidas por nossos Tribunais, em que atribui a entidades hospitalares responsabilidade objetiva, com esteio na teoria do risco administrativo, afastando a incidência do risco integral:

#### **EMENTA:**

**INDENIZAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO DISTRITO FEDERAL - RISCO ADMINISTRATIVO - ATO ILÍCITO - DESNECESSIDADE - INTERVENÇÃO CIRÚRGICA NECESSÁRIA. SEQUELA INEVITÁVEL - AUSÊNCIA - AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, PARÁGRAFO SEXTO) ACOLHEU A TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO, SOB A MODALIDADE DO RISCO ADMINISTRATIVO, NÃO DO RISCO**

**INTEGRAL.** EM SENDO INDISPENSÁVEL O ATO CIRÚRGICO E EM SE REVELANDO A LESÃO NATURAL SEQUELA DE ATO INTERVENTIVO, PRECISAMENTE PELO DESACOLHIMENTO DO RISCO INTEGRAL, NÃO ESTÁ A RÉ OBRIGADA A INDENIZAR. CONTRARIAMENTE AO OCORRIDO NOS AUTOS, NÃO ERA ADMISSÍVEL, EM VIRTUDE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA, PESQUISAR A CULPA DO PREPOSTO PARA SE IMPOR À FHDF, ENTIDADE PÚBLICA, O DEVER DE INDENIZAR. O TEMA TERIA RELEVÂNCIA APENAS PARA SE ASSEGURAR ÀQUELA FUNDAÇÃO O DIREITO DE REGRESSO.<sup>6</sup>

**“RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO – CUMULABILIDADE.**

Reparação de danos material, moral e estético. Possível sua cumulação, mormente quando se trata de entidades diferentes em que a lesão a ser reparada feriu cada um dos valores, isoladamente. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Desnecessidade de cogitar-se a culpa. Responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Recurso improvido.”(Ac. un da 3ª C do TAC RJ – AC. 1.794/96 – Rel. Juiz José Pimentel Marques – J. 27.06.96 – Apte.: Viação Itapemirim S/A; Apdos.: Delson Pinto dos Santos e outros – DJ RJ 25.03.97, p. 148 – ementa oficial).<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Tribunal do Distrito Federal. Informa Jurídico. Jurisprudência/Legislação. ProLink.

<sup>7</sup> In Repertório IOB de Jurisprudência, Informações Objetivas, n.º 9.97, 1.ª quinzena de maio de 1997

Com fulcro no acima exposto, os hospitais e casas de saúde poderão afastar a pretensão indenizatória formulada pelo lesado, desde que consigam, em juízo, demonstrar a culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Diversa é a situação do médico que, agindo como profissional liberal, escolhe, por razões de conveniência, realizar a intervenção cirúrgica em determinado estabelecimento. Nessa hipótese, havendo prejuízo ao consumidor, a culpa pela sua ocorrência será apurada em relação a cada um, afastando-se a aplicação da responsabilidade objetiva.

Rui Stoco, em *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, defende posição contrária, alegando que tanto a responsabilidade das casas de saúde como a dos médicos é de natureza subjetiva, conforme pode-se concluir da leitura de passagem extraída de sua obra:

**“Ora, se a instituição de saúde se compromete a submeter um paciente a uma cirurgia, por intermédio de médicos sob a sua responsabilidade, está a exercer uma atividade de meio e não de resultado.**

**Assim, só se lhe pode exigir que a atuação de seus prepostos seja normal e que a cirurgia seja feita segundo as técnicas usuais e utilização do instrumento adequado.”**

O autor acima, ao justificar seu posicionamento, argumenta que o conteúdo e os efeitos decorrentes da relação firmada devem tão somente ser estabelecidos pelos contratantes, não devendo sofrer a intervenção estatal. Por conseguinte, não se pode, a despeito da vontade das partes interessadas, determinar a aplicação de responsabilidade objetiva a sociedades comerciais prestadores de assistência médica.

Diante de todo o exposto, depreende-se que ainda não é pacífico o entendimento de estudiosos no concernente à questão da atribuição de responsabilidade objetiva a hospitais e demais estabelecimentos dessa natureza, embora a jurisprudência, em sua grande maioria, incline-se em admiti-la. Em sentido contrário, convém assinalarmos a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao imputar o dever de indenizar ao hospital, uma vez demonstrada a culpa, deixou transparecer, na sua manifestação, a relevância do elemento subjetivo:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL – HOSPITAL – RECÉM-NASCIDOS COLOCADOS EM ENCUBADEIRAS – AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO VISUAL – CEGUEIRA – INDENIZAÇÃO DEVIDA.**

**Indenização – Responsabilidade civil de hospital. Nascidas prematuramente que, permanecendo em incubadeiras, em decorrência do oxigênio dos aparelhos sem a devida proteção visual, ficam cegas, vindo uma delas a falecer no curso da lide. Exame da prova demonstrando ter havido culpa do hospital réu que, em vista disso, está obrigado a indenizar o dano causado. Sentença de procedência. Recurso improvido.”** (Ac un 10ª C. de Direito Privado do TJ SP – AC 274.790-1/2 – Rel. Desdor. Marcondes Machado – j. 18.02.97 – Apte.: Hospital de Clínicas Oswaldo Cruz S/A; Apdas.: Fábila de Almeida Silva e Outra – DJ SP 19.05.97, p 31 – ementa oficial)<sup>8</sup>

<sup>8</sup> In Repertório IOB de Jurisprudência. Informações Objetivas, n.º 14/97, 2.ª quinzena de julho de 1997.

Não obstante a complexidade do tema, a doutrina tende a recepcionar a responsabilidade objetiva dos hospitais, aduzindo, em síntese, que tais entidades comprometem-se a fornecer segurança, hospedagem e toda atenção exigida pela enfermidade. É certo que os seus deveres não ultrapassam os normalmente exigidos. Sendo assim, permitida não será a atribuição de responsabilidade pela superveniência da morte, nas hipóteses em que agiram com a cautela necessária.

O Estado, em linhas gerais, procurou, ao estabelecer o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, alcançar a harmonia, a disciplinação e a participação mais equilibrada dos destinatários finais nas relações de consumo. Ao conferir responsabilidade aos prestadores de serviços e fornecedores de produtos, buscou preservar a saúde, a segurança e outros valores com vistas a assegurar melhor qualidade de vida e a orientar o mercado consumidor.

## BIBLIOGRAFIA

- BITTAR**, Carlos Alberto. Direitos do consumidor. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- CÁRCERES**, Eliana. Indenização - Responsabilidade civil - médico. in Rev. Direito do Consumidor. v. 11, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FRANÇA**, Genival V. O Código do Consumidor e o exercício da medicina in Rev. Direito do Consumidor. v. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NASCIMENTO**, Tupinambá Miguel Castro. Comentários ao Código do Consumidor. 2ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- REPERTÓRIO IOB DE JURISPRUDÊNCIA**. Informações Objetivas, vols.9-14/97.

**REVISTA DIREITO DO CONSUMIDOR.** v. 09. São Paulo: Revista dos Tribunais.

**REVISTA DOS TRIBUNAIS.** 719/229.

**STOCO.** Rui. Responsabilidade civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do Código de Defesa do Consumidor in Revista dos Tribunais 712.

**VIANNA,** Carlos Machado & **BARROS,** Hélio José Cavalcanti. Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1991.

## A IMPOSSIBILIDADE DE DESAPROPRIAÇÃO DE TERRENOS RESERVADOS

*ERICK C. L. LIMA\**

Trataremos no presente estudo a respeito da titularidade de terrenos localizados às margens de rio navegável e da impossibilidade passiva de desapropriação dos mesmos.

A doutrina não apresenta um posicionamento uníssono em relação à titularidade dessas áreas, podendo ser condensada em três correntes bem definidas, vejamos:

a) às margens de rios são terras públicas, (corrente jurídica amplamente majoritária e adotada pelos Tribunais pátrios, inclusive pelo STF - Sum. n° 479);

b) às margens de rios são terras particulares oneradas com servidão pública ou administrativa;

c) somente às margens internas são terras públicas, às externas são particulares, suscetíveis de serem oneradas com servidão pública.

O ponto nuclear da pendência reside em estabelecer se os terrenos reservados às margens dos rios pertencem ao poder público ou aos particulares.

Ora, por definição legal, os rios são bens públicos (art. 66, I, CCB) e no seu conceito, evidentemente, se abrangem as suas águas, o álveo e as margens, porque partes integrantes deste.

Neste sentido é o magistério de Virgílio de Sá Pereira:

---

\* Autor é Procurador do Estado/AM e especialista em Direito Civil pela Universidade do Amazonas-FUA.

*“Há três elementos a considerar no conceito de rio: a água fluente, o álveo ou leito e às margens. Não se pode certamente imaginar, dizia Pinelli em seu relatório, um rio sem álveo e sem margens (Direito das Coisas n° 49). Ora, se as margens são partes integrantes do rio, como a água e o álveo, sendo público o rio, públicas serão as margens.” (apud Código de Águas, Antônio de Pádua Nunes, v.1/51, 2ª Ed.).(grifamos).*

A jurisprudência dominante é no sentido de que:

*“Em todas as épocas, salvo os casos expressos de concessão legítima, pertenceram, como pertencem, ao Poder Público os terrenos reservados às margens dos rios públicos. Aliás, as margens formam com os cursos d’água, no aspecto econômico e na expressão jurídica, uma unidade, sendo inconcebível águas públicas sem as mesmas características das margens.”(RT 395/139).*

Em consonância e conformidade com o teor do Enunciado da Súmula n° 479 do Supremo Tribunal Federal:

**“As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.”**

Fundou-se o Pretório Excelso em tal Enunciado, na lição de juristas de escol, como J.M. Carvalho Santos, Alfredo Valladão e Carlos Maximiliano.

O primeiro assevera em sua obra Rios e Águas Correntes:

*"Desde o Direito Português era geralmente recebido o princípio que ao Estado e não aos proprietários confinantes pertenciam as margens dos rios navegáveis.*

*Isso passou para o direito brasileiro, que deu a tais terrenos a extensão de 15,4 m para a parte da terra contados do ponto médio das enchentes ordinárias.*

*Essa porção deve estar livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietário do terreno.*

*Estes terrenos são, pois, do domínio público dos Estados se, por algum título não se acharem no domínio particular."*

Por seu turno, Alfredo Valladão assim se expressou:

*"O nosso Direito assentou mesmo o domínio público dessas margens.*

*Não se diga, pois, que o ponto de partida da legislação brasileira sobre terrenos reservados fosse a Lei n° 1.507, de 1867.*

*Essa lei consolidou o que existia a respeito e determinou normas a serem observadas, sem deixar de confirmar expressamente as concessões feitas.*

*Importa em dizer que, quando do seu aparecimento, preexistia o regime das concessões.*

*Haja vista a Resolução Imperial de 28.6.1854:*

*'Nenhuma plantação ou construção pode ser feita na margem ou álveo de rio navegável ou caudal, sem prévia autorização administrativa.'*

*As concessões antigas ou modernas para esse fim, por mais amplos que sejam seus termos, não importam transferência da propriedade."*

Vê-se, portanto, como salienta Celso Bonilha (Ap. 363.691-5), que mesmo antes da Lei de 1867, como fizeram sentir as instruções de 1832, não se compreendia a propriedade plena do particular relativamente aos terrenos reservados.

Razão pela qual, estabelecido que os rios navegáveis se consideram bens públicos, compreendidos na expressão rio, as águas, o álveo e margens internas e externas, e determinada exatamente a extensão destas, não se vê como podem elas passar para a propriedade plena do particular.

Concluindo Celso Bonilha assevera que somente a concessão anterior à legislação de 1867, e que a ela se refere, é que poderia fazer a transferência, e mesmo assim, limitada.

Impraticável, pois, qualquer pretensa transferência do domínio pleno ao particular.

Com efeito, de forma continuada, decidem os tribunais nacionais (RT 115/797) que:

*"Quem invocar título legítimo de domínio de gleba, avançando até as águas de um rio, deve provar filiação até à Lei n°601, de 1850, ou título de posse legitimada (arts. 59 do Decreto n° 1.318 e 3° do Aviso 98, de 1854)."* (RT 521/1174)."

O Desembargador Álvares Cruz em voto vencedor (RJTJSP 77/83) examinou a matéria da seguinte forma:

*"A Lei n° 601, de 1850, admitia a venda de terras públicas. Com o advento da lei n° 1.507, de 1867, os terrenos reservados, como ali definidos, passaram a ser exclusivamente de domínio público, ressalvadas as concessões legítimas até a data da publicação da mencionada Lei n° 1.507. Portanto, se o particular não ostenta título legítimo de concessão de*

*terras reservadas anteriores à Lei n° 1.507, não há domínio do particular que possa ser invocado, sabendo-se que as terras públicas não poder ser usucapidas."*

De igual sentir é o Des. Lopes da Costa, que em antigo Acórdão do TJMG assim se manifestava:

*"Nos bens públicos de uso comum não pode haver posse de particular. Estão eles fora do comércio e, pois, sem potência passiva de desapropriação."*

Com efeito, trata-se de lição contida no nosso Direito Civil (art. 69, CCB):

*"São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis."*

O Excelso Pretório tem reafirmado a Súmula n° 479 em diversas julgamentos, merecendo menção os seguintes:

*Civil. Desapropriação indireta. Terrenos reservados. Margens de rio navegável. São bens públicos dominicais os terrenos situados a margem de correntes navegáveis, em faixa de quinze metros de largura, e, assim, insuscetíveis de indenização em desapropriação direta ou indireta (Lei n. 1.507, de 26.09.1867, art. 39; decreto n. 4.105, de 22.02.1868, art. 1, par. 4.; código de águas, decreto n. 24.643, de 10.07.34, arts. 11 e 14; súmula 479). Processual. Indenização não pedida na inicial, relativa a faixa marginal ao rio, mas incluída no total da indenização, pela perícia e pelas decisões de primeiro e segundo graus. Decisão ultra petita. negativa de vigência do art. 460 do CPC.*

*(Re-88698; Recurso Extraordinário. Relator Ministro Décio Miranda (131) julgamento 23/02/1979 02 - segunda turma publicação DJ data - 06-04-79 p. - 02685 ementa vol-01127-03 p. - 00737 RTJ vol-00089-03 p. - 00624).*

*Desapropriação. Áreas Reservadas. Margens de rio navegável. Decisões das instâncias ordinárias no sentido da indenizabilidade das áreas reservadas. Servidão administrativa. Contrariedade a súmula 479. As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização. As decisões das instâncias ordinárias não definiram, no imóvel expropriado, a área que se deve considerar como terreno reservado, ambas mandando indenizar a gleba total. Discordância entre as partes e os laudos trazidos aos autos, no que concerne a área de terreno reservado. Recurso extraordinário conhecido e, parcialmente, provido, para cassar as decisões das instâncias ordinárias, no que concerne a fixação da indenização, devendo ser excluído, em liquidação de sentença, o valor relativo área de terreno reservado, que se fixar. (votação: unanime. resultado: conhecido e provido em parte rec. ano:87, aud:11-09-87, processo RE-97222; Recurso Extraordinário .relator Ministro Neri da Silveira (135) UF/país SP- São Paulo, julgamento 03/09/1985, 01º Primeira Turma, Publicação DJ, data-11-09-87, p. - 18989 Ementa vol-01473-01 p - 00245).*

*Margens de rios navegáveis não são indenizáveis faixa de quinze metros. Matéria de fato. Recurso não conhecido. (Processo Re-83476; Recurso Extraordinário. Relator Ministro Cunha Peixoto (129 )UF/país SP- São Paulo, julgamento 25/05/1976 01 - Primeira Turma, publicação: DJ data-01-01-76, p. RTJ, vol-00082-01 p. - 00239 indexação da revista trimestral do STF).*

*Civil. Desapropriação. Terrenos marginais às correntes fluviais, reservados à administração pública. Sua caracterização, no caso concreto. Matéria de prova, insuscetível de exame em recurso extraordinário. (Processo agrag-95675 ; Agravo Regimental em agravo de instrumento ou de petição . Relator Ministro Décio Miranda (131) UF/país SP - São Paulo, julgamento 27/03/1984 02 - segunda turma publicação DJ data-27-04-84 p. - 06257 ementa vol - 01333-02 p. -00201 RTJ vol-00109-02 p. - 00656 ).*

*Rios públicos. As margens dos rios navegáveis são do domínio público e, por isso, não são indenizáveis no processo de desapropriação. Jazidas situadas nessas margens, não manifestadas e sem concessão ou autorização para serem exploradas, também não são indenizáveis. (Processo re-59737; Recurso Extraordinário .Relator Ministro Evandro Lins (109) UF/país SP - São Paulo, julgamento 24/09/1968 02 - segunda turma publicação DJ, data-11-10-68 p. - 04119 ementa vol-00742-03 p. - 00715 RTJ vol-00047-03 p. - 00486)*

*A decisão impugnada observou a norma do art. 17 do código de águas, sobre terreno aluvial formado as margens de correntes públicas de águas. (Processo re-8052 ; Recurso Extraordinário. Relator Ministro Hahnemann Guimarães (097) UF/país SE - Sergipe julgamento 18/11/1952 02 - segunda turma publicação dj data-12-11-53 p. -13930 ementa vol-00151-01 p. - 00182).*

*Pertencem ao domínio público as margens dos rios públicos, salvo prova de concessão emanada do poder público. Rejeição de embargos. (Processo erms-10042 ; Embargos em Recurso de Mandado de Segurança . Relator Ministro Orosimbo Nonato (090) julgamento 14/11/1950 02 - segunda turma publicação DJ data-24-10-69).*

*Rios Públicos - Margens de rios navegáveis são do domínio público não se incluem na expropriação, não são indenizáveis. O uso das margens é facultado aos particulares. (Processo Re-63206; Recurso Extraordinário . Relator Ministro Gonçalves de Oliveira (105) UF/país SP - São Paulo. Julgamento 01/03/1968 publicação DJ data-26-04-68 p.).*

Assim, podemos afirmar que os terrenos reservados não são suscetíveis de indenização, pois são públicos e não privados.

Porém, uma questão ainda precisa ser devidamente examinada, é a que concerne a titularidade da área desapropriada, quando a mesma se funda em um título de propriedade que aparentemente a legítima.

Com efeito, na Ap. nº363.691-5, da 1ª C. do TACivSP - J. 9.12.86, Rel. Juiz Celso Bonilha, a *quaestio juris* foi devidamente solucionada, vejamos:

*“Nos bens públicos de uso comum - dentre os quais incluídas as faixas ribeirinhas - não pode haver posse particular. Estão eles fora do comércio, e, pois, sem potência passiva de apropriação. Sobre esses bens o particular só pode ter a posse que lhe seja permitida em concessão do Poder Público, sem prejuízo do uso comum. Se o particular não pode ter posse sobre tais bens, não pode pretender uma ação impossível. Se não ostenta título legítimo de concessão de terras reservadas anterior à lei nº 1.507, de 1867, não há domínio que possa ser invocado, sabendo-se que as terras públicas não podem ser usucapidas.”*(grifamos)

Conseqüentemente, cabe ao expropriado, maior interessada em comprovar a regularidade de seu título, comprovar a legitimidade do mesmo anterior à Lei nº 1.507, de 1867.

Esta nos afigura ser a única interpretação compatível com os critérios legais e com a inteligência do art. 11, *caput*, do Dec. nº 24.643/34.

Em decorrência, ante o exposto, podemos afirmar que, na hipótese de desapropriação de imóvel localizado em terreno reservado, são indenizáveis, tão só as benfeitorias existentes no terreno expropriado, e sobre o valor destas é que devem gravitar as propostas indenizatórias. Não abrangendo o valor da área do imóvel.

## DA AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO  
Procurador do Estado

### 1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.

A Lei n.º 9.079, de 14.07.1995 introduziu no direito brasileiro o denominado procedimento monitorio ou injuntivo, acrescentando ao Código de Processo Civil os arts. 1.102a, 1.102b e 1.102c sob o título "Da ação monitoria".

Tão logo entrou em vigor, a referida lei suscitou controvérsias na doutrina pátria, sendo que uma delas diz respeito à aplicabilidade ou não do novel instituto à Fazenda Pública<sup>1</sup>.

Sobre esta polémica questão debruçaremos nossas atenções. Todavia, para facilitar o entendimento da matéria e das conclusões a que chegaremos ao final, impõe-se prévio estudo genérico acerca da ação monitoria, sua finalidade, natureza e fases procedimentais, após o qual enfrentaremos o tema específico que constitui o objeto deste trabalho.

### 2. AÇÃO MONITÓRIA. ASPECTOS GERAIS.

#### 2.1. Conceito. Finalidade.

A ação monitoria é o meio hábil para que o credor de soma em dinheiro, de coisa fungível ou de determinado bem móvel, cujo crédito esteja comprovado por documento escrito sem

---

<sup>1</sup> Admitindo a ação monitoria contra a Fazenda Pública: José Rubens Costa, *Ação Monitoria*, 1995, p. 40; Nelson Nery Júnior, *Atualidades sobre o Processo Civil*, 1996, p. 228; José Eduardo Carreira Alvim, *Código de Processo Civil Reformado*, 1995, p. 339-340. Em sentido contrário: José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitoria*, 1995, p. 66; Vicente Greco Filho, *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitoria*, 1996, p. 52; Emanoel Fidélis dos Santos, *Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, 1996, p. 47.

eficácia de título executivo, requerendo a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa, obtenha a satisfação de seu crédito, sem que, para isso, tenha que recorrer ao moroso procedimento comum. A sua finalidade é abreviar o caminho para a formação do título executivo, que constitui-se de imediato caso o devedor não se defenda nem cumpra a obrigação indicada na inicial (art. 1.102c, "caput") ou no caso de rejeição dos embargos eventualmente interpostos (art. 1.102c, §3º).

## 2.2. Fases da ação monitória.

A ação monitória foi incluída no Livro IV do CPC, que trata "Dos Procedimentos Especiais", procedimentos instituídos de modo individualizado para o trato de determinadas causas, em que a pretensão jurídico material apresenta peculiaridades exigentes de uma forma específica de tratamento em juízo.

Há procedimentos especiais diferenciados do ordinário apenas pelo acréscimo de um ato inicial (tal qual ocorre nas ações possessórias de força nova), outros são inicialmente especiais, mas conversíveis ao ordinário (v.g., ações de depósito, a de divórcio, etc.), alguns inicialmente especiais mas conversíveis ao rito das ações cautelares (v.g., ação de nunciação de obra nova) e outros, finalmente, irredutivelmente especiais (v.g., inventário)<sup>2</sup>.

A ação monitória faz parte destes últimos, apesar de alguns doutrinadores, como adiante veremos, entenderem erroneamente que a monitória embargada se converteria em procedimento ordinário<sup>3</sup>. As fases da ação monitória, portanto, não são as mesmas das ações de conhecimento em geral - postulatória, probatória e decisória.

Existem apenas duas fases, que, no magistério de JOSÉ RUBENS COSTA<sup>4</sup>, podem ser denominadas de: a) fase de injunção ou monitória (= procédure d'injonction); b) fase dos atos executivos ou de constrição.

<sup>2</sup> Antonio Carlos Marcato, *Ação de Consignação em Pagamento*, 4.ª ed., Ed. RT, pp.

<sup>3</sup> J.E. Carreira Alvim, *ob.cit.*, p. 322.

<sup>4</sup> *Ob. cit.*, p. 8. 87-88.

A primeira fase inicia-se com a petição inicial formulada pelo credor e termina com a decisão monitória - mandado de pagamento ou de entrega da coisa (art. 1.102b).

A segunda fase inicia-se com a intimação do devedor e prossegue na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II ou IV, do CPC, conforme se tratar de obrigação de entregar coisa ou de pagar quantia certa.

### 2.3. Objeto.

Segundo art. 1.102a do CPC, a ação monitória poderá ter por objeto "pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

A redação do dispositivo legal fala em coisa fungível - o móvel que pode ser substituído por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (art. 50,CC) - e bem móvel - o suscetível de movimento próprio ou de remoção por força alheia (art. 47,CC). À primeira vista pode parecer que o legislador utilizou palavras desnecessárias, visto que a fungibilidade, no sistema do Código Civil, é atributo exclusivo de bens móveis, não havendo motivos para referência expressa quanto a estes últimos.

Ocorre, entretanto, que existem bens móveis infungíveis e foi estes que a Lei nº 9.079/95 quis abarcar quando utilizou a expressão "determinado bem móvel". Em assim sendo, observa J.E. CARREIRA ALVIM que "o novo preceito, ao aludir à entrega de coisa fungível, refere-se a coisa incerta (determinada pelo gênero e quantidade), cuja execução obedece ao disposto nos arts. 629-631; ao aludir a determinado bem móvel, refere-se a coisa certa, cuja execução se faz nos moldes dos arts. 621-628"<sup>5</sup>.

### 2.4. Pedido.

Como leciona JOSÉ RUBENS COSTA, o pedido na ação monitória é triplo: "a) imposição do mandado monitório ou

<sup>5</sup> J.E. Carreira Alvim, ob. cit., p. 313.

injunção (=acertamento sem contraditório); b) conferimento automático, sem decisão, da força executória (= constituição plena do título executivo); c) atos materiais de execução<sup>6</sup>.

A pretensão do autor deverá estar amparada em prova escrita sem eficácia de título executivo (art. 1.102a), mas que contenha os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade exigidos pelo art. 586 do CPC.

## 2.5. Decisão liminar.

Ajuizada a ação, o juiz verificará, no juízo prévio de admissibilidade, a existência dos pressupostos processuais (art. 267, IV, CPC) e das condições da ação (art. 267, VI), procedendo, em seguida, a um superficial exame do mérito, que, no caso do procedimento monitorio, recairá sobre a prova escrita exibida pelo autor.

Constatando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos genéricos (art. 282 e 283, CPC) e específicos (art. 1.102a), determinará que o autor a emende ou complete, no prazo de 10 dias (art. 284, CPC).

Não cumprindo o autor a diligência, o juiz indeferirá a inicial (art. 284, parágrafo único c/c 295, VI), extinguindo o processo sem julgamento do mérito (art. 267, I). Tal decisão tem natureza de sentença (art. 162, §1º) e o recurso dela cabível é a apelação no prazo de 15 dias (art. 508), agora com a possibilidade de o próprio juiz reformar a sua decisão (art. 296, com a redação dada pela Lei nº 8.952/94).

Se a inicial estiver devidamente instruída (ver item 2.5., supra) e satisfizer os requisitos legais, o juiz, nos termos do art. 1.102b do CPC, deferirá de plano, a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 dias, contados da citação.

---

<sup>6</sup> José Rubens Costa, ob. cit., p. 13.

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do ato do juiz que, deferindo a inicial, determina a expedição do mandado monitorio e quanto ao recurso cabível contra tal decisão.

Segundo VICENTE GRECO FILHO, "esse ato é decisão interlocutória, consta a qual cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo, efeito esse que pode ser obtido por meio da providência do art. 558 ou de mandado de segurança, nos casos que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o remédio constitucional para tal fim"<sup>7</sup>.

ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, ao contrário, sustenta que "sendo simples despacho ordinatório, não há recurso contra o provimento que defere o procedimento monitorio. Ainda que irregularmente concedido, apenas os embargos do devedor são capazes de desconstituí-lo, ocorrendo preclusão, caso não sejam interpostos"<sup>8</sup>. Nesse sentido é a lição de JOSÉ RUBENS COSTA: "Inexiste recurso do deferimento da inicial. Ao devedor se confere o direito aos embargos. A matéria do juízo recursal da ação de conhecimento é, então, substituída pela matéria da defesa do executado por meio de embargos"<sup>9</sup>. A falta de recurso, explica o autor, "decorre do simples fato de que a ação monitoria, em sua fase inicial de cognição sumária e unilateral, já terminou com o deferimento inicial e com o cumprimento do mandado injuntivo"<sup>10</sup>.

## 2.6. Atitudes do réu.

Expedido o mandado monitorio, pode o réu seguir três caminhos diferentes: atender a citação, silenciar-se ou apresentar embargos.

Cumprindo o mandado dentro do prazo legal (15 dias), o processo será extinto (art. 794, I), ficando o réu isento das custas e honorários advocatícios (art. 1.102c, §1º).

---

<sup>7</sup> Ob. cit., p. 53.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 45.

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 20.

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p. 35.

Se o réu não cumprir a ordem judicial nem opor embargos, constitui-se, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Processo de Execução (1.102c, "caput", 2ª parte). O juiz, na revelia, não decide nada, senão verifica o decurso do prazo sem o ajuizamento dos embargos. Não há uma sentença como na revelia do procedimento comum (art. 330, II). Na monitória, a revelia produz os efeitos de um julgamento tomado em contraditório: não será uma posterior decisão judicial que reconhecerá a força executória do título. Ela se produz pela simples participação omissiva do réu.

### 2.7. Embargos do devedor.

O réu poderá, ainda, no mesmo prazo de 15 dias, oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial (art. 1.102c, "caput", 1ª parte).

Embora denominada embargos, a defesa do réu é processada nos autos do mesmo processo (art. 1.102c, §2º), em procedimento ordinário, como se faz com a contestação, e não em apenso como ocorre com os embargos à execução (art. 736).

Como observa JOSÉ RUBENS COSTA, "a lei não afirma que a ação monitória segue o procedimento ordinário com a apresentação dos embargos. Ao contrário, a lei diz que os embargos serão processados pelo procedimento ordinário"<sup>11</sup> (grifos do autor).

O devedor pode alegar nos embargos não apenas a matéria constante do art., 741 do CPC, mas qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento (art. 745), pelo fato de o mandado monitório formar-se sem contraditório<sup>12</sup>.

SÉRGIO BERMUDES ressalta que tais embargos "não constituem simples defesa, como é a contestação, porém ação

<sup>11</sup> José Rubens Costa, ob. cit., p. 35. Ernane Fidélis dos Santos, ob. cit., p. 43.

<sup>12</sup> José Rubens Costa, ob. cit., p. 32. Sérgio Bermudes, A Reforma do Código de Processo Civil, p. 177.

de conhecimento, que se dirige, não diretamente contra o pedido da inicial, mas contra o mandado monitório, cuja eficácia os embargos suspendem, uma vez recebidos, e terminam por destruir se forem acolhidos<sup>13</sup>. Como adverte ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, o fato de os embargos serem processados nos mesmos autos do processo não lhes altera a natureza de ação de conhecimento incidental, pois se trata de simples opção de comodidade procedimental<sup>14</sup>.

Julgados procedentes os embargos, cabe o recurso de apelação com efeito suspensivo e devolutivo (art. 520, V).

Rejeitados os embargos, se constituirá de pleno direito o título executivo judicial (art. 1.102c, § 3º). JOSÉ RUBENS COSTA acentua que, por rejeição deve-se entender o indeferimento liminar na inicial dos embargos (por inépcia ou intempestividade) ou a posterior extinção sem julgamento ou com julgamento de mérito<sup>15</sup>. Dessa decisão (=sentença) cabe apelação com efeito apenas devolutivo (art. 520, V, CPC)<sup>16</sup>. A ordem de pagamento ou de entrega da coisa, portanto, retoma sua eficácia, que encontrava-se suspensa em razão da interposição dos embargos. O devedor será intimado da decisão, prosseguindo-se a execução com penhora ou busca e apreensão da coisa, conforme se trate de execução por quantia certa ou para entrega de coisa.

## 2.8. Natureza da ação.

No direito brasileiro são conhecidas três espécies de processos: o de conhecimento, o de execução e o cautelar. Os

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 176-177. No mesmo sentido: José Rubens Costa, ob. cit., pp. 30-31; Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 56.

<sup>14</sup> Ob. cit., p. 44. No mesmo sentido: Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 56. Em sentido contrário, considerando os embargos simples defesa do injuncionado: J.E. Carreira Alvim, ob. cit., p. 336-337.

<sup>15</sup> Ob. cit., p. 33.

<sup>16</sup> Nesse sentido: Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 54; José Rubens Costa, ob. cit., p. 28. Em sentido contrário, Ernane Fidélis dos Santos: "Os embargos do devedor, no procedimento monitório, ainda não são à execução, neste caso, o recurso que os julga é apelação, recebido em ambos os efeitos, porque a exceção, de interpretação restrita, só se reserva aos embargos à execução (art. 520, V)" (Ob. cit., p. 45).

procedimentos especiais tratados no Livro IV do CPC são todos de processo de conhecimento, e a ação monitória, por ter sido nele incluída, foi assim considerada.

A doutrina, todavia, diverge acerca da natureza jurídica do procedimento monitório ou injuncional.

Segundo VICENTE GRECO FILHO, "a ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva"<sup>17</sup>. Este é o entendimento de Carnelutti, para quem a injunção constituiria "um tertium genus (de processo), intermédio entre o de cognição e de execução, resolvendo-se não num juízo imperativo, mas num puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo"<sup>18</sup>.

CHIOVENDA situa a ação monitória na categoria dos accertamentos com prevalente função executiva, "cujo escopo é a antecipação da execução forçada, através da limitação da cognição do juiz, e, justamente pela sumariedade da cognição das razões das partes, tais "accertamentos" teriam caráter provisório"<sup>19</sup>.

Do pensamento de Chiovenda comunga ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. Para o ilustre processualista mineiro, "o fim específico do procedimento monitório é a formação de título executivo e o objetivo do pedido, em primeiro plano, é de recebimento coativo da dívida; logo, de execução. Os atos que seriam próprios de processo de conhecimento não se concluem como tais, porque o procedimento completo não enseja seu término por sentença jurisdicional. Objetivando, pois, a execução, tais atos são mero adendo, de natureza preparatória, do processo respectivo. (...) Lógica seria, pois, sua inclusão no Livro II (Processo de Execução)"<sup>20</sup>.

Assim, conclui VICENTE GRECO FILHO, que "apesar de estar a ação (monitória) colocada entre os procedimentos

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 49.

<sup>18</sup> Apud J.E. Carreira Alvim, ob. cit., p. 307.

<sup>19</sup> Apud J.E. Carreira Alvim, ob. cit., p. 308.

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 48.

especiais de jurisdição contenciosa, sua compreensão, assim como a solução dos problemas práticos que apresenta, somente será possível se for tratada como se fosse processo de execução, ou seja, como uma espécie de execução por título extrajudicial em que, em vez do mandado de citação para pagamento em vinte e quatro horas, sob pena de penhora, há citação com a ordem de pagamento ou de entrega de coisa móvel<sup>21</sup>.

### 3. AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

#### 3.1. Inadequação do procedimento.

Agora, uma vez que analisamos o fluxograma do andamento procedimental da ação monitoria, podemos dedicar nossas atenções ao tema central deste estudo: a admissibilidade ou não de o instituto ser ajuizado contra a Fazenda Pública.

Como ressaltamos no início deste trabalho, a doutrina brasileira diverge a respeito do assunto.

Com absoluta propriedade, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI observa que a ação monitoria seria o remédio indicado para que o credor portador de título sem eficácia executiva pudesse obter, em espaço temporal abreviado, título judicial contra a Fazenda Pública, não fosse o disposto no art. 730 do Código de Processo Civil: "É que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam o da ação ora examinada. Destarte, seria realmente impraticável admitir-se a emissão de uma ordem de pagamento, exarada no bojo do procedimento monitorio, dirigida à Fazenda Pública. Basta atentar-se para a regra do inciso II do apontado dispositivo, impositiva do "pagamento na ordem de apresentação do precatório", para concluir-se pela inadmissibilidade da ação monitoria em face da Fazenda Pública. A inadequação desse meio processual, no caso de crédito de quantia certa, resulta

---

<sup>21</sup> Ob. cit., pp. 49-50.

flagrante"<sup>22</sup>. Com efeito, remata CÂNDIDO R. DINAMARCO, "nenhuma constrição se faz sobre a Fazenda ou seu patrimônio, nem depois e muito menos antes da expedição do precatório"<sup>23</sup>.

Não faz sentido que na ação monitória - proposta com base em título sem eficácia executiva - a Fazenda Pública seja citada para "pagar soma em dinheiro", quando no Processo de Execução por quantia certa - em que o documento que fundamenta a pretensão do credor é um título executivo, revestido dos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade - é citada apenas para "opor embargos"(art. 730) e não para pagar, o que se deve à impenhorabilidade dos bens públicos.

Para JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, "inexiste qualquer incompatibilidade entre a ação monitória e as pretensões de pagamento de soma em dinheiro contra a Fazenda Pública (federal, estadual, municipal), nela compreendida as autarquias, nos mesmos moldes que pode ser demandada, na via ordinária, para a satisfação das suas obrigações". Em seu entender, "o procedimento monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a Fazenda Pública ofereça embargos"<sup>24</sup>.

Mas, e se o réu não oferecer embargos?

Segundo CARREIRA ALVIM, "se não forem oferecidos embargos pelo devedor (injuncionado), forma-se o título executivo "judicial", convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV, cumprindo distinguir se trata de execução para "entrega de coisa"(arts. 621 a 631), ou "por quantia certa"(arts. 730 a 731)"<sup>25</sup>.

Esqueceu, no entanto, o retrocitado autor que apesar de a revelia do devedor, no procedimento monitório, acarretar a presunção de veracidade dos fatos (e do direito) alegados pelo

---

<sup>22</sup> Oc. cit., pp. 66-67.

<sup>23</sup> *Execução Civil*, 3.ª ed., Malheiros, p. 303.

<sup>24</sup> Ob. cit., p. 339.

<sup>25</sup> Idem, ibidem, pp. 339.

autor (aplicando-se o art. 319 do CPC) e, conseqüentemente, a constituição do título executivo (art. 1.102c, "caput"), tal regra não é aplicável quando revel a Fazenda Pública, nos termos do art. 320, inc. II do CPC. Nesse sentido é a lição de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, in verbis: "Ao se omitir na apresentação de embargos, o devedor provoca a criação de título, o que eqüivale dizer que tal ato tem efeitos análogos ao reconhecimento de pedido no processo de conhecimento. Em conseqüência, pessoas jurídicas de direito público, cujos representantes não tenham poder de transacionar, não podem figurar no pólo passivo da relação processual no procedimento monitório, devendo dizer o mesmo com relação aos incapazes não autorizados"<sup>26</sup>.

JOSÉ RUBENS COSTA, procurando conciliar os dois entendimentos acima, sustenta que "há legalidade de procedimento monitório contra incapazes ou contra o Poder Público, mas com a ressalva da exclusão do efeito da revelia. Não se admite que a revelia de um ou de outro possa gerar as conseqüências executórias, porque o direito é indisponível"<sup>27</sup>.

Data maxima venia, ousamos discordar do eminente processualista. Se a finalidade da ação monitória é propiciar ao credor uma rápida e eficaz constituição do título executivo, o que se dá em caso de não apresentação de defesa (= embargos), como admitir que tal procedimento seja instaurado se de antemão já se sabe que a revelia da Fazenda Pública não produzirá o efeito pretendido pelo autor, a saber, a atribuição de eficácia executiva ao mandado inicial? Nesta hipótese não estaria havendo a almejada e reclamada agilização da tutela e do procedimento.

Mesmo havendo a interposição de embargos, afigura-nos inviável e inútil a ação monitória contra a Fazenda Pública. É que, na hipótese de rejeição dos mesmos, não ocorrerá, de plano, o surgimento do título executivo judicial a que se refere o § 3º do art. 1.102c. Isto se deve ao fato de que toda sentença proferida contra a União, Estados e Municípios está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não produzindo efeito senão depois de

---

<sup>26</sup> Ob. cit., p. 47.

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 40.

confirmada pelo Tribunal (art. 475, II, CPC), e como esclarece CÂNDIDO R. DINAMARCO, “a regra do art. 475, inc. II, engloba a eventual pronúncia de improcedência dos seus embargos”<sup>28</sup>.

Concordamos, assim, com a lição do ilustre prof. VICENTE GRECO FILHO, que entende “descaber a ação monitória contra a Fazenda Pública, contra a qual deve haver título sentencial, com duplo grau de jurisdição, para pagamento por meio de ofício requisitório, tal como previsto no art. 100 da Constituição da República, e dotação orçamentária. Contra a Fazenda não se admitem ordem para pagamento e penhora, devendo, pois, haver processo de conhecimento puro, com sentença em duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 100 da Constituição e 730 do Código”<sup>29</sup>.

### 3.2. Carência de ação: o interesse de agir.

Diante de tudo quanto foi exposto no item anterior pode parecer, num primeiro momento, que a ação monitória ajuizada contra a Fazenda Pública é inadmissível pelo fato de faltar a esta legitimidade “ad causam” para figurar no pólo passivo da referida ação. A questão aqui discutida, todavia, não é tão simples assim.

A legitimidade “ad causam” (ou legitimação para a causa) consiste na coincidência entre a pessoa do autor e a pessoa a quem, em tese, a lei atribui a titularidade da pretensão deduzida em juízo (legitimidade ativa), e na coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa contra quem, em tese, pode ser oposta tal pretensão (legitimidade passiva)<sup>30</sup>.

Apesar de os artigos 1.102a a 1.102c do CPC não discriminarem expressamente quem são as partes no procedimento monitório, infere-se que legitimado passivo é o devedor, assim reconhecido pela documentação que deverá instruir a inicial<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Execução Civil, cit., p. 303.

<sup>29</sup> Ob. cit., p. 52.

<sup>30</sup> Athos Gusmão Carneiro, Intervenção de Terceiros, 5.ª ed., Sariva, p. 25.

<sup>31</sup> Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 65.

Ora, se o credor dispõe, v.g., de um cheque emitido pela Fazenda Pública, que tenha perdido a eficácia de título executivo, poderia ele, em tese, se valer da ação monitória para receber seu crédito<sup>32</sup>. Neste caso, estaria havendo coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa reconhecida como devedor pelo título monitório, não havendo que se falar, portanto, em ilegitimidade da parte.

Em nosso entender, todavia, a inadmissibilidade da ação monitória contra a Fazenda Pública não se deve a falta de legitimidade "ad causam", mas de outra condição da ação: o interesse processual de agir.

Segundo ENRICO TULLIO LIEBMAN, o interesse de agir é "um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente. (...) O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo"<sup>33</sup>.

O interesse de agir, portanto, é representado por dois elementos, que o constituem: a) necessidade (ou utilidade) da prestação jurisdicional; e b) adequação entre a pretensão do autor e o provimento solicitado.

A necessidade da tutela jurisdicional repousa "na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado - ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exigidos mediante prévia declaração judicial"<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Exemplo citado por J.E. Carreira Alvim, ob. cit., p. 339.

<sup>33</sup> Manual de Direito Processual Civil, vol. I, trad. e notas de Cândido R. Dinamarco, p. 155.

<sup>34</sup> Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 9.<sup>a</sup> ed., p. 217-218.

O requisito da adequação, por sua vez, significa que, para o Estado prestar a atividade jurisdicional deve haver uma correlação entre a situação denunciada pelo autor e a tutela requerida na inicial. Como observa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "dizer que a jurisdição é necessária em concreto não é dizer, ainda, que espécie de processo se adapta à situação concreta, se cognitivo ou executório, se meramente declaratório, constitutivo ou condenatório; as situações em que alguém pode ser levado a necessitar da intervenção dos órgãos jurisdicionais são variadíssimas, e por isso mesmo existem várias espécies de processo, de ação, de procedimento, de decisões definitivas, e cada uma dessas espécies se destina apenas aos casos em que o legislador vê sua utilidade prática e, por outro lado, não considera injusta a sujeição da parte contrária"<sup>35</sup> (grifo nosso). Assim, "para verificar a presença do interesse, indaga-se, à luz dos fatos narrados pelo autor e com dados da relação material, se o provimento judicial pleiteado será útil para o fim do processo; se a medida requerida é necessária e adequada aos objetivos jurídicos, políticos e sociais do processo, estes também exteriores à relação processual"<sup>36</sup>.

No caso específico do procedimento monitório, como restou consignado no item anterior (3.1. supra), a ação ajuizada pelo autor contra a Fazenda Pública é imprópria em função da relação jurídica existente entre as partes. Em tal caso, o autor é carecedor da ação, por falta de interesse processual de agir<sup>37</sup>.

Assim, como a falta de interesse de agir (e de qualquer das condições da ação) é matéria de ordem pública, pode ser verificada de ofício pelo juiz, que deverá indeferir a inicial por carência de ação (art. 295, III, c/c o art. 267, I, ambos do CPC) ou extinguir o processo a qualquer momento (agora com fundamento no art. 267, VI), mesmo sem a provocação do autor nos embargos e até depois de decorrido o prazo destes<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> "Interesse de agir (ação executiva)", in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol., p. 360.

<sup>36</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, Malheiros, p. 79.

<sup>37</sup> Nelson Palaia, *Técnica da Contestação*, 3.ª ed., p. 137.

<sup>38</sup> Nesse sentido, mas referindo-se a falta de interesse de agir no Processo de Execução: Cândido R. Dinamarco, "Interesse de agir", cit., p. 364.

#### 4. CONCLUSÃO.

Em conclusão, não é admissível ação monitória contra a Fazenda Pública, uma vez que:

a) a revelia da Fazenda Pública não implica em reconhecimento tácito do débito nem constituição imediata do título executivo, posto que, quando o Poder Público é uma das partes do processo, o litígio versa sobre direitos indisponíveis (art. 320, II)

b) a sentença que rejeita dos embargos opostos pela Fazenda não importa na constituição, de plano, do título executivo, pois está sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475, II), só produzindo efeitos depois de confirmada pelo juízo ad quem;

c) o eventual autor da monitória careceria de uma das condições da ação, o interesse processual de agir (arts. 3º; 267, VI; 295, III), posto que o instrumento escolhido não é adequado nem útil ao seu objeto.

#### BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. Código de processo civil reformado. 2ª ed. rev. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ATALIBA, Geraldo. Execução contra pessoas administrativas. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Tributário, 1ª ed, 2ª tir., São Paulo: Ed. RT, 1995.

BERMUDES, Sérgio. A reforma do código de processo civil. São Paulo, Saraiva, 1996.

COSTA, José Rubens. Ação monitória. São Paulo, Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao procedimento sumário, ao Agravo e à Ação Monitória. São Paulo: Saraiva, 1996.

---

\_\_\_\_\_. Da execução contra a fazenda pública. São Paulo, Saraiva: 1987.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Novos perfis do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Del rey, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação monitória. São Paulo: Ed. RT, 1995.

## AS NOVAS NORMAS DO RECURSO DE AGRAVO .

PAULO LOBATO TEIXEIRA  
Procurador do Estado

### CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Lei nº 9.139 de 30 de novembro de 1995, em vigor desde 30 de janeiro último, que constitui objeto deste trabalho, modificou todo o capítulo que cuida **do agravo de instrumento**, no Código de Processo Civil e ainda alterou dois artigos situados no capítulo **da ordem dos processos no tribunal**, do mesmo código.

É importante observar, inicialmente, que os dispositivos desta, como os de outras leis que, a partir do ano de 1994, introduziram alterações nas normas de processo civil, trazem o propósito geral de aliviar o processo de formalidades e dificuldades inócuas, usando, para isso, de procedimentos mais objetivos e práticos, a fim de dotá-lo de mecanismos que o tornem mais célere e, por isso mesmo, mais justo na persecução e na obtenção da prestação jurisdicional. Mais do que isto, chegam até a oferecer solução extrajudicial, evitando a demanda judicial, sempre desgastante e demorada, como no caso da lei que modificou as regras sobre consignação em pagamento.

Não possui este trabalho pretensão doutrinária, mas, tão somente, o objetivo de destacar as alterações mais evidentes e de aplicação mais urgente e necessária aos processos em andamento, aos quais incidem **desde logo** normas dessa natureza, como aliás está expresso no art. 1211, do vigente estatuto processual. Portanto, aos profissionais do direito - tanto os que **provocam**, com os que são obrigados a **oferecer** a prestação jurisdicional - pesa a obrigação de conhecer e de aplicar as novas normas que, como se disse, têm incidência imediata aos processos em curso.

Dai a necessidade, dada a vigência da nova lei, de suscitar a discussão e o debate, procurando eliminar as dúvidas na sua interpretação e aplicação.

### **APLICABILIDADE DA LEI NOVA**

A respeito da aplicação de **normas recursais**, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através de sua 2ª Seção, já pacificou o entendimento de que

**"Segundo princípio de direito intertemporal, salvo alteração constitucional, o recurso próprio é o existente à data em que publicada a decisão"** (DJU 13.04.92, p. 4.971).

No mesmo sentido, as demais cortes, inclusive o Supremo Tribunal Federal:

**"Regula o cabimento do recurso a lei vigente ao tempo da intimação da decisão recorrida"** (RSTJ 4/1.211, 5/43, 12/38; STF-RTJ 68/879, 79/569, 81/267, 81/862; RF 246/341; TJSP-RJTJESP 32/152; 1º TASP-RF 251/220, JTA 31/38, 31/199; TAGB-RF 246/356; TJMG-RT 478/176, RF 246364). Notas procedidas por Theotonio Negrão em seu "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 26ª ed., p. 684, Saraiva).

Por conseguinte, se a decisão foi publicada **antes** da vigência da lei, objeto deste estudo, o agravo a ser interposto deverá observar ainda as regras anteriores às alterações sob estudo.

### **DECISÕES QUE DESAFIAM O RECURSO SOB EXAME**

Parece certo que as normas, objeto deste estudo, não se aplicam ao procedimento do agravo de instrumento específico, interposto dos **despachos que inadmitem recursos**, de vez que sempre existiram normativos próprios, aplicáveis a esses casos, além do que há a evidência de que a nova lei **não alterou** o art.

544, do CPC, que havia sido revogado pela Lei 8.038/90, mas que foi reprimado pela Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994.

Além disso, é cabível ainda a observação de que as normas dos artigos 522 a 529, do CPC, se destinam expressamente a disciplinar o recurso próprio para reformar **decisões interlocutórias**, incidentes no curso do processo, sem acarretar a sua extinção. Enquanto que, no segundo caso, o agravo de instrumento visa atacar a **decisão** (indevidamente chamada de despacho) **de inadmissibilidade de recurso**, que é dotada de **força terminativa**, vez que pode operar o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, pondo fim ao processo.

Neste sentido, pronunciou-se o Colendo Supremo Tribunal Federal, através de sua Presidência, ao editar a **Resolução nº 140**, do primeiro dia do mês em curso, cujo teor merece inteira transcrição:

*“O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ouvido o plenário em sessão administrativa e considerando*

*- que o recurso de agravo cabível das decisões interlocutórias e objeto dos arts. 522 e 529 do Código de Processo Civil, com redação da L. 9.139, de 30.11.95, não se identifica com a figura especial do agravo de instrumento contra a decisão terminativa do Presidente do Tribunal a quo que não admite o recurso extraordinário;*

*- que o agravo de instrumento contra o indeferimento do recurso extraordinário é objeto da disciplina especial dos arts. 544 e 545 do Código de Processo Civil, com redação da L. 8.950, de 13.12.94;*

*- que não têm pertinência com esse último as inspirações teleológicas de diversas das inovações ditadas pela L. 9.139/95 à disciplina do agravo contra as decisões interlocutórias de primeiro grau;*

- que, não obstante, têm surgido dúvidas a respeito, noticiadas pela Secretaria do Tribunal, cuja solução uniforme é urgente para a segurança das partes, resolve:

*Art. 1º. Nas hipóteses dos incisos II e III do art. 313 do Regimento Interno, o agravo de instrumento será interposto no prazo de dez dias, mediante petição dirigida ao Presidente do Tribunal de origem.*

*Parágrafo único. Além das previstas no § 1º do art. 544 do Código de Processo Civil, com a redação da L. 8.950, de 23.12.94, e quaisquer outras essenciais à compreensão da controvérsia, a petição de agravo será instruída com a cópia das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário indeferido.*

*Art. 2º. O agravado será intimado para oferecer resposta no prazo de dez dias, que poderá ser instruída com cópia das peças processuais que entender convenientes.*

*Art. 3º. Oferecida ou não a resposta, o instrumento será remetido ao Supremo Tribunal Federal”.*

Por essa forma, o STF dirimiu as dúvidas visivelmente manifestadas por outras cortes de justiça. Com efeito, o próprio STJ, ao editar sua Resolução nº 01, de 31 de janeiro de 1996, disse expressamente que, em decorrência do recesso e das férias forenses, “*não foi possível aprovar alteração regimental antes da entrada em vigor, em 31 de janeiro de 1996, da aludida Lei 9.139*” e, embora esclarecendo que a petição de agravo de instrumento contra despacho de inadmissão de recurso especial devia ser apresentada perante o presidente do tribunal de origem, ainda invocou a aplicação dos artigos 524 e 527, do CPC.

## BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O NOVO TEXTO

Cumprido, a partir de agora, passar a analisar o inteiro teor do diploma legal em estudo, o que se fará com a transcrição de cada um dos artigos alterados do Código de Processo Civil, assim como de sua redação anterior, a fim de melhor permitir a elaboração deste trabalho, registrando-se as modificações e as respectivas observações anotadas.

### **Art. 522**

Redação nova:

**Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento.**

Redação anterior:

*Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.*

*§ 1º Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação; reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões de apelação, sua apreciação pelo tribunal.*

*§ 2º Requerendo o agravante a imediata subida do recurso, será este processado na conformidade dos artigos seguintes.*

### ANOTAÇÕES

a) o prazo do recurso, que era de cinco dias, e não constava desse artigo, passou a constar, tendo sido ampliado para dez dias;

b) o artigo perdeu os parágrafos, mas ficou mais conciso, fazendo logo menção às duas modalidades do agravo (**retido ou por instrumento**);

c) as demais disposições constantes da redação anterior passaram a ser disciplinadas no art. 523.

### **Art. 523**

Redação atual:

**Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.**

**§ 1º - Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.**

**§ 2º - Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária em cinco (5) dias.**

**§ 3º - Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão.**

**§ 4º - Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação.**

Redação anterior:

*Art. 523. O agravo de instrumento será interposto no prazo de cinco (5) dias, por petição que conterá:*

*I - a exposição do fato e do direito;*

*II - as razões do pedido de reforma da decisão;*

*III - a indicação das peças do processo que devam ser trasladadas.*

*Parágrafo único. Serão obrigatoriamente trasladadas a decisão agravada, a certidão da respectiva intimação e a procuração outorgada ao advogado do agravante, salvo se outra instruir a petição de agravo.*

## ANOTAÇÕES

a) Este artigo se ocupa do agravo retido. As normas do **caput**, como as do § 1º, repetem o que constava da redação anterior do § 1º do art. 522;

b) são duas as inovações introduzidas pelo § 2º, desse artigo: primeira - expressa a possibilidade de o juiz reformar a decisão, no que eram omissas as regras anteriores; segunda - faz menção à manifestação da parte contrária, que antes não tinha direito à contraminuta, nessa modalidade de agravo;

c) o § 3º reintroduziu em nossa sistemática processual o **agravo no auto do processo**, que existiu no Código de 1939. Essa inovação traduz uma inclinação jurisprudencial e parece muito vantajosa, notadamente nos feitos de procedimento sumário (art. 275, do CPC vigente), que reclamam a concentração dos atos em audiência e maior celeridade processual;

d) o § 4º inova ao restringir os agravos interpostos contra as decisões **posteriores à sentença**, unicamente à modalidade **retida**. Isso conduz à inferência de que o legislador teve, aí, a intenção de limitar a possibilidade de interposição do recurso de agravo, impedindo com isso que o processo seja abusivamente alongado. Após o trânsito em julgado da sentença vêm a liquidação e a execução. Da sentença que julga a liquidação - por arbitramento ou por artigos -, volta a caber apelação contra as respectivas sentenças. Após isso, das decisões proferidas na fase final da execução, torna-se impossível a interposição do agravo retido porque, não havendo mais cabimento de apelação (onde seria objeto de preliminar), ele não teria como ser apreciado pelo tribunal;

**Art. 524**

Texto vigente:

**O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:**

**I - a exposição do fato e do direito;**

**II - as razões do pedido de reforma da decisão;**

**III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.**

Texto revogado:

*Deferida a formação do agravo, será intimado o agravado para, no prazo de cinco (5) dias, indicar as peças dos autos, que serão trasladadas, e juntar documentos novos.*

**OBSERVAÇÕES:**

a) - a interposição do agravo de instrumento diretamente ao tribunal constitui, inegavelmente, uma das mais importantes alterações observadas, dada a agilidade que deu ao recurso, que não dependerá mais de atos anteriormente praticados pelo juiz, pelo escrivão, pelo contador e até pela parte contrária, na *indicação de peças, extração e formação do traslado, intimações e manifestação das partes*, atos esses que tinham prazo, mas nunca eram observados com rigor, em razão do que o recurso levava meses para subir e, quando interposto como expediente meramente protelatório, podia demorar até mais de um ano;

b) - além disso, o recurso deixou de ser aquele *instrumento* formal, com abertura e encerramento lavrados pelo Escrivão, herdado de práticas muito antigas, mas que muitos cartórios do interior nunca aprenderam a fazer, passando agora a efetivar-se através da petição de interposição, instruída com as peças providenciadas pelo próprio agravante;

c) - quanto aos requisitos da petição, a única novidade reside no nome e endereço dos advogados.

**Art. 525**

Novo texto:

A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis;

§ 1º - Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais.

§ 2º - No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.

Texto anterior:

*Será de quinze (15) dias o prazo para extração, a conferência e o concerto do traslado, prorrogável por mais dez (10) dias, mediante solicitação do escrivão.*

*Parágrafo único. Se o agravado apresentar documento novo, será aberta vista ao agravante para dizer sobre ele no prazo de cinco (5) dias.*

**ANOTAÇÕES**

a) - as cópias das procurações aos advogados de ambas as partes passaram a ser obrigatoriamente exigidas na instrução da petição de interposição do recurso;

b) - com relação às custas, parece haver a maior dúvida, porque eram anteriormente devidas ao Cartório que, como se viu, não terá mais trabalho na formação do instrumento (que

incumbirá ao próprio recorrente), nem no processamento do recurso que passa a competir às secretarias do Tribunal. A quem, portanto, se deve pagar essas custas e em que valor? O correto é que o Tribunal publique, como determina a lei, a tabela dessas custas, indicando a quem pagá-las. Mas, enquanto isso não for feito, as partes não poderão ser prejudicadas por providências que não são de sua responsabilidade.

c) - o § 2º prevê que a petição de interposição do recurso tanto pode ser protocolada no tribunal, como pode ser enviada pelo correio, com AR, facultando ainda aos códigos judiciários a previsão de *outra forma* (fax, telex, etc.).

d) - no caso de interposição por via postal, a comprovação de tempestividade do recurso poderá ser feita através dos carimbos datados, apostos no envelope respectivo, assim como pelo recibo da correspondência expedido pelo correio.

### **Art. 526**

Texto novo:

**O agravante no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.**

Texto anterior:

*Concluída a formação do instrumento, o agravado será chamado para responder.*

### **OBSERVAÇÕES**

A providência determinada por esse artigo tem por objetivo permitir o exercício do juízo de retratação pelo magistrado presidente do feito.

**Art. 527**

Texto novo:

**Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinentemente, se não for caso de indeferimento liminar (art.557), o relator:**

**I - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;**

**II - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art.558), comunicando ao juiz tal decisão;**

**III - intimará o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal, a intimação far-se-á pelo órgão oficial;**

**IV - ultimadas as providências dos incisos anteriores, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, no prazo de 10 (dez) dias.**

**Parágrafo único. Na sua resposta, o agravado observará o disposto no § 2º do art. 525.**

Texto anterior:

*O agravante preparará o recurso no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação da conta, subindo os autos conclusos ao juiz para reformar ou manter a decisão agravada.*

*§ 1º O agravante efetuará o preparo, que inclui as custas do juízo e do tribunal inclusive do porte de retorno, sob pena de deserção.*

*§ 2º Independente de preparo o agravo retido (art.522, § 1º).*

§ 3º O juiz poderá ordenar a extração e a juntada aos autos de peças não indicadas pelas partes.

§ 4º Mantida a decisão o escrivão remeterá o recurso ao tribunal dentro de 10 (dez) dias.

§ 5º Se o juiz a reformar, o escrivão trasladará para os autos principais o inteiro teor da decisão.

§ 6º Não se conformando o agravado com a nova decisão, poderá requerer, dentro de 5 (cinco) dias, a remessa do instrumento ao tribunal, consignando em cartório a importância do preparo feito pela parte contrária, para ser levantado por esta, se o tribunal negar provimento ao recurso.

### OBSERVAÇÕES

a) - com exceção do parágrafo único, esse artigo é totalmente dirigido ao relator do agravo, permitindo-lhe, no **caput**, o indeferimento do recurso;

b) - os dois primeiros incisos **facultam-lhe**: (1) requisitar informações ao juiz da causa, que tem o prazo de dez dias para prestá-las, assim como (2) atribuir efeito suspensivo ao recurso que, normalmente não o tem, devendo em tal caso, dar conhecimento ao juiz. É lógico que o julgador (relator) deve ser **provocado**, com a devida demonstração dos pressupostos de cabimento do pedido de efeito suspensivo pelo recorrente;

c) determina o inciso III a intimação do agravado **para responder**, juntando também peças se quiser. Na sistemática anterior, o agravado era intimado primeiramente apenas para **indicar peças**. Somente depois tinha novo prazo para responder.

d) a fixação de prazo também para o Ministério Público, pelo inciso IV, é muito importante, a fim de evitar o retardamento do processo;

e) - o parágrafo único, desse artigo, assegura igualdade de tratamento ao recorrido, que também poderá dispor das formas previstas no § 2º, do art. 525, para apresentar sua resposta.

**Art. 528**

Texto novo:

**Em prazo não superior a 30 (trinta) dias da intimação do agravado, o relator pedirá dia para julgamento.**

Texto anterior:

*O juiz não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que interposto fora do prazo legal.*

**OBSERVAÇÕES** - O prazo previsto nesse artigo dificilmente será observado, principalmente nas grandes comarcas.

**Art. 529**

Texto novo:

**Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo.**

Texto anterior:

*Se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o tribunal imporá ao agravante a condenação, em benefício do agravado, no décuplo do valor das custas respectivas.*

**ANOTAÇÕES**

a) - ao exercer o direito de reformar a decisão recorrida, o juiz do feito poderá revê-la parcial ou totalmente. Somente na segunda hipótese, o recurso será julgado prejudicado;

b) - havendo reforma parcial, logicamente isso será considerado no julgamento do agravo.

**Art. 557**

Nova redação:

**O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à Súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.**

**Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de cinco (5) dias ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia.**

Redação anterior:

*Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferir-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.*

*Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo.*

**OBSERVAÇÕES**

a) - é cabível observar que, na redação anterior, esse dispositivo fazia menção a **AGRAVO**, enquanto que, na atual, passou a expressar a palavra **RECURSO**, autorizando a interpretação de que suas disposições se aplicam a **qualquer recurso**, principalmente porque esse artigo integra o capítulo que cuida **da ordem dos processos no tribunal**, ou seja, não se cuida de norma restrita à interposição do agravo de instrumento;

b) - ao dizer, no texto revogado, *o relator poderá*, o dispositivo expressava uma **faculdade**, que não foi mais outorgada ao julgador na redação atual, que passou a **impor: o relator negará**;

c) - na linguagem do texto anterior constava apenas a expressão *manifestamente improcedente*, enquanto que, na atual, de forma mais ampla, consta **manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado, ou contrário à Súmula**. Isto significa que o relator tem o dever de negar seguimento ao recurso em todos esses casos;

d) a inclusão da Súmula entre os obstáculos de seguimento do recurso parece mais um avanço do reconhecimento da jurisprudência como fonte de direito processual, assim como um passo em direção ao seu **efeito vinculante**, questão que vem dividindo a opinião, inclusive, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

### **Art. 558**

Texto novo:

**O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.**

**Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.**

Texto anterior:

*O agravante poderá requerer ao relator, nos casos de prisão de depositário infiel, a adjudicação, remição de bens ou de levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea, que suspenda a execução da medida até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.*

*Igual competência tem o juiz da causa enquanto o agravo não tiver subido.*

## ALTERAÇÕES

a) com a nova redação, o artigo ampliou a possibilidade de o recorrente obter efeito suspensivo ao agravo de instrumento, passando a exigir expressamente a demonstração do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**.

b) o parágrafo único manda aplicar "o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520". Parece que o legislador quis que, naqueles casos de apelação em que não há efeito suspensivo, ele também possa ser atribuído, desde que fiquem demonstradas as condições apontadas no dispositivo sob exame.

## CONCLUSÕES

1. os procedimentos previstos na Lei nº 9.139/95 só se aplicam aos agravos interpostos contra decisões publicadas a partir de 30 de janeiro de 1996;

2. as normas dos artigos 522 a 529 do CPC continuam regulando os agravos interpostos de **decisões interlocutórias**, mas não se aplicam aos agravos de instrumento interpostos contra decisões de indeferimento de recursos (**juízo de admissibilidade**);

3. embora o prazo de interposição tenha dobrado de cinco para dez dias, o agravo tornou-se um recurso mais ágil porque passou a depender apenas da petição de interposição instruída com documentos providenciados pelo próprio recorrente;

4. facilitou-se muito a interposição do agravo de instrumento, que pode efetivar-se até pelo correio, ou por outro meio que venha a ser autorizado em lei;

5. o agravo retido voltou a admitir a interposição oral, com grande vantagem para a celeridade do processo;

6. o processamento do recurso passou a ser mais rápido no tribunal, inclusive com fixação de prazo até para o Ministério Público, que antes não havia;

7. foi mantido o juízo de retratação, facultando-se ao próprio magistrado modificar a sua decisão;

8. outorgou-se maiores poderes ao relator para negar seguimento aos recursos em geral;

9. ampliaram-se as situações de cabimento do pedido de efeito suspensivo ao agravo, desde que demonstrados o **periculum in mora** e o **fumus boni juris**, e

10. estenderam-se essas situações, autorizando o efeito suspensivo também às hipóteses de apelação em que só cabia o efeito devolutivo.

Manaus, AM, fevereiro de 1996.

## **ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL - EPIA E SEU RESPECTIVO RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL - RIMA**

**JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO**  
Procurador do Estado  
Procurador-Chefe - IPAAM

### **SUMÁRIO**

- 1. Assento constitucional**
- 2. Assento infraconstitucional**
- 3. Impacto ambiental: conceito**
- 4. Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA: conceito, importância e objetivos**
- 5. Distinção entre o Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA e o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA**
- 6. Atividades sujeitas ao estudo de impacto**
- 7. Fases do estudo de impacto**
- 8. Diretrizes do estudo de impacto**
- 9. Atividades técnicas mínimas a serem desenvolvidas no estudo de impacto**
- 10. A equipe multidisciplinar**
- 11. Conteúdo mínimo do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA**
- 12. Apresentação do relatório de impacto**
- 13. Publicidade do estudo e do relatório de impacto - EPIA/ RIMA**
- 14. Audiência pública**
- 15. O empreendedor e a equipe multidisciplinar**
- 16. Os estudos: PCA, RCA e PRADE**
- 16.1 Plano de Controle Ambiental - PCA**
- 16.2 Relatório de Controle Ambiental - RCA**
- 16.3 Plano de Recuperação de Áreas Degradadas - PRADE**
- 17. Bibliografia**

## 1. Assento constitucional

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA – prévio por determinação da nova ordem constitucional — tem assento nas Constituições Federal e Estadual, nos termos seguintes:

### ART. 225. §1º, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

*§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*

*.....*  
*IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL**, a que se dará publicidade” (destacamos).*

Ao comentar o dispositivo constitucional em destaque Paulo Affonso Leme Machado, destaca quatro pontos importantes, a saber:

- a) o estudo de impacto ambiental deve ser anterior à autorização da obra e/ou autorização da atividade;
- b) o estudo de impacto ambiental deve ser exigido pelo Poder Público;
- c) a norma constitucional diferencia instalação de obra e funcionamento de atividade;
- d) o estudo de impacto ambiental tem como uma de suas características a publicidade;

---

<sup>1</sup> Direito ambiental brasileiro, p. 129-0.

### ART. 230, VI, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

*"Art. 230. Para assegurar o equilíbrio ecológico e os direitos propugnados no art. 229, desta Constituição, incumbe ao Estado e aos Municípios, entre outras medidas:*

.....  
*VI - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL** e das medidas de proteção a serem adotadas, a que se dará publicidade"* (destacamos).

### ART. 234, § 3º, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

*"Art. 234. A implantação e operação de atividades, efetiva ou potencialmente poluidoras, dependerão da adoção, pelas unidades operadoras, de técnicas de prevenção e controle de tais processos, independente da capacidade de absorção dos corpos receptores.*

.....  
*§ 3º. Na hipótese da instalação de atividades efetivas ou potencialmente causadoras de alterações significativas ao meio ambiente, poderá integrar o processo de licenciamento ou apreciação do **ESTUDO DE IMPACTO**, a consulta, por plebiscito, à comunidade afetada, mediante convocação por um dos Poderes do Estado, nos termos do art. 14, da Constituição da República"* (destacamos).

## ART. 235, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

*"Art. 235. O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL será parte integrante e obrigatória do processo de licenciamento, além de outras exigências de ordem normativa legal (...)" (destacamos)*

### 2. Assento infraconstitucional

a) Lei n.º 6.803, de 2 de julho de 1980, que dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição (art. 10, §§ 2º e 3º):

*"Art. 10 (omissis)*

*.....*  
*§ 2º - Caberá exclusivamente à União, ouvidos os Governos Estadual e Municipal interessados, aprovar a delimitação e autorizar a implantação de zonas de uso estritamente industrial que se destinem a localização de pólos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei.*

*§ 3º - Além dos estudos normalmente exigíveis para o estabelecimento de zoneamento urbano, a aprovação das zonas a que se refere o parágrafo anterior será precedida de estudos especiais de alternativas e de **avaliações de impacto**, que permitam estabelecer a confiabilidade da solução adotada. (destacamos)*

b) Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação (art. 9º, inciso III);

*"Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:*

.....  
**III - a avaliação de impactos ambientais**  
(destacamos).

c) Decreto Federal n.º 99.274, de 6 de junho de 1990, que regulamenta a Lei n.º 6.938/81 (art. 17):

*"Art. 17 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem assim os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.*

*§ 1º - Caberá ao CONAMA fixar os critérios básicos, segundo os quais serão exigidos **estudos de impacto ambiental** para fins de licenciamento, contendo, entre outros, os seguintes itens:*

- a) diagnóstico ambiental da área;*
- b) descrição da ação proposta e suas alternativas; e*
- c) identificação, análise e previsão dos impactos significativos, positivos e negativos.*

*§ 2º - O **estudo de impacto ambiental** será realizado por técnicos habilitados e constituirá o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, correndo as despesas à conta do proponente do projeto.*

*§ 3º - Respeitada a matéria de sigilo industrial, assim expressamente*

*caracterizada a pedido do interessado, o RIMA, devidamente fundamentado, será acessível ao público.*" (destacamos).

d) Resolução/Conama/n.º 001, de 23 de janeiro de 1986, promulgada "*considerando a necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impactos Ambientais como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente*";

e) Decreto Estadual n.º 10.028, de 4 de fevereiro de 1987, regulamenta a Lei n.º 1.532/82 e dispõe sobre o Sistema Estadual de Licenciamento de Atividades com Potencial de Impacto no Meio Ambiente - SELAPI - art. 3º, III e arts. 20 *usque* 28;

### **3. Impacto ambiental: conceito**

*Impacto ambiental* é qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetem: a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; a qualidade dos recursos ambientais.<sup>2</sup>

No Vocabulário Básico do Meio Ambiente elaborado pela Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente - FEEMA do Rio de Janeiro, vamos encontrar as seguintes definições de *impacto ambiental*:<sup>3</sup>

"Qualquer alteração significativa do *meio ambiente* — em um ou mais de seus componentes — provocada por uma ação humana" (...)

<sup>2</sup> Definição do art. 1.º da Resolução/Conama/n.º 001, de 23 de janeiro de 1986, publicada no D.O.U. de 17/2/86.

<sup>3</sup> Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente - FEEMA, Vocabulário básico de meio ambiente, p. 113-4.

" 'Qualquer alteração no *sistema ambiental* físico, químico, biológico, cultural e sócio-econômico que possa ser atribuída a atividades humanas relativas às alternativas em estudo para satisfazer as necessidades de um projeto' " (Carter, 1977).

" '..... pode ser visto como parte de uma relação de causa e efeito. Do ponto de vista analítico, o impacto ambiental pode ser considerado como a diferença entre as condições ambientais que existiriam com a implantação de um projeto proposto e as condições ambientais que existiriam sem essa ação' "(Dieffy, 1975).

" 'Uma 'alteração' (ambiental) pode ser natural ou induzida pelo homem, um 'efeito' é uma alteração induzida pelo homem e um 'impacto' inclui um julgamento do valor da significância de um efeito' " (Munn, 1979).

" '..... é a estimativa ou o julgamento do significado e do valor do efeito ambiental para os receptores natural, sócio-econômico e humano. Efeito ambiental é a alteração mensurável da *produtividade dos sistemas naturais* e da *qualidade ambiental*, resultante de uma atividade econômica' " (Horberry, 1984).

*"Impacto positivo ou benéfico*

Quando uma ação resulta na melhoria da qualidade de um fator ou parâmetro ambiental".

*"Impacto negativo ou adverso*

Quando a ação resulta em danos à

qualidade de um fator ou parâmetro ambiental”.

*“Impacto direto*

Quando resulta de uma simples relação de causa e efeito, também chamado impacto primário ou de primeira ordem”.

*“Impacto indireto*

Quando é uma reação secundária em relação à ação ou quando é parte de uma cadeia de reações; também chamado impacto secundário ou de enésima ordem (secunda, terceira etc.), de acordo com sua situação na cadeia de reações”.

*“Impacto local*

Quando a ação afeta apenas o próprio sítio e suas imediações”.

*“Impacto regional*

Quando um efeito se propaga por uma área além das imediações do sítio onde se dá a ação”.

*“Impacto estratégico*

Quando é afetado um componente ou recurso ambiental de importância coletiva ou nacional”.

*“Impacto imediato*

Quando o efeito surge no instante em que se dá a ação”.

*“Impacto a médio ou longo prazo*

Quando o efeito se manifesta depois de decorrido certo tempo após a ação”.

*"Impacto temporário*

Quando o efeito permanece por um tempo determinado".

*"Impacto permanente*

Quando, uma vez executada a ação, os efeitos não cessam de se manifestar, num horizonte temporal conhecido" (destacamos).

#### **4. Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA: conceito, importância e objetivos**

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA, nada mais é, segundo Édis Milaré e Antônio Herman V. Benjamin, que "um estudo das prováveis modificações nas diversas características sócio-econômicas e biofísicas do meio ambiente que podem resultar de um projeto proposto.

Da mesma forma que o homem, ao construir sua casa, avalia o terreno, elabora um projeto e verifica seus custos e benefícios, no processo produtivo e de desenvolvimento é igualmente cabível a mesma avaliação. É o EIA.

Tanto num caso como no outro, há uma certa dose de previsão futura — daí a prevenção — dos impactos causados pela atividade. É por isso que se diz que o EIA 'deve ser, substancialmente, um documento científico de coleta de dados de várias fontes e que *prediz* o resultado da introdução de novos fatores no ecossistema', envolvendo a avaliação dos impactos em quatro fases da atividade, quais sejam, projeto, construção, operação e abandono.

Trata-se, evidentemente (...) de instrumento de prevenção do dano ambiental, manifestando-se através de um

"juízo de compatibilidade" entre o projeto e o dever constitucional de defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações." <sup>4</sup>

José Afonso da Silva citando Michel Despax leciona que "o instituto veio do direito americano que, já em 1969, exigia um relatório de impacto ambiental anexo aos projetos e obras do governo federal que pudessem afetar a qualidade do meio ambiente." <sup>5</sup>

O certo é que "a obrigatoriedade desses estudos significou um marco na evolução do ambientalismo brasileiro, dado que, até meados da década passada, nos projetos de empreendimentos apenas eram consideradas as variáveis técnicas e econômicas, sem qualquer preocupação mais séria com o meio ambiente e, muitas vezes, em flagrante contraste com o interesse público. A insensibilidade do Poder Público não impedia que obras gigantescas, altamente comprometedoras do meio ambiente, fossem erigidas sem um acurado estudo de seus impactos locais e regionais, com o que se perdiam ou se comprometiam, não raro, importantes ecossistemas e enormes bancos genéticos da natureza." <sup>6</sup>

Cita Édis Milaré como exemplo de desastre ecológico, a construção da hidrelétrica de Balbina, no rio Uatuman, a 150 quilômetros ao norte de Manaus, que "teve suas comportas fechadas em outubro de 1987 com o objetivo de formar um reservatório de 1.580 quilômetros quadrados, o décimo quinto maior lago artificial do mundo, inundando florestas que representam 15% do território da Holanda, para geração de apenas 225 megawatts, que mal cobrem 60% das necessidades" da cidade de Manaus. <sup>7</sup>

Os objetivos dos Estudos de Impacto Ambiental - EIA são os seguintes:

<sup>4</sup> Estudo prévio de impacto ambiental, p. 85-6.

<sup>5</sup> Direito ambiental constitucional, p. 197.

<sup>6</sup> Estudo prévio de impacto ambiental, p. 11-2.

<sup>7</sup> Ibid.

1. Proteger o ambiente para as futuras gerações;
2. Garantir a segurança, saúde e a produtividade do meio ambiente, assim como seus aspectos estéticos e culturais;
3. Garantir maior amplitude possível de usos, benefícios dos ambientes não degradados, sem riscos ou outras conseqüências indesejáveis;
4. Preservar importantes aspectos históricos, culturais e naturais de nossa herança nacional; manter a diversidade ambiental;
5. Garantir a qualidade dos recursos renováveis; induzir a reciclagem dos recursos não renováveis;
6. Permitir uma ponderação entre os benefícios de um projeto e os custos ambientais do mesmo, normalmente não computados nos seus custos econômicos.”<sup>8</sup>

## **5. Distinção entre o Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA e o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA**

Segundo Édis Milaré e Antônio Herman Benjamin “muitas das vezes, mesmo em textos especializados, há uma certa confusão entre as expressões ‘Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e ‘Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Trata-se, em verdade, de duas dimensões distintas de um mesmo documento, fundadas na constatação de que nem tudo que é completo e cientificamente preciso mostra-se compreensível ao público em geral. ‘O estudo — anota percutientemente Paulo Affonso Leme Machado — é de maior abrangência que o relatório e o engloba a si mesmo’.

O EIA é o todo: complexo, detalhado, muitas vezes com linguagem, dados e apresentação incompreensíveis para o leigo. O RIMA é a parte mais visível (ou compreensível) do procedimento, verdadeiro instrumento de comunicação do EIA ao administrador e ao público. Reflete ‘as conclusões do estudo de impacto ambiental’, contendo, entre outros aspectos, os objetivos, justificativas e descrição do projeto, de seus impactos,

---

<sup>8</sup> Luiz Roberto Tommasi, Estudo de impacto ambiental, p. 4-4.

das medidas mitigadoras, uma síntese do diagnóstico ambiental da área, assim como a indicação da alternativa mais favorável.”<sup>9</sup>

O Estudo de Prévio Impacto Ambiental - EPIA “compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do relatório. Por isso, diz o art. 9º da Resolução 001/86 - CONAMA que o 'relatório de impacto ambiental - RIMA refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental”, ficando patenteado que o EIA precede o RIMA e é seu alicerce de natureza imprescindível.”<sup>10</sup>

## 6. Atividades sujeitas ao estudo de impacto

Por determinação do art. 235 da Constituição do Estado do Amazonas, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA, incluirá, obrigatoriamente, as áreas em torno e de influência do empreendimento, será parte integrante e obrigatória do processo de licenciamento, além de outras exigências de ordem normativa ou legal, nos casos de:<sup>11</sup>

- a) implantação de áreas ou pólos industriais ou agro-industriais;
- b) alteração de uso de área objeto de zoneamento;
- c) transformação de área rural em área urbana;
- d) área de expansão urbana;
- e) implantação de projetos ou atividades potencialmente causadoras de modificações significativas ao meio ambiente;

O rol de atividades previstas na Constituição Estadual é meramente exemplificativa, significando dizer que outras atividades e/ou empreendimentos potencialmente causadora de

<sup>9</sup> Milaré, Édís & Benjamim, Antônio Herman V., Estudo prévio de impacto ambiental, p. 87-8.

<sup>10</sup> Paulo Afonso Leme Machado, op. cit., p. 136.

<sup>11</sup> O teor do inciso VI do retromencionado artigo constitucional não deixa dúvidas de que o rol de atividades e/ou empreendimentos ali elencados é meramente exemplificativa, em total harmonia com a determinação do inciso IV do § 1.º do art. 225 da Constituição da República.

significativa degradação do meio ambiente poderão submeter-se ao EPIA/RIMA por determinação do Conselho Nacional ou Estadual do Meio Ambiente (art. 235, VI, CE c/c art. 225, § 1º, IV, CF).

Exige-se, ainda, Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão ambiental competente para as seguintes atividades e/ou empreendimentos:

- a) estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento;
- b) ferrovias;
- c) portos e terminais de minérios, petróleo e produtos químicos;
- d) aeroportos, conforme definidos pelo inciso I, artigo 48, do Decreto-Lei n.º 32, de 18/11/66;
- e) oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários;
- f) linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230 Kv;
- g) obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10 MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques;
- h) extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão);
- i) extração de minérios;
- j) aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;
- l) usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW;
- m) complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, exploração e cultivo de recursos hídricos);
- n) distritos industriais e zonas estritamente industriais — ZEI;
- o) exploração econômica de madeira ou de lenha, em

áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental;

p) projetos urbanísticos, acima de 100 ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critérios da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;

q) qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia;

r) projetos agropecuários que contemplem área acima de 1.000 ha ou menores, neste caso, quando se tratar de áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental, inclusive nas áreas de proteção ambiental;

s) nos casos de empreendimentos potencialmente lesivos ao Patrimônio Espeleológico Nacional; (art. 2º da Resolução/CONAMA/N.º 001/86, alterada pelas Resoluções/Conama/n.º (s) 011/86 e 005/87 c/c art. 20 do Decreto Estadual n.º 10.028/87).<sup>12</sup>

## 7. Fases do estudo de impacto

Na lição de José Afonso da Silva, o Estudo de Impacto Ambiental - EIA desenvolve-se basicamente em quatro fases:

"a) a primeira é a *fase preliminar do planejamento da atividade*, quando o proponente do projeto manifesta sua vontade de realizar o empreendimento e procura o Poder Público, para obter diretrizes e instruções adicionais, sendo o caso, e a respectiva Licença Prévia (...);

"b) a segunda fase é a das *atividades técnicas* da equipe multidisciplinar, quando se realiza o estudo de impacto ambiental propriamente dito, sendo, pois, a fase nuclear do procedimento, que se desenvolve em diversos passos;

"c) a terceira fase é a da elaboração do relatório de impacto ambiental - RIMA, que traduz o resultado das atividades técnicas, a dizer, do estudo de impacto ambiental;

d) a quarta fase é a da *apreciação do órgão competente*, que julgará da viabilidade ambiental do projeto ou de alternativas

---

<sup>12</sup> Os estudos de impacto ambiental são exigidos, ainda, para as atividades listadas nas Resoluções/Conama/n.º(s) 006/87, 010/87, 005/88, 009/90 e 013/90

propostas, concluindo por aprová-lo com a outorga da *Licença de Instalação*, facultando o início da implantação da obra ou atividade, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado (...);

e) a quinta fase já não é de elaboração do estudo de impacto ambiental, mas de sua execução e aplicação, a partir da *Licença de Operação*, possibilitando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação, seguindo-se a execução do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos elaborado na fase das atividades técnicas” (destacamos) <sup>13</sup>

## 8. Diretrizes do estudo de impacto

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81), obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

a) contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

b) identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados na fase de implantação e operação da atividade;

c) definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, <sup>14</sup> considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

---

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 201-2.

<sup>14</sup> Conforme anota Paulo Affonso Leme Machado em sua obra *Direito ambiental brasileiro*, “a definição da área geográfica a ser estudada não fica ao arbítrio do órgão público ambiental, do proponente do projeto ou da equipe multidisciplinar. A possibilidade de se registrar em impactos significativos é que vai delimitar a área chamada de influência do projeto. A Resolução (art. 5.º, III, da Resolução 001/86 - CONAMA), contudo, apontou uma referência geográfica inarredável do estudo: a bacia hidrográfica na qual se situará o projeto”. (P. 136-7).

d) considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.<sup>15</sup>

## **9. Atividades técnicas mínimas a serem desenvolvidas no estudo de impacto**

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:<sup>16</sup>

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise do recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico: o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais: a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico: o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos,

<sup>15</sup> Segundo disposição do art. 5.º da Resolução/Conama/n.º 001/86.

<sup>16</sup> Conforme art. 6.º da Resolução/Conama/n.º 001/86 c/c art. 22 do Decreto Estadual n.º 10.028/87.

temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

“No balanceamento dos interesses em jogo na elaboração do projeto, serão identificados os prejuízos e as vantagens que advirão para os diversos segmentos sociais. Por exemplo: o número e a qualidade de empregos a serem criados pelo empreendimento, a distância do projeto da zona de residência dos empregados, a necessidade de migração e/ou imigração para a mão-de-obra a ser empregada, as condições de sanidade profissional na atividade, a probabilidade de maior ou menor ocorrência de acidentes de trabalho, a possibilidade de utilização de deficientes físicos na atividade, o emprego de reeducandos egressos de penitenciárias, e, quando o projeto for de grande porte, sua influência na distribuição de renda, considerada a região e o próprio país”.<sup>17</sup>

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

Paulo Affonso Leme Machado leciona que “entre as ‘medidas mitigadoras’ previstas no art. 6º, III e art. 9º, VI da Resolução 001/86 compreende-se, também, a compensação do dano ambiental provável. A compensação é uma forma de indenização. Mesmo que a compensação não fosse prevista no estudo de impacto ambiental, ela é devida pelo princípio da responsabilidade objetiva ambiental (art. 14, § 1º, da Lei n.º 6.938/81)”. Cita ainda a seguinte crítica do Prof. Michel Prieur: “A idéia de ‘compensar’ as conseqüências prejudiciais é interessante, mas perigosa. A compensação pode ser técnica ou financeira. Pode ser a instalação de uma cortina de árvores para esconder uma fábrica e atenuar o atentado à paisagem, o financiamento de uma represa, de um criadouro de peixes, de uma reserva natural para compensar a destruição de um espaço frágil ecologicamente. Há então uma espécie de comércio, que consiste em oferecer às populações concernentes uma contrapartida, que fará

<sup>17</sup> Paulo Affonso Leme Machado, *op. cit.*, p. 146.

psicologicamente aceitar o projeto. É nisto que a compensação é perigosa. A proteção do ambiente aí raramente encontra seu valor e o procedimento passa a ser mais um meio de comprar o direito de poluir ou destruir um ecossistema. Dessa forma, poder-se-á justificar qualquer projeto, mesmo aquele que mais destrua o meio natural, porque será sempre possível compensar noutro lugar ou de outra maneira.”<sup>18</sup>

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

O órgão ambiental licenciador, ao determinar a execução do Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA, identificará o grau de desequilíbrio ecológico ou poluição e definirá o nível de complexidade do estudo fornecendo as instruções que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.<sup>19</sup>

## 10. A equipe multidisciplinar

Segundo Paulo Affonso Leme Machado que “a concepção de equipe multidisciplinar pela Resolução 001/86-CONAMA situa o Brasil num outro estudo de impacto ambiental, nisto se diferenciando de dois sistemas - o americano e o europeu. No sistema americano, a responsabilidade de fazer o estudo é da administração pública, isto é, da agência federal ou estadual conforme for o caso. No sistema europeu, é o proponente do projeto o responsável pela execução do estudo”.<sup>20</sup>

No Brasil o Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelos resultados apresentados.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 144-5.

<sup>19</sup> V. parágrafo único do art. 22 do Decreto Estadual n.º 10.028/87.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 148.

<sup>21</sup> Art. 7.º da Resolução/Conama/n.º 001/86 c/c art. 23 do Decreto Estadual n.º 10.028/87.

"A exigência de independência da equipe técnica com relação ao empreendedor tem sido apontada como aspecto contraditório da legislação, uma vez que a mesma é escolhida e paga por ele." <sup>22</sup>

Por determinação do art. 17 da Lei n.º 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) os componentes da equipe multidisciplinar, sejam pessoas físicas ou jurídicas, devem estar devidamente registrados no Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental, gerido pelo IBAMA. Todavia, nada impede que órgãos estaduais de meio ambiente possuam seu próprio cadastro.

A Resolução/Conama/n.º 001, de 16 de março de 1988, estabeleceu critérios e procedimentos básicos para a implementação do Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental, que tem por objetivo proceder ao registro, com caráter obrigatório, de pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem à prestação de serviços e consultoria sobre problemas ecológicos ou ambientais, bem como à elaboração de projetos, fabricação, comercialização, instalação ou manutenção de equipamentos, aparelhos e instrumentos destinados ao controle de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 1º).

## **11. Conteúdo mínimo do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA**

O Relatório de Impacto Ambiental - RIMA refletirá as conclusões do Estudo de Impacto Ambiental - EPIA e conterá no mínimo:

a) os objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais;

b) a descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada um deles,

---

<sup>22</sup> Miriam Laila Absy et. ali coordenadores, *Avaliação de Impacto Ambiental: agentes sociais, procedimentos e ferramentas*, Ibama, p. 63.

nas fases de construção e operação, a área de influência, as matérias primas e mão-de-obra, as fontes de energia, os processos e técnicas operacionais, os prováveis efluentes, emissões, resíduos e perdas de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados;

c) a síntese dos resultados dos estudos de diagnóstico ambiental da área de influência do projeto;

d) a descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos, indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação;

e) a caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como hipoteca de sua não realização;

f) a descrição do efeito esperado nas medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderem ser evitados, e o grau de alteração esperado;

g) o programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos;

h) recomendação quanto à alternativa mais favorável.<sup>23</sup>

## 12. Apresentação do relatório de impacto

Deve ser apresentado de forma objetiva e adequada à sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as conseqüências ambientais de sua implementação.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> V. art. 9.º da Resolução/Conama/n.º 001/96 c/c art. 25 do Decreto Estadual n.º 10.028/87 . Miriam Laila Absy et. ali coordenadores, Avaliação de Impacto Ambiental: agentes sociais, procedimentos e ferramentas, Ibama, p. 63.

V. art. 9.º da Resolução/Conama 7.

<sup>24</sup> V. art. 9.º, parágrafo único, da Resolução/Conama/n.º 001/96 c/c art. 25, parágrafo único, do Decreto Estadual n.º 10.028.

### **13. Publicidade do estudo e do relatório de impacto - EPIA/RIMA**

Cabe ao empreendedor publicar no Diário Oficial do Estado (DOE) e em um periódico de grande circulação, a notícia da solicitação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EIA, o prazo para sua apresentação e entrega do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, para comentários.<sup>25</sup>

Merecem destaque o disposto no § 2º do art. 11 da Resolução/Conama/n.º 001/86 e no § 1º do art. 10 da Lei n.º 6.938/81. Por imposição daquela ao determinar a execução do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e apresentação do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, o órgão estadual competente ou o IBAMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados. Por determinação desta os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

A Resolução/Conama/n.º 006, de 24 de janeiro de 1986, publicada no D.O.U. de 17/2/86, cuidou de aprovar os modelos de publicação de pedidos de licenciamento em quaisquer de suas modalidades, sua renovação e a respectiva concessão, bem como os novos modelos para publicação de licenças.

Vale ressaltar, respeitado o sigilo industrial o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA será acessível ao público e aos órgãos ou entidades interessadas que terão à sua disposição, nos centros de documentação ou bibliotecas, exemplares dos mesmos para consulta.

“O público pode acompanhar o desenrolar do estudo de impacto ambiental, desde que não pretenda ter acesso a matérias protegidas pelo segredo industrial e mercantil ou que não perturbe a atuação da equipe. (...)”

<sup>25</sup> V. art. 27 do Decreto Estadual n.º 10.028/87.

O segredo industrial é protegido conforme a legislação existente no país. O acesso ao RIMA não foge à norma geral do segredo industrial e comercial. Há três momentos que se entrecruzam na observância do segredo nos documentos existentes no RIMA: 'a invocação do segredo, a demonstração de que há a proteção da matéria pelo segredo industrial e a verificação pela Administração pública ambiental de que a matéria está protegida pelo segredo, com sua decisão de retirar a matéria do acesso ao público'. Invocar e demonstrar a ocorrência do segredo são ônus do requerente do licenciamento.<sup>26</sup>

Ressalta-se, por fim, que os órgãos públicos que manifestarem interesse, ou tiverem relação direta com o projeto, receberão cópia do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, para conhecimento e manifestação.<sup>27</sup>

#### 14. Audiência pública<sup>28</sup>

A *Audiência Pública* é o instrumento formal da participação popular no processo de licenciamento ambiental, nele compreendido a Avaliação de Impacto Ambiental - AIA que foi instituída inicialmente pela Lei n.º 6.803/80 e inserida como instrumento da política nacional do meio ambiente pelo inciso III da Lei n.º 6.938/81.

Regulada pela Resolução/Conama/n.º 009/87 e prevista para realizar-se após a execução do Estudo de Impacto Ambiental - EIA — como vimos necessariamente prévio por imposição da nova ordem constitucional — e de seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, tem por finalidade expor a opinião pública sobre a implantação de determinada atividade e/ou empreendimento potencialmente causador de significativo impacto ambiental, apresentando o conteúdo do produto em análise, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito.

<sup>26</sup> Paulo Affonso Leme Machado, *op. cit.*, p. 152-3 e 158.

<sup>27</sup> V. art. 11 da Resolução/Conama/n.º 001/96 e art. 26 do Decreto Estadual n.º 10.028/87.

<sup>28</sup> V. Resolução/Conama/n.º 009/87.

Além do próprio órgão ambiental, que poderá promovê-la sempre que julgar necessário, poderão solicitá-la qualquer entidade civil, o Ministério Público, ou, no mínimo, cinquenta cidadãos.

É mister destacar que a solicitação apresentada pelos legitimados vincula o órgão ambiental ao ponto da licença concedida não ter qualquer validade, caso a audiência regularmente requerida não se realize.

O órgão de meio ambiente tem papel vital nesse processo de participação popular. A partir da data do recebimento do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, fixa em edital e anuncia pela imprensa local a abertura do prazo, que será no mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias, para os interessados solicitarem a sua realização, devendo necessariamente realizar-se em local acessível aos interessados e dependendo da localização geográfica dos solicitantes e da complexidade do assunto, poderá desdobra-se em quantas sejam necessárias.

Na *Audiência Pública*, dirigida pelo representante do órgão ambiental que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, abrirá as discussões com os interessados presentes, deverão necessariamente se manifestar o empreendedor e o coordenador da equipe multidisciplinar responsável pela elaboração do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA. Saliente-se que todos os presentes que manifestarem interesse em fazer uso da palavra lhes serão assegurada a livre manifestação.

Ao final de cada *Audiência Pública* será lavrada uma ata sucinta e a ela serão anexados todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente dos trabalhos durante a sessão, que servirão de base, juntamente com o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, para a análise e parecer final do órgão ambiental licenciador quanto a aprovação ou não do projeto.

## 15. O empreendedor e a equipe multidisciplinar

O empreendedor "na qualidade de proponente da atividade modificadora do meio ambiente, geralmente, expõe na Audiência Pública a concepção original da ação proposta, destacando os benefícios sociais do projeto", devendo ainda "explicitar como a dimensão ambiental (nos seus aspectos econômico, social, ecológico, etc.), está incorporada na sua concepção, ressaltando:

- a. as soluções técnicas empregadas para prevenir e/ou controlar os efeitos ambientais esperados;
- b. o montante dos recursos financeiros disponíveis e as tecnologias adotadas para a mitigação dos impactos." <sup>29</sup>

A equipe multidisciplinar, responsável pelos resultados apresentados no Estudo de Impacto Ambiental - EIA deve, "na Audiência Pública, expor esses resultados e discutir com os agentes sociais e institucionais envolvidos os caminhos possíveis para a implementação dos Programas de Acompanhamento e Monitoramento dos Impactos, a serem apresentados nos Estudos Ambientais", justificando "os procedimentos metodológicos adotados na realização do Estudo Ambiental, deixando claro e transparente o caminho seguido para se chegar as conclusões do estudo, às proposições de medidas mitigadoras e sobre a exequibilidade do plano de monitoramento." <sup>30</sup>

## 16. Outros estudos: PCA, RCA e PRADE

### 16.1 Plano de Controle Ambiental - PCA

O Plano de Controle Ambiental - PCA, é exigido para a concessão de Licença de Instalação - LI de atividade de extração mineral de todas as classes previstas no Decreto-Lei 227/67, devendo conter os projetos executivos de minimização dos impactos ambientais avaliados através do EIA/RIMA na fase da Licença Prévia - LP (Resolução/Conama/n.º 009/90)

<sup>29</sup> Miriam Laila Absy et. ali coordenadores, *Avaliação de Impactos Ambientais: agentes sociais, procedimentos e ferramentas*, p. 102.

<sup>30</sup> Miriam Laila Absy e outros coordenadores, *op. cit.*, 102.

## 16.2 Relatório de Controle Ambiental - RCA

No caso específico da extração mineral Classe II, existe a possibilidade de substituição do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA pelo Relatório de Controle Ambiental - RCA, a critério do órgão ambiental competente, que levará em consideração a natureza, localização, porte e demais peculiaridades da atividade e/ou empreendimento. O Relatório de Controle Ambiental - RCA será elaborado de acordo com as diretrizes a serem estabelecidas pelo órgão ambiental. (Resolução/Conama/n.º 010/90, art. 3º)

## 16.3 Plano de Recuperação de Áreas Degradadas - PRADE

O Plano de Recuperação de Áreas Degradadas - PRADE, tem sido utilizado para recomposição de áreas degradadas pelas atividades de mineração e deve ser elaborado de acordo com as diretrizes fixadas pela NBR-13030, da Associação Brasileira de Normas Técnicas, e por outras normas pertinentes.<sup>31</sup>

## 17. Bibliografia

Na bibliografia incluímos trabalhos não citados no texto, mas de interesse do leitor

ABSY, Miriam Laila *et. ali.* *Avaliação de impacto ambiental: agentes sociais, procedimentos.* Brasília, IBAMA, 1995, 132 p.

ALMEIDA, Ribeiro de (Coord.). *Planejamento ambiental: caminho para participação popular e gestão ambiental para nosso futuro comum: uma necessidade, um desafio.* Rio de Janeiro, Thex Ed.: Biblioteca Estácio de Sá, 1993, 154 p.

AMBIENTE, Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente. *Vocabulário básico de meio ambiente.* Rio de Janeiro, Petrobras, Serviço de Comunicação Social, 1992.

<sup>31</sup> Miriam Laila Absy e outros coordenadores, *op. cit.*, p. 62.

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro, 2ª ed., 1982, 399 p.
- BENJAMIM, Antônio Herman V., coordenador, *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, 470 p.
- CONAMA. *Resoluções do CONAMA*. 4ª ed., Brasília, IBAMA, 1992, 245 p.
- CRETELLA JR., José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1993, 640 p.
- FIORILLO, Ceso Antônio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, 285 p.
- LOPES, Ignez Vidigal. *Gestão ambiental no Brasil: experiência e sucesso*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1996, 377 p.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1992, 606 p.
- Manual de avaliação de impacto ambientais, Coordenador Peno Ari Juchem, 2ª edição, Curitiba, 1993.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo, revista dos Tribunais, 1994, 407 p.
- MEIO AMBIENTE: legislação / pesquisa e índice: José Vicente dos Santos; atualização: Alcides José Kronenberger e Stalin Grego Venet. 2ª ed. atual. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1991, 882 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1994, 702 p.

- MILARÉ, Édis & BENJAMIM, Antônio Herman V. *Estudo prévio de impacto ambiental*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, 245 p. MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1994, 191 p.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1994, 191 p..
- SAMPAIO, Francisco José Marques. *Meio ambiente no direito brasileiro atual*. Curitiba, Juruá, 1993, 99 p.
- SANTOS, José Vicente *et. ali*. *Meio ambiente: legislação*. Brasília, Senado Federal, 1991, 882 p.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1993, 4.v.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- SOUZA, Marcelo Gomes. *Direito minerário e meio ambiente*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, 181 p.
- TAUK-TORNISIELO, Sâmia Maria. *Análise ambiental: estratégias e ações*. Fundação Salim Farah Maluf, Rio Claro, São Paulo, UNESP, 1995, 381 p.
- TOMMASI, Luiz Roberto. *Estudo de Impacto Ambiental*. São Paulo, CETESB, 1993, 355 p.

## GUERRA FISCAL ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS

JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS  
Procurador do Estado  
Representante Fiscal no CRF/AM

Nos últimos anos temos notado que governos estaduais e municipais vêm travando uma verdadeira batalha pela atração de investimentos, principalmente estrangeiros. A justificativa para esta verdadeira guerra civil silenciosa, é sempre a 'geração de empregos', em nome do desenvolvimento regional.

O que chamamos hoje de 'guerra fiscal', é na verdade uma **anarquia** fiscal, que se vem instalando em determinadas regiões, cujos governos vem fazendo uma verdadeira farra com isenção fiscal, créditos subsidiados, doações de recursos e outras benesses, que são indiscriminadamente concedidas sem a devida observância dos preceitos legais que regem a concessão de tais incentivos.

Tentaremos resumir neste trabalho, o que vem a ser a chamada guerra fiscal, quais os motivos do seu surgimento, o custo desta guerra para os estados e municípios que a promovem, quem está ganhando com ela, quem está perdendo e o que fazer para por fim a esta batalha antes de que todos saiam derrotados.

Na verdade, se analisarmos a história dos incentivos fiscais e as diversas formas de sua concessão, vamos encontrar esta prática, desde a Idade Média.

Na obra coordenada por Antônio Sampaio Dória, "Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento", que contou com a participação de renomeados tributaristas, encontramos a seguinte afirmação :

"... NA IDADE MÉDIA, AMPLOS PRIVILÉGIOS FISCAIS ERAM CONCEDIDOS, AO CLERO E ÀS

CLASSES NOBRES, NO ESTADO FEUDAL, SENDO QUE A CONCESSÃO DE FAVORES A ESSES GRUPOS, ESTAVAM EM PERFEITA HARMONIA COM A ESTRUTURA SOCIAL E ECONÔMICA, COMO TAMBÉM COM A MENTALIDADE VIGENTE NAQUELA ÉPOCA.” (Dória Sampaio, in Princípios Constitucionais Tributários, revt. dos Tribunais, 1964, p.55)

**A Revolução Francesa** pôs fim às prerrogativas de classes e trouxe para o universo jurídico, como um dos seus efeitos mais marcantes, a **generalidade dos impostos**. Portanto, no moderno estado de direito, não há mais lugar para favores fiscais, que um ditador poderia conceder a seus amigos e partidários.

Temos então que, no democrático Estado de Direito que surgiu justamente para frear o arbítrio, o abuso e a irresponsabilidade **das monarquias absolutistas, e que consagrou o postulado de que todos são iguais perante os tributos**, infere-se que as isenções fiscais, somente devem ser concedidas quando motivadas por interesse coletivo, sem violar o princípio Constitucional da Legalidade e da Isonomia.

Mais recentemente, **no início dos anos setenta**, quando se deu a instalação no país da indústria automobilística, a maioria atraída por São Paulo, aconteceu, também, uma batalha tributária, que poderia ter se transformado numa autêntica Guerra Fiscal, caso medidas urgentes não fossem tomadas àquela época. Porém, **com a implantação do IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - ICM - e as regras da Lei Complementar n.º 24**, houve um desencorajamento desta prática, porque foram colocados limites para a concessão de incentivos com base no ICM.

A Lei Complementar n.º 24, de 7 de janeiro de 1975, estabelece que:

“ART. 1º - AS ISENÇÕES DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS SERÃO CONCEDIDAS OU REVOGADAS NOS TERMOS DE CONVÊNIO CELEBRADOS E RATIFICADOS PELOS

ESTADOS E PELO DISTRITO FEDERAL,  
SEGUNDO ESTA LEI.

PARÁGRAFO ÚNICO - O DISPOSTO NESTE  
ARTIGO TAMBÉM SE APLICA:

- I - À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO;
- II - À DEVOLUÇÃO TOTAL OU PARCIAL, DIRETA  
OU INDIRETA, CONDICIONADA OU NÃO, DO  
TRIBUTO, AO CONTRIBUINTE, A  
RESPONSÁVEL OU A TERCEIROS;
- III - À CONCESSÃO DE CRÉDITOS  
PRESUMIDOS;
- IV - A QUAISQUER OUTROS INCENTIVOS OU  
FAVORES FISCAIS OU FINANCEIROS FISCAIS,  
CONCEDIDOS COM BASE NO IMPOSTO DE  
CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, DOS QUAIS  
RESULTE REDUÇÃO OU ELIMINAÇÃO DIRETA  
OU INDIRETA, DO RESPECTIVO ÔNUS;
- V - ÀS PRORROGAÇÕES E ÀS EXTENSÕES DE  
ISENÇÕES VIGENTES NESTA DATA."

**Celso Ribeiro Bastos**, comentando o citado artigo,  
ensina que:

"O PROPÓSITO DESSE DISPOSITIVO É EVITAR  
A CHAMADA **GUERRA TRIBUTÁRIA**. A  
OUTORGA DE ISENÇÕES DO IMPOSTO SOBRE  
OPERAÇÕES RELATIVAS A CIRCULAÇÃO DE  
MERCADORIAS, DESDE QUE FEITAS  
UNILATERALMENTE PELOS ESTADOS, SE  
PRESTA A QUE SE INSTAURE ENTRE ELES  
UMA LUTA CONSISTENTE NOS OBJETIVOS  
ENTRE SI CONFLITANTES DE CADA UM DOS  
ESTADOS GANHAR PARCELA DO MERCADO  
DOS OUTROS MEDIANTE A LIBERAÇÃO DESSE  
IMPOSTO" ( LEI COMPLEMENTAR - TEORIA E  
COMENTÁRIOS, SARAIVA, 1985, p. 87)

Com o advento da **Constituição de 1988**, aumentou-se a autonomia dos Estados, e a lei complementar que deveria regular o ICMS, demorou oito anos para ser aprovada, e neste período, ficou valendo as regras da Lei Complementar 24, mas, na prática o que aconteceu foi que **os limites para a concessão de incentivos não foram respeitados pelos entes tributantes,**

**generalizando-se** a desobediência às normas constitucionais e regulamentares. Os Estados passaram a utilizar a imaginação para conceder incentivos ao arrepio da lei, contornando a legislação através de artifícios. Para tanto, **ao invés de dar isenção, que era proibido pela lei complementar nº 24, passaram a financiar o pagamento do imposto por um prazo bastante dilatado, o que, com a inflação alta, à época, era o mesmo que não cobrar nada.**

A Constituição de 1988, em seu **artigo 155**, estabelece que compete à lei complementar **“regular a forma como, mediante deliberação dos estados e do distrito federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”** Como vemos o atual dispositivo estende a deliberação, além das isenções, para outras formas de estímulo, com o que os benefícios e incentivos fiscais passam a ser também de competência da deliberação conjunta, recepcionando desta forma o que estabelecia a lei complementar nº 24, que ao tentar corrigir uma insuficiência do texto constitucional anterior, alargou-o, sendo por isto combatida como inconstitucional, por renomeados tributaristas.

Com a edição da **Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, na qual se depositava a esperança** de que todas as questões relativas ao ICMS seriam resolvidas, certamente muitos ficaram decepcionados, e particularmente, em relação à concessão de incentivos fiscais, nada foi acrescentado, sendo que os artigos que tratavam da matéria foram vetados pelo Presidente da República, permanecendo, então, as regras da Lei Complementar n.º 24/75.

Poderíamos afirmar, todavia, que **não é por falta de dispositivo legal que prolifera a guerra fiscal.** Pelo contrário, se fossem obedecidos os ditames da legislação, certamente não teríamos este tema para discutir. Os limites legislativos existem, o que está **faltando são os limites éticos para a distribuição de incentivos.**

Nesta guerra travada entre estados e municípios, as vitórias, às vezes tem um custo social muito elevado. Ganha-se

quem oferece mais. É um verdadeiro campeonato do quem dá mais, financiado pelo dinheiro público. No início da peleja, **a guerra fiscal se limitava a redução de alíquotas de alguns produtos.** Hoje oferecer isenções, terrenos, infra-estrutura, facilidades de transportes, luz e água subsidiadas, financiamento do imposto e tudo o mais que possa atrair investidores ávidos por lucro, tornou-se rotina e parece normal à disputa.

Vejamos alguns exemplos concretos na briga pela atração de investimentos.

**No Estado do Paraná** sabemos que o governo do estado está concedendo à montadora francesa RENAULT, cerca de **400 milhões de reais** em incentivos. Embora não se possa afirmar como se dará efetivamente esta participação do estado, uma vez que estas negociatas são mantidas em sigilo, revela o jornal Folha de São Paulo, que o Estado entrará como sócio do empreendimento de cerca de 1 bilhão de reais, detendo a participação de 40% da fábrica. além deste 'apoio', a RENAULT receberá ainda uma série de outras vantagens adicionais, como:

**O terreno onde irá instalar todo o complexo industrial;**

**Terraplanagem do terreno;**

Subestação de energia elétrica, com um desconto de 30% para os gastos com energia;

Água de graça;

**Dilação de 48 meses no prazo para recolhimento do ICMS, etc....;**

Além da RENAULT, o Estado do Paraná concedeu vantagens semelhantes à AUDI e a CHRYSLER. Calcula-se que o dispêndio feito pelo governo para atrair as três montadoras seja **superior a um bilhão de reais.** Não se tem dados mais concretos, porque o governo do estado, alegando sigilo bancário recusa-se a divulgar o protocolo assinado com as montadoras, fato este

que já chegou até a impedir a votação de um pedido de autorização para financiamento externo, no Congresso Nacional.

Temos, também o exemplo do **Espírito Santo**, que reduziu as alíquotas do ICMS para as importações realizadas em seu território, o que acarretou transtorno e queda na arrecadação de outros estados.

Do **Rio Grande do Sul** vem a notícia de que o estado colocou à disposição da GENERAL MOTORS-GM, nada menos **que 335 milhões de reais, (duas vezes o total dos investimentos do estado em 1996), valor este que pode chegar** a cerca de 500 milhões se computadas todas as regalias oferecidas. Diz um deputado daquele estado que não é a GM que vai investir 600 milhões no Estado; é o governo gaúcho que vai destinar cerca de 500 milhões para financiar a GM. Afirma ainda o Deputado Flavio Koutzii, que a guerra fiscal no Rio Grande do Sul vem ultrapassando todos os limites éticos, com medidas inovadoras do governo, onde cria um fundo para financiar a instalação da GM, com recursos públicos obtidos com a privatização de duas estatais. Outro projeto estabelece que o governo vai usar recursos orçamentários para o capital de giro da montadora, **que terá 22 anos para pagar esse 'empréstimo'**.

Todos lembramos do verdadeiro leilão de ofertas promovido por São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, na disputa pela instalação da fábrica de caminhões da Volkswagen, batalha vencida pelo Rio de Janeiro, que certamente ofereceu mais.

A guerra fiscal também atinge a **Municípios**. Não é somente nos Estados em relação ao ICMS que se vê tal prática. Municípios também estão aderindo. Como exemplo temos a cidade de **Barueri, no Estado de São Paulo**. Localizada a 25 quilômetros da capital paulista, Barueri virou um imã para atrair empresas e um incômodo para municípios vizinhos. Desde que adotou a política de cobrar alíquotas quase simbólicas em seus impostos municipais, a cidade de 145 mil habitantes vem atraindo firmas da grande São Paulo ao ritmo alucinante de uma a cada oito horas. Para isso bastou que a cidade entrasse numa guerra

fiscal com São Paulo reduzindo a alíquota do imposto sobre serviços, ISS, primeiro de 3% para 1%, e agora, mais ainda para 0,5%. Como em São Paulo cobra-se uma alíquota de até 5%, muitas empresas resolveram simplesmente aterrizar no novo paraíso fiscal. Estatísticas revelam que das 5.500 empresas que Barueri atraiu, menos da metade se instalou realmente no município, a maioria só se mudaram de 'mentirinha'. Elas montam um pequeno escritório na cidade, suficiente para garantir um registro legal a passar a usufruir das facilidades fiscais do município. Dizem que se todos os empregados das empresas que têm sede no município realmente fossem trabalhar, faltaria até mesmo ar para respirarem.

Pelo tamanho, Barueri é um caso único no país, mas há outros paraísos menores como **Sete Lagoas em Minas Gerais**, **Jaboatão nas cercanias do Recife** dentre outros que ainda não se destacaram. Os motivos para a criação desses paraísos são sempre os mesmos. Os municípios que dão facilidades fiscais ganham arrecadação, os que estão em volta perdem. Seria uma violência tentar impedir que os municípios estipulem as alíquotas de seus tributos, mas, talvez seja hora de estabelecer de maneira mais justa os critérios para recolhimento do ISS, antes que a guerra fiscal seja generalizada e todos saiam perdendo.

Guardadas as devidas proporções, podemos afirmar que os Municípios e os Estados onde vem ocorrendo com mais desenvoltura a guerra fiscal, são para o Brasil, como as Ilhas Cayman, Ilha Maurício e Luxemburgo representam para o mundo: **um paraíso fiscal**

### **Quem está ganhando com a guerra fiscal?**

Em estudo denominado "POLÍTICAS INDUSTRIAIS DESCENTRALIZADAS: AS EXPERIÊNCIAS EUROPÉIAS E AS INICIATIVAS SUBNACIONAIS NO BRASIL, os pesquisadores do IPEA, **Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada, Adriana Fernandes de Brito e Regis Bonelli**, concluíram que as montadoras de automóveis são possivelmente, as principais beneficiadas com a guerra fiscal. Os possíveis perdedores são os próprios Estados, que tem sua

arrecadação reduzida. Por conseqüência, a principal prejudicada é a população, que recebe serviços de pior qualidade nas áreas de saúde, educação e saneamento. O estudo lembra ainda que a política de atração de investimentos por meio de concessão de incentivos fiscais estaduais tem sido criticada, porque implica uma piora significativa da situação financeira dos estados.

O presidente do IPEA, Fernando Resende, ao ser indagado sobre quem ganha com a guerra fiscal, respondeu "que no momento reunimos dados, o que não é tarefa fácil. A legislação é praticamente igual para todos os Estados, mas o que diferencia um do outro é algo mais que se oferece à empresa e fica registrado em protocolos que são tratados como segredo de estado. O sigilo é tanto que fica difícil reunir todas as informações para fazer um cálculo real. O estudo que queremos fazer, diz o presidente do IPEA, é justamente analisar a relação entre o custo de se atrair um investimento e os benefícios que ele traz, tanto para a empresa quanto para a sociedade, em termos de emprego, renda e crescimento econômico. Esse cálculo não é fácil e não é rápido, e nunca poderemos dar nome aos bois, acrescenta."

Convém ressaltar que toda vez que se atrai um parque industrial significativo, junto com as **vantagens vêm os problemas. A indústria atrai pessoas** em busca de empregos, há um crescimento demográfico nas cidades e ao seu redor. Daí crescem as demandas por saúde, educação, segurança, urbanização, transporte. Se não se materializa a receita esperada com a instalação da indústria e com seus efeitos indiretos, os orçamentos locais acabam desequilibrados.

Hoje a maioria dos Estados Brasileiros estão passando por uma crise financeira, com o comprometimento de suas receitas, que são, consumida quase que totalmente com a folha de pessoal, sendo que, em alguns, a receita já não é mais suficiente nem sequer para o pagamento atualizado dos servidores.

Como exemplo, podemos citar **Alagoas**, que passa pela pior crise de sua existência. Notícias daquele estado dão conta de que, por quase nove anos, Alagoas foi um paraíso fiscal

para 30 usineiros que controlam a produção de açúcar. Esses senhores de engenho do Século XX, não só deixaram de recolher, em valores atuais, **R\$ 358.059.688,49 do ICMS devido por suas usinas**, como tiveram o privilégio de estender a isenção do imposto a outras empresas de sua propriedade. A farra lesou o Estado em cerca de **468,8 milhões** de reais em isenções fiscais, dinheiro suficiente para **pagar duas vezes as oito folhas de pagamento atrasadas do funcionalismo**, causa da greve de policiais que tumultuou Alagoas recentemente.

Preocupa-nos a corrida por investimentos à custa de incentivos e renúncias fiscais que comprometem as receitas dos Estados e Municípios. A continuar como vem sendo praticada esta política de atração de investimentos de forma indiscriminada pelos Estados, provavelmente, dentro de alguns anos, veremos quadros semelhantes ao Estado de Alagoas, cujos governos não terão receitas para arcar com despesas essenciais da administração.

Fala-se hoje que em Curitiba, que é uma **cidade modelo** para o Brasil, as notícias da instalação de três grandes montadoras, tem atraído 4 trabalhadores para cada emprego supostamente gerado. Considerando que o governo sempre anuncia um número maior de empregos do que o realmente criado, o resultado é negativo para a cidade, que já se vê ameaçada de perder sua qualidade de vida, considerada boa para os padrões brasileiros.

Falando sobre o assunto, o **Economista Norte Americano Lester Thurow**, resumiu a questão dos incentivos fiscais quando disse que "O BRASIL VEM DESPERTANDO O INTERESSE DA INDÚSTRIA AUTOMOBILÍSTICA MUNDIAL, MAS TEM ADOTADO ESTRATÉGIA TOTALMENTE ERRADA AO NEGOCIAR A ENTRADA DOS PARCEIROS INTERNACIONAIS, AFIRMANDO CATEGORICAMENTE QUE OS BRASILEIROS ESTÃO JOGANDO DINHEIRO FORA AO DAR INCENTIVOS A UMA INDÚSTRIA QUE NÃO TERIA OUTRO LUGAR PARA IR, E VIRIA PARA CÁ DE QUALQUER FORMA." CONCLUI AFIRMANDO QUE "A ESTRATÉGIA BRASILEIRA É TOLA"

A preocupação com a guerra fiscal é geral e já chegou ao **Congresso Nacional**, onde tramita uma Emenda à

Constituição de autoria do Senador baiano **Waldeck Ornelas**, cuja proposta transfere ao Senado Federal a competência para disciplinar a concessão de incentivos fiscais.

A **Proposta de Emenda** que recebeu o n.º 019/96, pretende acrescentar o inciso IV, ao parágrafo 2º, do artigo 155, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

**"IV - COMPETE AO SENADO FEDERAL, OBSERVADOS OS INCISOS II E III DO ART. 3º, DEFINIR, PARA CADA REGIÃO DO PAÍS, OS PARÂMETROS DENTRO DOS QUAIS AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PODERÃO CONCEDER ISENÇÃO, ANISTIA, REMISSÃO, MORATÓRIA, CRÉDITO PRESUMIDO, REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO, DEVOLUÇÃO DO TRIBUTO, FINANCIAMENTO OU PARCELAMENTO DE DÉBITOS FISCAIS, AMPLIAÇÃO DO PRAZO DE RECOLHIMENTO, BEM COMO QUALQUER OUTRA ESPÉCIE DE SUBSÍDIO, BENEFÍCIO, OU INCENTIVO FISCAL, DA QUAL RESULTE ELIMINAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DO RESPECTIVO ÔNUS, CONCEDIDOS DIRETAMENTE OU ATRAVÉS DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO."**

O artigo 2º da Emenda mencionada, altera a redação do § 6º, do artigo 150, para:

**"§ 6º- QUALQUER SUBSÍDIO OU ISENÇÃO, REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO, CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO, ANISTIA OU REMISSÃO, RELATIVOS A IMPOSTOS, TAXAS OU CONTRIBUIÇÕES, SÓ PODERÁ SER CONCEDIDO MEDIANTE LEI ESPECÍFICA, FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL, QUE REGULE EXCLUSIVAMENTE AS MATÉRIAS ACIMA ENUMERADAS OU CORRESPONDENTE TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO."**

Na justificativa para sua emenda, o Senador Ornelas não poupa o Conselho Nacional de Política Fazendária-CONFAZ, ao afirmar categoricamente ser ele um "resquício indesejável do

período autoritário, quando o executivo arrogava a si as atribuições dos outros poderes, o **CONFAZ**, órgão bem conhecido por todos, representa, hoje, como órgão legiferante, excrescência incompreensível dentro do processo legislativo tributário. O sistema de tomada de decisões do CONFAZ é mais um grave problema que depõe contra o órgão no que concerne ao ICMS. O enorme poder que possui cada um dos participantes de, por um único voto, ainda que injustificado, vetar qualquer decisão do colegiado é empecilho que não se coaduna com as regras democráticas. O direito de vistas, por seu turno, propicia aos participantes a artimanha de protelar indefinidamente as tomadas de decisões. Mas o ponto mais grave da questão é outro, diz o Senador: com o recrudescimento da 'guerra fiscal' entre os Estados e Municípios que estamos a presenciar, as normas legais que regulam a concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS não estão sendo respeitadas. **Não se respeita a Lei Complementar n.º 24, de 1975, nem mesmo se respeita a Constituição.** Embora ambas determinem que, os favores fiscais do ICMS só podem resultar de convênios aprovados no âmbito do CONFAZ e ratificados por todas as Unidades da Federação, muitos Estados encontram maneiras simples de burlar a determinação, exonerando indiretamente os interessados em investir em seus territórios de quase todo o ICMS que deveriam pagar.

Embora louvável a iniciativa do Senador Ornelas, devemos ter em mente que somente o dispositivo legal, mesmo sendo Constitucional, de nada adiantará se não houver limites éticos para a aplicação da lei.

Sem sombra de dúvidas, podemos concluir que a Guerra Fiscal, da forma como vem sendo praticada por Estados e Municípios, representa um grande malefício para os próprios praticantes e uma grande ameaça para os que ficam de fora, para Estados que investiram em infra-estrutura, e principalmente para a Zona Franca de Manaus, que é o único polo de desenvolvimento regional que possui autorização constitucional para conceder incentivos. Ora, se investimentos que normalmente seriam destinados à Zona Franca de Manaus, são atraídos para

outras regiões, através de artifícios, verdadeiramente, alguma coisa precisa ser feita, urgentemente, para que seja restabelecida a ordem, em respeito ao princípio da segurança jurídica que merecem os investidores. Não seria bom, nem para o Brasil nem para o Amazonas, que o nosso Estado também aderisse à famigerada guerra fiscal, e passasse a oferecer outras vantagens além das que já existem regularmente e legalmente no âmbito da Zona Franca de Manaus.

Portanto, esses governos oferecem benefícios que, em última análise dependem de recursos alheios. Afinal, abrindo mão de receitas e impostos alguns governadores e prefeitos acabam fragilizando ainda mais as finanças públicas. Oferecem benefícios locais que no atual contexto de déficit e endividamento da maioria dos executivos, só aumentam sua dependência do tesouro nacional. Para muitos entusiastas dessa guerra fiscal, os críticos não passariam de paulistas ressentidos com a desindustrialização do Estado. O argumento é falacioso. Não é a utilização em si mesma de políticas de atração que se pretende criticar, mas o seu abuso e, sobretudo, os riscos de piora geral na saúde das finanças públicas do país.

O fato é que a guerra de todos contra todos onera cada vez mais a sociedade como um todo, pois os impostos de menos acabam se transformando em buracos a cobrir, em geral, pelo governo federal. Os investimentos estrangeiros estão voltando por razões estruturais, como o sucesso da estabilização. **A diferenciação regional é necessária e aceitável quando praticada dentro dos limites legais e éticos, mas, por meios irracionais, as vítimas serão todos os contribuintes brasileiros, sem distinção.**

**LEGISLAÇÃO**

**LEI n.º 2.350, DE 18 DE OUTUBRO DE 1995.**

**DISPÕE** sobre a Cobrança Extrajudicial da Dívida Tributária do Estado 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** - A dívida tributária do Estado, uma vez inscrita, poderá ser cobrada extrajudicialmente, observado o disposto nesta Lei.

**Art. 2º** - Inscrita a dívida no setor competente da Secretaria da Fazenda, a Procuradoria Geral do Estado, antes de ajuizar a Ação cabível, intimará o devedor, no prazo máximo de cinco dias, para pagamento do débito acrescido dos encargos legais correspondentes, inclusive verba honorária não superior a 10% (dez por cento) do montante, na forma do que dispõe o art. 22 da Lei Federal n.º 8.906, de 04 de julho de 1994 e obedecido o art. 15 da Lei n.º 1.807, de 23 de novembro de 1987.

**Parágrafo Único** - Não atendendo o devedor à intimação, a Procuradoria Geral do Estado ajuizará a execução do prazo máximo de três dias úteis.

**Art. 3º** - Por proposta do devedor, o débito para com a Fazenda Pública cobrado extrajudicialmente poderá ser parcelado, mediante garantia e acrescido dos encargos de que trata o artigo anterior.

§ 1º - O pedido do parcelamento será examinado pelo Procurador do Estado que houver determinado a intimação e, consultados o interesse e a conveniência do Erário, autorizado conjuntamente:

I - pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal e pelo Coordenador de Arrecadação da SEFAZ, quando o valor do débito consolidado corresponder a menos de 50.000 (cinquenta mil) UFIRs;

II - pelo Procurador do Estado e pelo Secretário de Estado da Fazenda, nos demais casos.

§ 2º - Autorizado o parcelamento, a Procuradoria Geral do Estado lavrará o termo próprio, com as garantias legais competentes, mediante a prova do recolhimento, pelo devedor, da primeira parcela da avença, observando o limite mínimo fixado em Regulamento.

§ 3º - As medidas de que tratam os parágrafos anteriores não poderão ultrapassar o prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação do devedor.

**Art. 4º** - O devedor poderá apresentar como garantia:

I - bens de sua propriedade ou oferecidos por terceiros e aceitos pela autoridade competente;

II - fiança bancária;

III - outro tipo de fiança, desde que o fiador comprove possuir bens suficientes.

**Parágrafo Único** - As garantias deverão, em conjunto ou separadamente, cobrir o valor do débito consolidado.

**Art. 5º** - O inadimplemento relativo a qualquer das parcelas pactuadas autoriza a cobrança judicial do débito superveniente, independentemente de nova intimação do devedor.

**Art. 6º** - Fica extinto um dos cargos remanescentes de Procurador da Fazenda Estadual e transformados os outros quatro em Procurador do Estado de 3ª classe.

**Parágrafo Único** - Será automaticamente extinto quando vagar o cargo de Procurador da Fazenda Estadual atualmente provido.

**Art. 7º** - O poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei no prazo de trinta dias.

**Art. 8º** - Revogadas as disposições em contrário, esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

**GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO  
AMAZONAS**, em Manaus, 18 de outubro de 1995.

**AMAZONINO ARMANDO MENDES**  
*Governador do Estado*

**RESOLUÇÃO N.º 08/95-GPE**

**DISPÕE** sobre a cobrança de honorários advocatícios na esfera extrajudicial, na forma do art. 2º da Lei n.º 2.350, de 18 de outubro de 1995 e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DO CONSELHO DE PROCURADORES DO ESTADO**, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela legislação vigente e

**CONSIDERANDO** que o art. 2º da Lei n.º 2.350, de 18 de outubro de 1995 determina a incidência de honorários advocatícios sobre os débitos objeto de cobrança extrajudicial, observado o limite máximo de até 10% (Dez por Cento) sobre o valor total do débito;

**CONSIDERANDO**, afinal, a deliberação unânime do Plenário do Colegiado "ex vi" da competência fixada pela Lei n.º 1.807, de 23 de novembro de 1987, realizada no dia 22 de novembro de 1995.

**RESOLVE:**

**Art. 1º** - Os honorários advocatícios devidos em razão da cobrança extrajudicial realizada pela Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, na forma do art. 2º da Lei n.º 2.350, de 18 de outubro de 1995, serão calculados sobre o valor total do débito, observado o limite máximo de até 10% (Dez por Cento), escalonados da seguinte forma:

I - 10% (Dez por Cento) para os débitos no valor de até 200.000,00 (Duzentos Mil Reais).

II - 8% (Oito por Cento) para os débitos com valores entre R\$ 200.000,00 (Duzentos Mil Reais) e R\$ 500.000,00 (Quinhentos Mil Reais).

III - 5% (Cinco por Cento) para os débitos com valores superiores a R\$ 500.000,00 (Quinhentos Mil Reais).

Art. 2º - A fixação de honorários em percentuais diversos do estabelecido no artigo anterior, bem como o pagamento parcelado dos meses poderão ser concedidos por autorização do Procurador-Chefe da PROFIS, ouvido o Procurador-Geral do Estado, quando for o caso, observados os seguintes critérios:

I - o valor do débito principal e a forma de seu pagamento;

II - O grau de dificuldade das ações desenvolvida para a cobrança;

III - A situação patrimonial, econômica e financeira do devedor;

IV - O parcelamento do débito.

§ 1º - Nos casos de pagamento parcelado do débito principal, poderá ser concedido o parcelamento da verba honorária, até na mesma quantidade de parcelas deferidas.

§ 2º - Em nenhuma hipótese a negociação sobre a verba honorária poderá prevalecer ou dificultar o pagamento do débito principal.

Art. 3º - Os honorários advocatícios serão recolhidos em guia própria da Associação dos Procuradores do Estado do Amazonas - APEAM, junto a agências do Banco do Estado do Amazonas - BEA, observados os seguintes procedimentos:

I - O Procurador encarregado do processo fornecerá ao contribuinte a guia própria para depósito em conta bancária, em nome da Associação dos Procuradores do Estado - APEAM, no valor dos honorários ajustados;

II - A guia a que se refere o inciso anterior deverá conter a indicação do nome de contribuinte, o número do processo e da Certidão da Dívida Ativa referente ao débito cobrado, e servirá como recibo de quitação da quantia consignada;

III - Comprovado o depósito mediante a guia própria autenticada pela repartição bancária, a Procuradoria Fiscal - PROFIS determinará a juntada de uma via da guia ao respectivo processo;

IV - Na hipótese de depósito através de cheque, somente será considerada a quitação, após comprovada a respectiva compensação;

V - No caso de pagamento parcelado, deverá o contribuinte apresentar à PROFIS, no dia seguinte ao pagamento de cada parcela, a correspondente via da guia, para os devidos fins previstos no inciso III.

Art. 4º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

**GABINETE DO PRESIDENTE DO CONSELHO DE PROCURADORES DO ESTADO**, em Manaus 23 de novembro de 1995.

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Procurador-Geral do Estado, em exercício  
e Presidente do CPE

**PORTARIA N.º 32/95 - GPGE**

**DELEGA** competência à Chefia da Procuradoria Fiscal / PGE para autorizar a formalização de acordos judiciais e dá outras providências.

**O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições legais e, especialmente, do que lhe faculta o art. 2º, do Decreto n.º 15097, de 09 de dezembro de 1992, e

**CONSIDERANDO** a necessidade de desburocratizar e descentralizar decisões, objetivando imprimir celeridade à formalização de acordos, no âmbito da cobrança judicial de créditos fiscais,

**R E S O L V E:**

**I - DELEGAR** ao Procurador-Chefe da Procuradoria Fiscal / PGE competência para autorizar realização de acordos judiciais nas ações de execução fiscal propostas pela Fazenda Pública Estadual, atendidos os seguintes critérios:

a) nos acordos judiciais para parcelamento do débito, a parcela inicial corresponderá, no mínimo, a 10 % (DEZ POR CENTO) da totalidade do débito assumido, observando-se, ainda, que o valor mínimo de cada parcela não poderá ser inferior a 300 (TREZENTAS) UFIR's;

b) é defeso a formalização de acordo para parcelamento de débito cujo valor seja inferior a 500 (QUINHENTAS) UFIR's;

c) na fixação do número de parcelas, observar-se-á os seguintes limites:

1 - débitos cujo valor não ultrapasse a 5.000 (CINCO MIL) UFIR's, somente poderão ser parceladas em até 10 (DEZ) parcelas;

2 - débitos que se situem entre 5.000 (CINCO MIL) a 20.000 (VINTE MIL) UFIR's somente poderão ser parcelados, no máximo, em até 15 (QUINZE) parcelas.

d) na hipótese de haver várias execuções contra o mesmo devedor, deverão ser os respectivos Processos reunidos, objetivando a composição total do débito, para fins de fixação do número de parcelas;

e) a composição do acordo deverá ser garantida por bem (garantia real), dentro dos critérios legais, sempre de valor suficiente a garantia da execução, admitindo-se, ainda, garantia fornecida por terceiro, que, nessa hipótese, deverá assinar, conjuntamente, o termo de composição;

f) para habilitar-se ao acordo, o devedor deverá apresentar os documentos que comprovem ter poderes para formalizá-lo, bem como comprovante de propriedade do bem dado em garantia.

II - **ESTABELECE**R que os débitos cujo valor ultrapasse a 20.000 (VINTE MIL) UFIR's somente poderão ser parcelados mediante autorização expressa do Procurador-Geral do Estado;

III - Os casos omissos serão examinados e decididos pelo Procurador-Geral do Estado.

**CIENTIFIQUE-SE, CUMPRE-SE, PUBLIQUE-SE.**

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em Manaus, 18 de maio de 1995.

**OLDENEY SÁ VALENTE**  
Procurador-Geral do Estado

**DECRETO N.º 17.061, DE 18 MARÇO DE 1996.**

**APROVA O REGIMENTO INTERNO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, e dá outras providências.**

**O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS,** usando das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 54, inciso VIII, da Constituição Estadual e,

**CONSIDERANDO** a necessidade de reformular a estrutura organizacional da Procuradoria Geral do Estado - PGE, objetivando imprimir maior dinâmica e eficiência às atividades da Instituição;

**CONSIDERANDO,** ainda, a autorização contida no inciso X do artigo 54 da Constituição Estadual;

**D E C R E T A :**

Art. 1º - Fica aprovado o Regimento Interno da **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO** na forma anexa a este Decreto.

Art. 2º - Para o funcionamento da Procuradoria Geral do Estado e com respaldo nos artigos 18 da Lei n.º 2.330, de 29.05.95, e 7º da Lei n.º 2.367 de 14.12.95, os cargos em comissão da PGE passam a ser os constantes do Anexo Único do Regimento Interno aprovado por este Decreto.

Parágrafo único - Ficam extintas as gratificações de função da Procuradoria Geral do Estado.

Art. 3º - Revogadas as disposições em contrário este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

**GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS,** em Manaus, 18 de março de 1996.

**AMAZONINO ARMANDO MENDES**  
Governador do Estado

## REGIMENTO INTERNO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

### CAPÍTULO I

#### NATUREZA

**Art. 1º** - A Procuradoria Geral do Estado é instituição permanente, com assento constitucional, centralizadora da execução das atividades da advocacia geral do Estado do Amazonas, desempenhando função essencial à Justiça e ao regime de legalidade da administração pública estadual, na representação e defesa judicial e extrajudicial dos interesses estatais.

### CAPÍTULO II

#### FINALIDADE

**Art. 2º** - A Procuradoria Geral do Estado integra o Gabinete do Governador do Estado, e tem por funções, sem prejuízo de outras compatíveis com sua finalidade:

**I** - a representação judicial e extrajudicial do Estado;

**II** - a defesa dos interesses do Estado junto ao Tribunal de Contas do Estado;

**III** - a assessoria e consultoria jurídicas em matéria de alta indagação ao Chefe do Poder Executivo e à administração em geral, inclusive no processo de elaboração legislativa;

**IV** - promover a regularização dos títulos de propriedade imobiliária do Estado, à vista de elementos fornecidos pelos órgãos técnicos competentes;

**V** - a uniformização da jurisprudência administrativa;

**VI** - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade no âmbito da Administração Pública;

VII - exercer outras atividades previstas em lei e regulamento ou resultantes de outorga ou delegação do Governador;

### **CAPÍTULO III**

#### **DA ORGANIZAÇÃO**

##### **SEÇÃO I**

##### **Da Estrutura**

**Art. 3º** - A Procuradoria Geral do Estado, dirigida pelo Procurador-Geral do Estado, com o auxílio do Subprocurador-Geral do Estado, tem a seguinte estrutura organizacional:

##### **I - ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR:**

- Procurador-Geral do Estado
- Subprocurador-Geral do Estado
- Conselho de Procuradores do Estado

##### **II - ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO E ASSISTÊNCIA DIRETA E IMEDIATA:**

- Consultoria Técnica

##### **III - ÓRGÃOS DE ATIVIDADES-MEIO:**

- Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR)
- Coordenadoria de Articulação do Sistema de Apoio Jurídico(CASAJ)
- Coordenadoria Administrativa e Financeira (CAF)
- Coordenadoria de Pesquisa Jurídica (CPJ)

##### **IV - ÓRGÃOS DE ATIVIDADES-FIM:**

- Procuradoria Administrativa (PA)
- Procuradoria Judicial Comum (PJC)
- Procuradoria do Pessoal Estatutário (PPE)
- Procuradoria Fiscal (PROFIS)
- Procuradoria do Pessoal Temporário (PPT)
- Procuradoria do Patrimônio Imobiliário (PPI)

**Parágrafo único** - As atividades de apoio administrativo da Procuradoria Geral do Estado serão auxiliadas por Gerências, até o número de 06 (seis), cujas atribuições serão estabelecidas em ato próprio do Procurador Geral do Estado.

**Art. 4º** - Ao Procurador Geral compete dirigir e representar a Procuradoria Geral do Estado, no desempenho de suas atribuições constitucionais e legais.

**Art. 5º** - Ao Subprocurador-Geral compete substituir automaticamente o Procurador Geral em suas faltas, ausência e impedimentos, bem como auxiliá-lo no desempenho de suas atribuições na direção da Procuradoria Geral do Estado, através da coordenação geral das atividades-fim e supervisão das atividades - meio, além de exercer as demais atribuições previstas em lei, inclusive objeto de delegação.

**Art. 6º** - Ao Conselho de Procuradores do Estado, órgão superior consultivo e de deliberação coletiva, compete deliberar, em instância superior, sobre qualquer matéria de interesse da Procuradoria Geral do Estado.

**Art. 7º** - Os órgãos básicos integrantes da estrutura da Procuradoria Geral do Estado - PGE têm as seguintes competências:

**I - PROCURADORIA ADMINISTRATIVA** - estudar e definir questões de Direito Administrativo submetidas à Procuradoria Geral do Estado, exceto as relativas a pessoal; exercer as funções de superior assessoria e consultoria dos órgãos da Administração estadual em matéria de Direito Administrativo de alta indagação, examinar previamente e intervir nos contratos, convênios, consórcios, ajustes, acordos e seus aditamentos celebrados pelo Estado, e neles representar o Governador do Estado, quando for o caso, ressalvadas as matérias de competência das outras Procuradorias; representar e defender os interesses do Estado perante os Tribunais de Contas; opinar em todos os processos administrativos nos quais seja obrigatória a intervenção da Procuradoria Geral do Estado, ressalvadas as matérias de competência das outras Procuradorias; propor, no âmbito de sua

especialidade, orientações normativas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado.

**II - PROCURADORIA JUDICIAL COMUM** - representar o Estado, ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância, em todas as ações ou feitos de qualquer natureza que não se enquadrem na competência de outras Procuradorias; minutar, quando solicitada informações em mandados de segurança ou quaisquer outras ações que versem sobre matéria de sua competência; requerer inventário, partilhar ou arrolamento, decorrido o prazo de lei, sem que os interessados o façam, acompanhando-os até final julgamento; opinar em quaisquer processos ou expedientes judiciais ou administrativos pertinentes à matéria de sua competência.

**III - PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO** - opinar em quaisquer processos ou expedientes administrativos que digam respeito à regulação jurídica daqueles que prestam ou tenham prestado serviço ao Estado sob regime estatutário; opinar em quaisquer processos ou expedientes administrativos que envolvam pretensões de ingresso no serviço público estadual sob o regime estatutário; participar, mediante determinação superior, da elaboração de projetos de lei, decretos, regulamentos e outros atos normativos que tenham por objeto matéria relativa a pessoal; prestar orientação, no âmbito de suas atribuições, aos agentes jurídicos dos demais órgãos da Administração Direta, autarquias e fundações estaduais; propor, no âmbito de sua especialidade, orientações normativas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado.

**IV - PROCURADORIA FISCAL** - representar o Estado, ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância, em todas as ações que digam respeito à matéria fiscal ou tributária; promover a cobrança administrativa ou judicial da dívida ativa do Estado, de qualquer natureza, tributária ou não; representar a Fazenda Estadual em processo de inventário, arrolamento e partilha, arrecadação de bens de ausente, herança jacente, habilitação de herdeiros, falência, concordata e usucapião, este para efeito do Imposto de Transmissão; defender os interesses da Fazenda Estadual em processos judiciais e administrativos

de qualquer natureza, inclusive nos mandados de segurança, relativos a matéria fiscal ou tributária; representar e defender os interesses do Estado junto ao órgão de recursos fiscais da Secretaria da Fazenda; integrar as comissões de avaliação constituídas para cálculo de tributos de competência do Estado, opinar em quaisquer processos ou expedientes pertinentes a matéria jurídica de sua competência, desde que tenham recebido parecer prévio e conclusivo do órgão próprio da Secretaria da Fazenda.

#### **V - DA PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO -**

representar o Estado, ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância, em todas as ações ou feitos que digam respeito à regulação jurídica daqueles que prestam ou tenham prestado serviços ao Estado sob regime trabalhista ou especial; opinar em quaisquer processos e expedientes administrativos pertinente ao pessoal temporário; propor, no âmbito de sua especialidade, orientações normativas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado.

#### **VI - DA PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO**

- representar o Estado ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância, em todas as ações ou feitos que, em caráter principal, incidental ou acessório, versem sobre direitos reais ou possessórios ou que, de qualquer modo, digam respeito aos bens que integram ou que possam vir a integrar o patrimônio imobiliário e águas do Estado, promover as ações discriminatórias, demarcatórias, divisórias ou quaisquer outras medidas que visem a regularização, proteção e garantia do domínio e posse do patrimônio imobiliário do Estado e demais bens de sua propriedade; promover, por via amigável ou judicial, as desapropriações de interesse do Estado; manifestar-se previamente em todos os procedimentos administrativos atinentes à alienação, gravames, oneração; cessão, doação, arrendamento e quaisquer outras formas de transferência ou utilização de bens imóveis pertencentes ao Estado; representar o Estado em todos os atos extrajudiciais especialmente nos notariais pertinentes a alienação, aquisição, oneração e transferência de bens do patrimônio imobiliário do Estado; arrecadar os bens imóveis vacantes;

**Parágrafo Único:** Os Órgãos de Atividades-fim serão dirigidos por Procuradores-Chefes, designados por ato do Procurador-Geral do Estado dentre os integrantes da série de classes de Procurador do Estado e farão jus a gratificação prevista no art. 7º da Lei n.º 1.639/83.

**Art. 8º** - Os órgãos de execução e apoio das atividades técnico-jurídicas da Procuradoria Geral do Estado têm a seguinte competência:

**I - CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS** - promover o aperfeiçoamento intelectual e técnico dos procuradores e do pessoal administrativo da Procuradoria Geral do Estado; organizar e realizar concurso para ingresso na carreira de procurador do estado e nos cargos administrativos da Procuradoria Geral do Estado; promover a seleção para o estágio de estudantes do curso de Direito; divulgar, periodicamente, através de Boletim Informativo, matéria doutrinária, legislativa e jurisprudencial, bem como as súmulas de jurisprudência administrativa e outros elementos informativos de interesse da Administração estadual; desenvolver pesquisa avançada no campo do Direito e da Informática Jurídica; editar revista que divulgue trabalhos doutrinários, artigos, estudos e pesquisas de cunho jurídico elaborados no âmbito legislativo, administrativo e judiciário, peças e arrazoados forenses, pareceres e quaisquer outras matérias de interesse para as atividades jurídicas e administrativas do Estado; estabelecer intercâmbio com entidades congêneres.

**II - COORDENADORIA DE ARTICULAÇÃO DO SISTEMA DE APOIO JURÍDICO** - acompanhar e controlar as atividades técnicas específicas de assessoria e consultoria jurídica e de representação judicial, desenvolvidas por serviços e agentes públicos dos demais órgãos do sistema de Apoio Jurídico Estadual; verificar o cumprimento, por parte dos agentes e serviços jurídicos da Administração do que estabelecem a legislação, os pareceres normativos e os entendimentos predominantes na Procuradoria Geral do Estado; colher informações sobre a tramitação de processos judiciais sob o acompanhamento dos Agentes de serviços jurídicos dos demais órgãos do sistema de Apoio Jurídico Estadual, inclusive sobre

cumprimento de prazos, procedimentos e atos praticados; revisar os pareceres, pronunciamentos e atos emitidos e praticados pelos Agentes e serviços Jurídicos integrantes do Sistema de Apoio Jurídico Estadual quando divergirem da orientação já estabelecida ou contrariarem procedimento recomendado pela Procuradoria Geral do Estado; realizar reuniões periódicas com os Agentes e serviços jurídicos do Sistema de Apoio Jurídico estadual para tratar de assuntos relacionados com o interesse do serviço; propor medidas que visem a pronta e eficaz atuação do Sistema de apoio Jurídico Estadual, mediante orientação técnica e normativa aos órgãos, entidades, agentes e serviços da Administração Estadual; providenciar instruções de processos e expedientes que devam ser submetidos à consideração superior, manifestando-se, conclusivamente, a respeito da matéria; propor à aprovação do Procurador-Geral, com base nos pareceres e pronunciamentos predominantes da Procuradoria Geral do Estado, as orientações normativas que devam ser adotadas pelos Agentes e serviços Jurídicos dos demais órgãos do Sistema de Apoio Jurídico Estadual.

## **DOS ÓRGÃOS DE ASSESSORAMENTO E DE ATIVIDADES-MEIO**

### **SEÇÃO II**

**Art. 9º - À CONSULTORIA TÉCNICA** compete prestar assessoramento diretamente ao Procurador-Geral e ao Subprocurador-Geral, em suas atividades burocráticas e técnico-jurídicas, inclusive assistência imediata no preparo de atos administrativos e revisão de textos, além de outras atribuições que lhe forem delegadas.

**Art. 10º - À COORDENADORIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA** compete a coordenação e execução das atividades administrativas da Procuradoria Geral do Estado, relativas à administração de pessoal, material, processamento de dados, patrimônio, orçamento, finanças e serviços gerais, através de gerências de serviços.

**Art. 11 - A COORDENADORIA DE PESQUISA JURÍDICA** tem por finalidade dirigir a Biblioteca Jurídica da PGE, coordenar

e supervisionar as atividades relativas a pesquisas, classificação, catalogação e fichamento sistemático da legislação federal, estadual e municipal, de interesse da PGE, mantendo também atualizadas a legislação e a jurisprudência administrativa.

### SEÇÃO III

#### Do Conselho de Procuradores do Estado

**Art. 12** - Ao Conselho de Procuradores do Estado, órgão superior consultivo e de deliberação coletiva da Procuradoria Geral do Estado, além de outras atribuições que lhe forem conferidas em regimento interno próprio, compete especialmente:

**I** - decidir, por solicitação do Procurador-Geral do Estado, sobre a instauração de sindicância ou de processo administrativo, para apuração de infração funcional imputada a membro da série de classes de Procurador do Estado;

**II** - deliberar sobre qualquer matéria de interesse da Procuradoria Geral do Estado, quando solicitado o seu pronunciamento pelo Procurador-Geral;

**III** - dirimir quaisquer dúvidas atinentes à competência das Procuradorias Especializadas e dos demais órgãos integrantes da Procuradoria Geral do Estado;

**IV** - organizar e promover os concursos para provimento dos cargos de Procurador do Estado;

**V** - sugerir ao Procurador-Geral medidas atinentes à melhoria dos serviços da Procuradoria, em qualquer de seus setores;

**VI** - julgar, em primeira instância, recursos dos Procuradores do Estado, sobre medida disciplinar aplicada a estes pelo Procurador-Geral do Estado, com efeito suspensivo;

**VII** - opinar sobre promoções na série de classes de Procurador do Estado, organizando a lista de classificação por

merecimento e antigüidade, julgando reclamações e recursos eventualmente interpostos;

**VIII** - examinar os pedidos de inscrição para estágio de estudante de Direito, elaborar as provas de seleção e as listas de classificação;

**IX** - votar o seu próprio regimento dirimir dúvidas sobre sua interpretação e resolver casos omissos.

**§ 1º** - É da competência exclusiva do Conselho de Procuradores do Estado a interpretação, na esfera administrativa, das normas da Lei Orgânica da PGE.

**§ 2º** - A representação do Conselho de Procuradores do Estado é paritária entre os integrantes das classes dos Procuradores como membros eleitos, e os Chefes das Procuradorias Especializadas, como membros natos.

## **CAPÍTULO IV**

### **DO QUADRO DE PESSOAL ADMINISTRATIVO**

**Art. 13** - Os cargos de provimento efetivo do pessoal Administrativo da Procuradoria Geral do Estado - PGE, são os constantes da Lei n.º 1.726 de 29 de outubro de 1985.

## **CAPÍTULO V**

### **DISPOSIÇÃO FINAL**

**Art. 14** - Este Regimento Interno entrará em vigor na data da publicação do Decreto que o aprovar.

## **ANEXO ÚNICO**

### **CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO**

QUANTIDADE	DENOMINAÇÃO	SIMBOLOGIA
03	CONSULTOR	AD - 1
04	COORDENADOR	AD - 1
01	REPRES. C. R. FISCAIS	AD - 1
01	SEC. CONS. PROC. EST.	AD - 2
06	GERENTE	AD - 2
02	OFICIAL DE GABINETE	AD - 2
02	ASSISTENTE DE GABINETE	AD - 3
08	AUX. DE GABINETE	AD - 4

### CARGOS ORIGINAIS TRANSFORMADOS

QUANTIDADE	DENOMINAÇÃO	SIMBOLOGIA
01	CHEFE DE GABINETE	AD - 1
01	DIRETOR DE DEPARTAMENTO	AD - 1
01	DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS	AD - 1
03	CHEFE DE DIVISÃO	AD - 1
01	CHEFE DE BIBLIOTECA JURÍDICA	AD - 4
* ANEXO I DO DECRETO N.º 14.155 DE 05.08.91		
05		AD - 1
06		AD - 2
02		AD - 3
07		AD - 4

**FUNÇÕES GRATIFICADAS EXTINTAS**

QUANTIDADE	DENOMINAÇÃO	SIMBOLOGIA
10	ASSISTENTE DE GABINETE	GF - 1
01	SECRETÁRIO DE CONSELHO DE PROCURADORES	GF - 1
04	CHEFE DE SEÇÃO	GF - 1
03	AUXILIAR DE GABINETE	GF - 4

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 15, DE 16 DE MARÇO DE 1995.**

**ALTERA** a redação dos dispositivos, que indica, da Constituição Estadual.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo § 3º do artigo 32 da Constituição do Estado, combinado com o artigo 195 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1** - Os artigos 93 e 127 "caput", da Constituição do Estado, passam a vigorar com a seguinte redação:

**"Art. 93** - Os membros da Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado, órgão de representação do Ministério Público junto ao mesmo Tribunal, organizados em quadro próprio com a denominação de Procuradores de Contas, aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

**Art.127** - O controle externo das contas dos Municípios será exercido pelas Câmaras Municipais, com auxílio do Tribunal de Contas do Estado".

**Art. 2º** - Fica substituída por "Tribunal de Contas do Estado a expressão "Tribunal de Contas dos Municípios" no texto dos parágrafos 1º ao 7º do artigo 127 e § 2º, do art. 129, e ainda suprimida a expressão "e dos Municípios", nos artigos 28, XIV, XVII, XVIII e XXX; 34, II; 54, V; 72, I "c"; 106; 161, § 2º; e no parágrafo único do artigo 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

**Art. 3º** - Fica incluído, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 49 com a seguinte redação:

**“Art. 49** - Os Conselheiros e Membros do Ministério Público do extinto Tribunal de Contas dos Municípios serão postos em disponibilidade, ficando o Tribunal de Contas do Estado autorizado a dispor sobre a situação funcional dos servidores do órgão suprimido, inclusive para transferência das dotações orçamentárias próprias consignadas, mediante lei.

**Parágrafo Único** - O Tribunal de Contas do Estado constituirá Comissão para proceder o tombamento e transferência do acervo documental e material do órgão extinto para sua administração”.

**Art. 4º** - Revogadas as disposições constitucionais e ordinárias em contrário, esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 16 de março de 1995.

Publicada no D.O. de 21.03.95

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 16, DE 03 DE MAIO DE 1995.**

**MODIFICA O INCISO II DO ARTIGO 102 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS.**

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, na forma do que estabelece o artigo 22 da Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991 - Regimento Interno -, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - O inciso II do artigo 102, da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação:

**“Art. 102** - .....

**“II** - O Defensor Público-Geral será nomeado pelo Governador, dentre integrantes da categoria de Defensor Público, ativos ou inativos, maiores de trinta e cinco anos, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

**Art. 2º** - Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 03 de maio de 1995.

Publicada no D.O. de 04.05.95

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 17, DE 28 DE SETEMBRO DE 1995.**

**ALTERA** a redação do artigo 44 da Constituição Estadual.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo § 3º do artigo 32 da Constituição do Estado do Amazonas combinado com o artigo 195 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - O artigo 44 da Constituição Estadual passa a vigorar com a seguinte redação:

**“Art. 44** - Os Auditores, substitutos de Conselheiros, em número de três, serão nomeados pelo Governador do Estado, dentre profissionais de nível superior, e que atendam aos requisitos do § 1º do artigo 43 desta Constituição, após aprovação em concurso de provas e títulos realizado pelo Tribunal de Contas do Estado, com a participação das entidades fiscalizadoras do exercício das profissões.

**Parágrafo Único** - O Auditor, quando em substituição a Conselheiro, terá as mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos do titular e quando no exercício das demais atribuições de cargo, as de Juiz da Capital”.

**Art. 2º** - Fica incluído, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à Constituição do Estado, o artigo 50 com a seguinte redação.

**“Art. 50** - Ficam mantidos no exercício dos cargos de Auditor do Tribunal de Contas do Estado os seus atuais ocupantes, tornando-se automaticamente extintos os cargos já vagos e aqueles que vierem a vagar, até que se verifiquem a sua adequação ao disposto no artigo 44 desta Constituição.”

**Art. 3º** - Revogam-se as disposições em contrário.

**Art. 4º** - Esta Emenda entrará em vigor na data de sua publicação.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 28 de setembro de 1995.

Publicada no D.O. de 16.10.95

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 18, DE 19 DE OUTUBRO DE 1995.**

**SUPRIME** parte do texto do artigo 95 e de seu inciso I e modifica o texto do art. 96, e parte de seu § 2º, todos da Constituição do Estado do Amazonas.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, na forma do que estabelece o artigo 32, inciso I, da Constituição do Estado do Amazonas, combinado com o artigo 20, inciso I, alínea "d", da Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991 - Regimento Interno -, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - O caput do artigo 95 e seu inciso I, da Constituição do Estado do Amazonas, passa a vigorar com a seguinte redação:

**"Art. 95** - A Procuradoria Geral do Estado, instituição permanente essencial à defesa dos interesses do Estado e à orientação jurídica da administração, vincula-se, direta e exclusivamente, ao Governador do Estado, e tem por funções, sem prejuízo de outras compatíveis com sua finalidade:

I - A representação judicial e extrajudicial do Estado."

**Art. 2º** - O artigo 96 e seus parágrafos, da Constituição do Estado do Amazonas, com as modificações que se pretende introduzir com a presente Emenda, passa ter a seguinte redação:

**"Art. 96** - O Procurador-Geral do Estado será nomeado, em Comissão pelo Governador, dentre Brasileiros que sejam Advogados e maiores de 30 anos.

§1º - O Procurador-Geral do Estado tem direitos, garantias e prerrogativas de Secretário de Estado.

§ 2º - O Subprocurador-Geral do Estado é o Auxiliar Direto e Substituto Legal do Procurador-Geral do Estado, sendo por este designado”.

**Art. 3º** - Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO  
AMAZONAS**, em Manaus, 19 de outubro de 1995.

Publicada no D.O. de 27.10.95

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1995.**

**SUPRIME** o § 9º do Art. 105 da Constituição do Estado do Amazonas.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, na forma do que estabelece o artigo 22 da Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991-Regimento Interno -, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - Fica suprimido o § 9º do art. 105, da Constituição do Estado do Amazonas.

**Art. 2º** - Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 22 de dezembro de 1995.

Publicada no D.O. de 28.12.95

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 20, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1995.**

**ALTERA** as disposições relativas ao art. 151 e seus parágrafos da Constituição do Estadual.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, na forma do que estabelece o artigo 22 da Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991-Regimento Interno -, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - Ficam alterados o artigo 151 e seus parágrafos da Constituição do Estado do Amazonas, acrescido de um parágrafo, que passam a vigorar com a seguinte redação:

**“Art. 151** - Os incentivos extrafiscais e sociais compreendem a concessão de financiamentos diferenciados aos estabelecimentos de micro e pequeno porte dos setores agrícola, agro-industrial, comercial e da prestação de serviços, e aplicação de recursos em investimentos estatais nos setores de infra-estrutura social para atender às demandas e necessidades da população de baixa renda.

**§ 1º** - Os incentivos extrafiscais e sociais atenderão a aplicação de cinquenta por cento dos recursos em financiamento de atividades econômicas, dos quais sessenta por cento no interior do Estado, e de cinquenta por cento na área social, destinados a investimentos diretos pelo Estado, preferencialmente, no setor de

habitação, direcionados exclusivamente às necessidades de moradia da população carente.

§ 2º - Para cumprimento das disposições do "caput" deste artigo, fica criado o Fundo de Apoio às Micro e Pequenas Empresas e ao Desenvolvimento Social do Estado do Amazonas - FMPES, a ser regulamentado por lei, cuja composição de recursos será efetivada com base nas seguintes origens;

.....

§ 3º É vedada a aplicação dos recursos do fundo para outras finalidades que não as previstas neste artigo, executando-se as estabelecidas no art. 168, § 2º, e no art. 170, § 4º, desta Constituição.

§ 4º O fundo, na parte do financiamento às pequenas e médias empresas será administrado por um Comitê de Administração, de composição paritária com representação dos setores privado e público, definida por lei, e terá o Banco Oficial do Estado como seu agente financeiro.

§ 5º A aplicação dos recursos do fundo destinados à área social, deverá ser feita através de investimentos em programas e/ou projetos definidos pelo Poder Executivo.

§ 6º - Constituirão crime de responsabilidade, imputado ao autor da ocorrência, a destinação de qualquer

valor do fundo sem a prévia e expressa autorização do Comitê mencionado no § 4º, e sem a observância das disposições do parágrafo anterior, no caso dos recursos para aplicação na área social.

**Art. 2º** - Esta emenda entra em vigor na data de sua publicação.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 22 de dezembro de 1995.

Publicada no D.O. de 28.12.95

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 21, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1995.**

**ALTERA** a redação dos §§ 2º e 3º do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, na forma do que estabelece o artigo 22 da Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991-Regimento Interno -, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - Ficam alterados os parágrafos 2º e 3º, do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e acrescenta ao seu texto os parágrafos 4º, 5º e 6º que passam a vigorar com a seguinte redação:

**"Art. 17.....**

**§º 1º.....**

**Art. 2º** - Será mantido o prazo até 28/02/1997 para as empresas já incentivadas, executando-se as que optaram e aquelas que venham a optar até 31 de 1996 pelo sistema de incentivos instituído pela Lei n.º 1.939, de 27 de dezembro de 1989.

**§º 3º** É condição para a opção permitida no parágrafo anterior, a participação e repasse ao Fundo de Apoio às Micro e Pequenas Empresas e ao Desenvolvimento Social do Estado do Amazonas do percentual de que trata o art. 151, §º 2º, inciso I, da Constituição Estadual, com efeito retroativo a partir de 1º de abril de 1990, devendo incidir atualização monetária e juros constitucionais sobre o valor a ser recolhido até a data da respectiva opção.

§ 4º - As empresas que vierem a exercer o direito de opção estabelecido na forma do § 2º deste artigo, poderão recolher o valor decorrente da consignação prevista no § 3º do art. 14 da Lei n.º 1.939, de 27 de dezembro de 1989, anterior à data da opção, em até vinte e quatro parcelas mensais, iguais e sucessivas.

§ 5º - É vedado às empresas incentivadas efetuarem opção em data posterior à estabelecida pelo § 2º desta artigo.

§ 6º - Os recursos provenientes do recolhimento a que se refere o § 3º deste artigo, serão destinados integralmente para aplicação em investimento na área social, nos termos do § 5º, do art. 151, desta Constituição.

**Art. 2º** - Esta emenda entrará em vigor na data de sua publicação.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 22 de dezembro de 1995.

Publicada no D.O. de 28.12.95

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 22, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1995.**

**REVOGA** o artigo 46 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Amazonas.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, na forma do que estabelece o artigo 22 da Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991-Regimento Interno -, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - Fica revogado o artigo 46 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Amazonas.

**Art. 2º** - Esta Emenda entrará em vigor na data de sua publicação.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 22 de dezembro de 1995.

Publicada no D.O. de 28.12.95

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 23, DE 12 DE JUNHO DE 1996.**

**ALTERA** a redação do inciso XXII do artigo 109 da Constituição Estadual.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo parágrafo 3º do artigo 32 da Constituição do Estadual, combinado com o artigo 195 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - O inciso XXII do artigo 109 da Constituição do Estado do Amazonas, passa a vigorar com a seguinte redação:

**“Art. 109.....**

**XXII** - Em nenhuma hipótese os proventos da inatividade dos servidores públicos, civis ou militares, assim como as pensões que lhes forem correspondentes, poderão exceder à remuneração percebida pelos agentes públicos em atividade, aplicando-se-lhes o disposto nos incisos X e XI deste artigo, vedadas as promoções para efeito de aposentadoria, reforma ou reserva e não se admitindo a percepção ou manutenção de excesso a qualquer título”.

**Art. 2º** - Revogadas as disposições em contrário, esta Emenda entrará em vigor na data de sua publicação.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 12 de junho de 1996.

Publicada no D.O. de 14.06.96

**EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 24, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1996.**

**DÁ** nova redação ao § 1º, do artigo 108 da Constituição do Estado do Amazonas.

**A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, na forma do que estabelece o artigo 22 da Resolução Legislativa n.º 181, de 13 de dezembro de 1991-Regimento Interno -, faz saber aos que a presente virem que promulga a seguinte

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

**Art. 1º** - Fica modificada a redação do § 1º, do artigo 108, da Constituição do Estado do Amazonas, passando a ter a seguinte composição:

**“Art. 108.....**

§ 1º - A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, não superior a seis meses, prorrogáveis por igual período, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

**Art. 2º** - Esta Emenda entrará em vigor na data de sua publicação.

**Art. 3º** - Revogam-se as disposições em contrário.

**PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 13 de dezembro de 1996.

Publicada no D.O. de 19.12.96

## ERRATA

Na RPGE nº 18/19 na p. 27 onde se lê: ... expresso no **arresto** relativo... Leia-se: ... expresso no **aresto** relativo ...

Página 31, onde se lê: ... com acréscimo de 20 por cento **quanto** o servidor... Leia-se: ... com acréscimo de 20 por cento **quando** o servidor...

Página 34, onde se lê: ... diploma **revogatório**... Leia-se: ... diploma **revocatório**...

Página 41, onde se lê: ... incorporação de **vantagens** transitória... Leia-se: ... incorporação de **vantagem** transitória...

Página 53, onde se lê: ... transferida para este **rígido**... Leia-se: ... transferida para este **Órgão**...

Página 54, onde se lê: ... **entendendo-se** também empregos e funções... Leia-se: ... **entenda-se** também empregos e funções...

Página 57, onde se lê: ... uma petição no mesmo sentido já foi **ai** estudada... Leia-se: ... petição no mesmo sentido já foi **aqui** estudada...

Página 58, onde se lê: ... ao seu **contigente** de Bibliotecários. Leia-se: ao seu **contingente** de Bibliotecários.

Página 58, onde se lê: ... com relação fornecida... Leia-se: ... com uma relação fornecida...

Página 72, onde se lê: ... **todo** as vezes ... Leia-se: ... **todas** as vezes...

Página 73, onde se lê: ... **um** fundação governamental... Leia-se: **uma** fundação governamental...

Página 112, onde se lê: ...deve incidir sobre o valor **apago**... Leia-se: ... deve incidir sobre o valor **pago**...

Página 120, onde se lê: ... no Art. **148** ... Leia-se: ... no Art. **184** ...

Página 123, onde se lê: Por esta razão **não** assiste à Recorrente... Leia-se: Por esta razão **não** assiste **razão** à Recorrente...

Página 144, onde se lê: ... de **diligência** cabíveis ... . Leia-se: ... de **diligências** cabíveis...

Página 182, onde se lê: ... ajuste pela Administração Pública...  
Leia-se: ... ajuste **celebrado** pela Administração Pública...

Página 185, onde se lê: ... reconsideração do ato que considerou a celebração do contrato. Leia-se: ... reconsideração do ato que considerou **irregular** a celebração do contrato.

Página 186, onde se lê: ... foi **requerida** em fevereiro... Leia-se: ... foi **regularizada** em fevereiro...

Página 186, onde se lê: ... não **dotou** as providências necessárias... Leia-se: ... não **adotou** as providências necessárias...

Página 186, onde se lê: ... os **servidores** de limpeza... Leia-se: ... os **serviços** de limpeza...

Página 188, onde se lê: ... recomendando ao **Tribunal** daquela Secretaria... Leia-se: ...recomendando ao **Titular** daquela Secretaria.

Página 209, onde se lê: ... de **se guridade** social... Leia-se: ... de **seguridade** social.

Página 211, onde se lê: A partir daí, a autoridade impetrada... Leia-se: A partir daí, a autoridade **ora** impetrada...

Página 216, onde se lê: ... como lhe **assegura** a Constituição Federal e a Lei Processual Civil. Leia-se: ... como lhe **asseguram** a Constituição Federal e a Lei Processual Civil.