



ESTADO DO AMAZONAS

REVISTA
DA
PROCURADORIA
GERAL
DO
ESTADO





GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Centro de Estudos Jurídicos

REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO



R. PGE	Manaus	a.15	nº 21	1998
--------	--------	------	-------	------

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

Rua Emílio Moreira, 1308 - Praça 14
CEP: 69020-040 Telefone: (092) 633-4507 / 633-1533
Manaus – AM

Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos
INDRA MARA BESSA.

Comissão de Revisão:

MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA, Bibliotecária.
MARIA RITTA SOARES CAVALCANTE, Bibliotecária.
CÁSSIA MAISA B. DA SILVA FERNANDES, Secretária.
ISLENE BOTELHO BARROSO, Secretária.
NÁDIA MARIA GAMA PEREIRA, Secretária

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

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

Solicita-se permuta.

Tiragem deste número: 500 exemplares

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

1983-98 (1-21)

D.Q.C. 340.05



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

PROCURADORES DO ESTADO DE 1998

1ª CLASSE

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

2º CLASSE

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

3º CLASSE

Adriane Simões Assayag Ribeiro
Alberto Bezerra de Melo
Anna Karina Leão Brasil Salama
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho
Carlos Alexandre Moreira de Carvalho Martins de Matos
Elissandra Monteiro Freire de Menezes
Ellen Florêncio Santos Rocha
Erick Cavalcanti Linhares Lima
Glícia Pereira Braga
Heloysa Simonetti Teixeira
Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha
Maria Florência Silva
Neusa Dídia Brandão Soares

Onilda Abreu da Silva
Ricardo Augusto de Sales
Ruth Ximenes de Sabóia
Ruy Marcelo Alencar de Mendonça
Simonete Gomes Santos
Suely Xavier Lima
Vitor Hugo Mota de Menezes
Vivien Medina Noronha
Yolanda Correa Pereira

PROCURADORES APOSENTADOS

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

PROCURADORES FALECIDOS

Adrião Severino Nunes Neto
Aureliano Ribeiro Carminé
Caupolican Padilha Gomes
Elzamir Muniz Frade
Hélio Sebastião de Castro Lima
Jorge de Rezende Sobrinho
Moacir da Silva
Onesmo Gomes de Souza

EX-PROCURADORES

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
 PARECERES	
Parecer nº 010/98-PROFIS/PGE. Regularidade Fiscal. Exegese do art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Comprovação para fins de licitação. Indra Mara Bessa	17
Parecer nº 001/98-GSPG. Administrativo. Concessão de serviço público. Loteria Social do Estado do Amazonas. Jorge Henrique de Freitas Pinho	37
Parecer nº 002/98-GSPG. Eleitoral. Estabilidade excepcional dos servidores públicos. Sociedade de Economia Mista. Submissão às vedações constantes da legislação eleitoral. Jorge Henrique de Freitas Pinho	45
Parecer nº 114/98-PPE/PGE. Aposentadoria. Contagem de tempo de Serviço em atividade privada. Glícia Pereira Braga	51
Parecer nº 266/98-PPE/PGE. Servidor licenciado para tratamento de interesses particulares. Atuação em Cooperativa. Ana Eunice Carneiro Alves	55
Parecer nº 362/98-PPE/PGE. Consulta pertinente ao cálculo do adicional de "quintos" em razão do que dispõe o Decreto nº 14.215/91. Ana Eunice Carneiro Alves	58
Parecer nº 034/98-PPE/PGE. Consulta sobre a possibilidade de equiparação da Retribuição de Produtividade Fazendária relativa aos Cargos de Assistente Fazendário e Assistente de Administração de Tributos Estaduais. Ellen Florêncio Santos Rocha	62
Parecer nº 410/98-PPE/PGE. Revisão de Processo e Reintegração. Glícia Pereira Braga	71
Parecer nº 08/98-PROFIS/PGE. Incentivo Fiscal. Empresa instalada na Zona Franca de Manaus após a edição da Lei nº 2.309/96 (Lei Hannan). Roberta Ferreira de Andrade	76

Parecer nº 014/98-PPIMA/PGE. Desapropriação. Legitimidade dos Títulos. Acordo. Erick Cavalcanti Linhares Lima	83
Parecer nº 013/98-PPIMA/PGE. Administrativo. Processual Civil. Inquérito civil objetivando apurar a responsabilidade pela conservação de imóvel público de valor histórico, artístico e cultural. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça	101

TRABALHOS FORENSES

Ação Rescisória. Violação à coisa julgada. Adição de juros compensatórios em liquidação de sentença. Antecipação de Tutela. Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha, Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, Carlos Alexandre M. C. M. Matos e Oldeney Sá Valente	121
Agravo Regimental. Devido Processo Legal. Assistência em fase de execução. Erick Cavalcanti Linhares Lima	138
Informações. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1601. Aplicabilidade do Convênio nº 120, de 13/12/96. Jorge Henrique de Freitas Pinho e Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	156
Contestação. Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Amazonas. Suspensão da exigibilidade da cobrança de taxa de matrícula pelo Instituto de Tecnologia da Amazônia. Vitor Hugo Mota de Menezes	168
Contestação. Ação Anulatória de Crédito Tributário. Suely Xavier Lima	189
Contestação. Ação de Repetição de Indébito Tributário cumulada com Compensação de Débito Tributário. Elissandra Montelro Freire de Menezes	197
Embargos à Execução. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça	209
Informações em Mandado de Segurança. Pauta de preços mínimos de produtos in natura. Angela Beatriz Gonçalves Falcão de Oliveira	218
Suspensão da Medida Liminar. Representação nº 38/98 – Classe VI, proposta pelo Ministério Público Eleitoral. Ricardo Augusto de Sales	228

Exceção de Pré-Executividade. Ricardo Augusto de Sales	250
---	------------

Informações em Mandado de Segurança. Inconstitucionalidade do art. 130, da Lei 2.271, de 10 de janeiro de 1994. Carlos Alexandre Moreira de Carvalho Martins de Matos	257
--	------------

Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de Suspensão Liminar, do art. 77 da Lei nº 9.532 de 10 de dezembro de 1997, com redação que lhe deu a Medida Provisória nº 1614-16, de 05 de março de 1998, por violação ao art. 40 e seu parágrafo único do ADCT, bem assim aos arts. 3º; 150, II; 151, I; 5º caput e incisos XXXVI e LIV; 37; 170; IV; e, 174 da Constituição da República. Oldeney Sá Valente, Ives Gandra da Silva Martins e Sandra Maria do Couto e Silva.....	276
--	------------

DOCTRINA

ICMS – O Direito ao Crédito do Imposto nas Entradas de Bens de Consumo ou de Ativo Permanente – Limitações Temporais. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho.	295
---	------------

Da Democratização do Saber Jurídico. Indra Mara Bessa.....	306
---	------------

Das Reformas Constitucionais. Reis Friede.....	309
---	------------

APRESENTAÇÃO

Alegra-nos sobremaneira apresentar o número vinte e um da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, referente ao ano de 1998, cumprindo, desse modo, a promessa que fizemos ao retornar à chefia do Órgão, de atualizar o repertório da produção intelectual e técnico-jurídica dos Procuradores do Estado.

Esta edição vem atestar a sobrevivência da Revista da PGE-Am, que, juntamente com a Revista Jurídica Amazonense, editada em parceria com o Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas, são, hoje, publicações regulares do gênero, constituindo-se, em nosso meio, nos poucos espaços ofertados à divulgação dos trabalhos dos operadores e estudiosos do Direito, sendo, por isso mesmo, motivo de justo orgulho dos mencionados Órgãos da Administração Estadual.

Vencido o desafio de manter viva esta referência emblemática de nossa Instituição, é prazeroso ver recompensados os esforços feitos para trazer à apreciação da comunidade jurídica os pareceres e peças processuais elaborados pelos membros da PGE-Am, bem como artigos de doutrina e outras matérias que exprimem a meditação dos advogados do Estado do Amazonas sobre as diversas e complexas questões inerentes ao exercício da função procuratorial.

Ao dar a lume mais este número, parabenizamos e agradecemos aos colegas e demais colaboradores pela inestimável contribuição que vêm dando à difusão do pensamento jurídico, como também ensejando o conhecimento da ingente tarefa realizada pela PGE-Am, e de sua postura no assessoramento jurídico e na tutela dos interesses indisponíveis do Estado do Amazonas.

Ao Centro de Estudos Jurídicos-CEJUR, na pessoa de sua Coordenadora, a Procuradora Indra Mara dos Santos Bessa, e à Comissão Editorial, na pessoa da Bibliotecária Maria Tereza Serrão de Sousa, o nosso aplauso e reconhecimento pelo dedicado empenho no resguardo do conceito e da continuidade da Revista da PGE-Am.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PARECERES

PROCESSO N.º 777/98 – PGE

ASSUNTO: Autenticação de Termo de Contrato

INTERESSADO: Comissão Geral de Licitação

PARECER N.º 010/98-PROFIS/PGE

**REGULARIDADE FISCAL. EXEGESE DO ART. 29, INCISO III,
DA LEI 8.666/93. COMPROVAÇÃO PARA FINS DE LICITAÇÃO.**

O art. 193 do CTN foi derogado pelo art. 29, inciso III, da Lei 8.666/93, cabendo a esse último diploma legal fixar os parâmetros de regularidade fiscal, de conformidade com o art. 37, XXVII, da CF.

Situação regular perante o Fisco, nos moldes determinado pela legislação tributária, não é sinônimo de regularidade fiscal.

A regularidade fiscal para os fins colimados pela Lei n.º 8.666/93 deve cingir-se a exigência de prova de inexistência de débito inscrito em dívida ativa ou cuja exigibilidade esteja suspensa, salvo quanto a débitos para com a seguridade social ou FGTS, quando então deverá ser solicitada a prova de quitação.

Aos Entes da Federação competirá estatuir o real significado da expressão "regularidade fiscal", bem como os órgãos encarregados de atestar tal situação.

Vieram os presentes autos para exame desta Especializada, a pedido da Procuradoria Administrativa, a fim de que fossem esclarecidos os seguintes pontos:

- 1. Quais os órgãos competentes para emitir certidão de débito relativo à Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal?**
- 2. Qual a diferença jurídica de uma certidão emitida pela Secretaria de Fazenda Estadual/Municipal e pela Procuradoria do Estado/Município?**
- 3. Qual a abrangência da expressão utilizada na parte final do texto legal susomencionado, qual seja, "ou outra equivalente, na forma da lei? Em outras palavras, quais seriam os outros documentos hábeis a provar a regularidade fiscal nas esferas Federal, Estadual e Municipal? Ainda, uma declaração (sob as penas da lei) da empresa licitante, de que não é devedora do Fisco, pode ser aceita como prova de regularidade fiscal?**

4. O fato de um licitante apresentar certidão positiva de débitos emitida pela Secretaria de Fazenda, impede que a empresa contrate com o poder público?

Tais indagações, segundo a ilustre parecerista, Dra. Anna Karina Leão Brasil Salama, são de cunho tributário e indispensáveis a análise conclusiva de Termo de Contrato de Prestação de Serviços celebrado pela Comissão Geral de Licitação, submetido à apreciação daquela Procuradoria Especializada.

A mencionada Procuradora, em primeiro pronunciamento sobre a matéria, solicitou à Comissão Geral de Licitação que procedesse a juntada de "Certidões negativas de débitos relativas à Fazenda Estadual e à Fazenda Municipal, nos termos do que determina o artigo 29, III, da Lei 8.666/93".

Em resposta à referida solicitação, o Secretário Geral da CGL argumentou que a diligência era desnecessária, considerando que a licitante vencedora do certame havia demonstrado sua regularidade fiscal, juntando os documentos exigidos no Edital de Licitação, ou melhor, procedeu à apresentação das certidões exigidas na mencionada diligência, todas já anexadas nos autos. Esclareceu que no Município em que a Contratada é sediada, mais precisamente em Belém, no Estado do Pará, os órgãos encarregados de emitir as certidões negativas de débitos fiscais são as Procuradorias do Estado e do Município, ao contrário do que ocorre em nosso Estado, em que tal competência é deferida à Secretaria de Estado da Fazenda e à Secretaria Municipal de Fazenda.

Ao retornar o processo para novo exame, a Procuradora responsável pela análise do presente caso, como já dissemos, entendeu que o deslinde da questão adentrava em matéria de conteúdo tributário, razão porque requereu a audiência da Procuradoria Fiscal, a fim de que se pronunciasse sobre as formulações acima transcritas.

É o relatório.

I – ASPECTO TRIBUTÁRIO DAS QUESTÕES PROPOSTAS.

As indagações acima aventadas tem correlação com a matéria disciplinada na legislação tributária, mais precisamente no Código Tributário Nacional, em seu Título VI, que trata da "Administração Tributária", cuja subdivisão comporta três capítulos, a saber: Fiscalização, Dívida Ativa e Certidões Negativas.

Na parte destinada ao assunto "Certidões Negativas", aquele diploma legal regulamenta o art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, no que tange ao direito fundamental de obtenção de certidões junto à Fazenda Pública, para fins de comprovação da situação regular do contribuinte, dispondo o seguinte:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova de quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único.....omissis

Entende-se por certidão negativa a certidão em que conste não existir algum débito tributário em nome do contribuinte, é o documento que prova a regularidade da situação tributária do mesmo, de sua quitação perante o Fisco.¹

O documento hábil para atestar que o indivíduo não possui débito tributário, portanto, é a chamada certidão negativa, a princípio, a única forma colocada a disposição do administrado para comprovar a regularidade de sua situação tributária, de estar quites com o Fisco.

A par dessa espécie de comprovação, o dispositivo subsequente ao acima transcrito, regulamenta a chamada "certidão positiva com efeitos negativos", estabelecendo que:

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

A premissa primeira da supracitada disposição é de toda óbvia e decipienda. Já as duas últimas hipóteses visam possibilitar que o contribuinte, cujo débito inscrito em dívida ativa esteja garantido, ou ainda, no caso de suspensão de sua exigibilidade, tenha direito a obtenção de certidão "com efeitos negativos".

A legislação tributária, como dito, está a regulamentar norma constitucional que impõe ao Estado a obrigação de fornecer certidões que retratem a situação real de qualquer administrado perante a Administração Pública. De conseguinte, tratou de excepcionar os efeitos da certidão que, ao relatar determinada espécie de débito fiscal, ou melhor, descrevesse certas fases em que se encontrava, pudesse induzir os menos avisados, a conclusão de que a situação do contribuinte estava irregular, até porque o nosso ordenamento legal está amparado no princípio da proteção judiciária

¹ Maria Helena Diniz, in Dicionário Jurídico, Editora Saraiva.

ou da inafastabilidade do controle jurisdicional², ex vi do disposto nos incisos XXXV, art. 5º, da Constituição Federal.

Essa garantia constitucional assegura a todos o direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito individual ou não.³

Trata-se de direito público subjetivo que confere ao indivíduo o acesso ao Judiciário e, no aspecto que ora interessa discutir, acarreta a Administração Fazendária o dever de aguardar o pronunciamento final daquele Poder, caso tenha emitido pronunciamento liminar em ação proposta pelo contribuinte, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ou desde que já tenha sido efetuada a penhora no curso do executivo fiscal, para realmente asseverar que o indivíduo encontra-se inadimplente com a Fazenda Pública. Nesses casos em que há discussão sobre a certeza do débito tributário, na esfera do contencioso jurisdicional, o Fisco fornecerá uma certidão positiva com efeitos suspensivos, ou seja, relatará os créditos tributários definitivamente constituídos, mas pendentes de pagamento até que o Judiciário emita julgamento conclusivo.

De igual modo deverá proceder, quando a insurgência do contribuinte for demonstrada no âmbito da própria Fazenda Pública, em resguardo a outra faceta do princípio da proteção judiciária - direito de ação e defesa, consubstanciada no inciso LV, art. 5º, da Carta Magna, protegido também no chamado contencioso administrativo.

Afora essas duas possibilidades, também deverá ser fornecida certidão positiva com efeitos negativos quando ocorrer o depósito integral do montante devido ou quando a moratória⁴ for concedida.

Em síntese, a demonstração de inexistência de débito tributário dar-se-á através de certidão negativa ou positiva com efeitos suspensivos. A questão reside em saber até quando a situação do devedor ainda é regular: se a partir do momento em há atraso no pagamento do crédito tributário ou somente quando o débito é inscrito em dívida ativa, considerando que entre esses dois momentos, medeia uma série de atos administrativos. Na verdade, esses dois instantes integram fases do procedimento tributário administrativo.

A resposta a tal indagação só será possível depois de examinarmos o momento em que ocorre a definitividade do crédito tributário. A partir dessa definição, saberemos em que instante o contribuinte pode ser considerado devedor.

² José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, Editora Malheiros, 14ª Edição

³ mesma ob. citada item 2.

⁴ "Moratória é a concessão de melhores condições e prazo para execução da dívida (dilação do prazo para pagamento, parcelamento de dívida, etc.)", in Comentários ao Código Tributário Nacional, Coordenação de Carlos Valder do Nascimento, Editora Forense, 1997

Sem mais discussões, ficaremos com a corrente do renomado tributarista Zelmo Denari, para quem a definitividade do crédito tributário, pode ser surpreendida nas seguintes fases procedimentais:

Se a definitividade é “a eficácia que torna indiscutível o crédito tributário perante a própria administração”, poderemos surpreendê-la nas seguintes fases procedimentais:

I - tratando-se de tributos apurados por iniciativa da administração, isto é, nos procedimentos impositivos:

a) com o decurso do prazo de impugnação do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo, *in abis*;

b) com a decisão final administrativa, com relação aos créditos impugnados pelos sujeitos passivos;

II - tratando-se de tributos declarados por iniciativa do contribuinte, isto é, nos procedimentos não-impositivos:

- no ato da entrega da declaração que denuncia o volume de operações tributáveis e que equivale, em linha de princípio, à confissão do débito fiscal.⁵

Atravessadas essas fases do procedimento tributário administrativo e constituído definitivamente o crédito tributário, resta ao contribuinte quitá-lo, recusar-se pura e simplesmente a efetuar o pagamento, ou recorrer à via judiciária. Ocorrendo a segunda hipótese, caberá ao Fisco inscrevê-lo em dívida ativa como requisito para realizar a cobrança judicial, conforme preceitua o art. 201 do CTN.

A inscrição em dívida ativa, todavia, não é imediata. Constituído definitivamente o crédito tributário inicia-se a sua exigibilidade ou cobrança administrativa, no dizer do prof. Ruy Barbosa Nogueira, sinteticamente traduzido dessa forma:

“vencido o tempo de pagamento (art. 160), o crédito passa a ser exigível e entram em funcionamento os meios administrativos de cobrança amigável ou de constrições administrativa, tais como: juros de mora (art. 161) sem prejuízo das penalidades cabíveis (como exemplo nos casos de impostos de autolancamento), correção monetária e certas garantias e privilégios.”⁶

Agora, finda a fase da exigibilidade administrativa do crédito tributário sem que a Fazenda Pública obtenha êxito na cobrança do débito,

⁵ In Curso de Direito Tributário, Editora Forense, 6ª Edição.

⁶ In Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 14ª Edição.

só há um caminho para o Fisco, que é o de inscrevê-lo em dívida ativa, nascendo nesse momento a sua "exequibilidade ou possibilidade de a Fazenda Pública apresentá-lo em juízo e com base nesse título pedir a tutela jurisdicional para a legítima execução fiscal do devedor inadimplente ou em mora." ⁷

Definitividade do crédito tributário e inscrição do débito em dívida ativa, de tudo que foi explanado, não se confundem num mesmo momento. De conseguinte, situação regular perante o Fisco a que se refere a legislação tributária, quer significar a ausência total de débito fiscal, quer na fase de sua exigibilidade, quer na fase de sua exequibilidade.

II - REGULARIDADE PERANTE O FISCO E REGULARIDADE FISCAL. REVOGAÇÃO DO ART. 193 DO CTN.

Feitos tais esclarecimentos, resta saber se a regularidade perante a Fazenda Pública, nos moldes determinados pela legislação tributária é a mesma referida na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob o rótulo de "regularidade fiscal".

Num primeiro momento, poder-se-ia dizer que sim, tendo em vista o que estabelece o art. 193 do CTN, abaixo transcrito:

Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

O artigo acima transcrito, como é de sabença geral, data de 1966, anterior, portanto, a atual Constituição Federal e a Lei n.º 8.666/93 que instituiu as normas gerais a que se refere o art. 22, inciso XXVII, nos moldes do que preceituava o art. 37, inciso XXI, ambos da CF, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....omissis.....

XXVII. normas gerais de licitação, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações, instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

⁷ mesma ob. Citada item 6

**Art. 37.omissis
XXI. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifamos)**

Da leitura desses dois mandamentos constitucionais, infere-se que a União deveria, a um, editar normas gerais sobre licitação em todas as suas modalidades; a dois, as hipóteses de exceção ao dever de licitar; a três, respeitado o princípio da igualdade e a quatro, estipular tão somente **exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Ora, o texto da disposição constante do artigo 193, retrocitado, não é compatível com a Carta Federal de 1988, mais precisamente, com o estatuído pelo inciso XXI do art. 37, *in fine*, pois estatui proibição não autorizada pela sobredita norma constitucional, cujo texto é claro ao determinar que serão exigidas as qualificações técnica e econômica, tão somente, não tendo o constituinte originário feito qualquer menção à prova de quitação para com a Fazenda Pública, expressão utilizada pelo antigo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.⁸

Entendemos que aquela disposição do Código Tributário não foi Nacional recepcionada⁹ pela Carta Federal de 1988, à vista do princípio da supremacia da Constituição que só assegura a continuidade da ordem jurídica anterior, quando compatível com o novo texto; caso contrário perderá sua eficácia.

Quando da edição da nova Constituição Federal, inúmeros doutrinadores chegaram inclusive a asseverar que o antigo Decreto-Lei 2.300/86, não havia sido recepcionado no que tange a exigência de prova de quitação para com a Fazenda Pública, prevista em seu art. 25, parágrafo 4º, inciso II, dentre ele Toshio Mukai, cujo pronunciamento transcrevemos:

“ Em primeiro lugar, essa parte do inciso XXI do art. 37 da C.F. é absolutamente auto-aplicável e de incidência imediata a todos os procedimentos licitatórios.

⁸ Decreto-Lei n.º 2.300/86.

⁹ “A recepção é um ato jurídico com o qual o ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma” (Norberto Bobbio, in Teoria do Ordenamento Jurídico).

Com efeito, enquanto a norma diz que o procedimento licitatório terá que observar as três condições anteriores, na forma da lei, quando vai se referir à última, com o artigo "o", utilizado no lugar do feminino, demonstra claramente que o legislador constituinte quis, efetivamente limitar desde logo as exigências para a qualificação nas licitações, apenas às relativas à capacidade técnica e econômica, pois está se referindo ao processo licitatório e não à lei.

Assim, desde 5 de outubro de 1988 (data da entrada em vigor da nova Constituição) todos os procedimentos licitatórios não mais podem fazer exigências relativas à capacidade jurídica e à regularidade fiscal....." ¹⁰

A linha de raciocínio no que diz respeito a susomencionada norma tributária é a mesma. O texto constitucional ao impor as exigências que podem ser feitas no momento da habilitação no procedimento licitatório, qual seja, qualificação técnica e econômica, condicionou àquelas que fossem indispensáveis a garantia do cumprimento do objeto do contrato, excluindo qualquer outra imposição de cunho restritivo, como ocorre no caso do prefalado art. 193.

Qualquer dúvida ao derredor do tema, de qualquer modo, foi espancada com a edição da Lei n.º 8.666, de 21.06.93 que regulamentou o dispositivo constitucional susotranscrito, editando normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

Esse diploma legal estatuiu a chamada "documentação relativa à regularidade fiscal", fixando em seu art. 29, inciso III, que os interessados no certame licitatório deverão apresentar **"prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei"**.

Deixando de lado, a princípio, a questão da constitucionalidade do mencionado artigo, certo que esse dispositivo revogou o Código Tributário Nacional, nesse aspecto. Aí não se fala mais em não recepção, mas sim em revogação.

Comentando a referida disposição do Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, o administrativista Jessé Torres Pereira Junior foi taxativo. Vejamos:

"Vê-se que a Lei 8.666/93 caminhou em sentido oposto ao CTN e foi ainda mais liberal do que este, posto que desvincula a mora da situação de regularidade fiscal, ou seja, a só

¹⁰ In Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, ano 1989, fevereiro.

existência da mora não induz, necessariamente, irregularidade fiscal”¹¹

Se uma lei de hierarquia igual caminha em sentido oposto a legislação anterior, principalmente em se tratando de lei especial, automaticamente estará revogando as normas que lhe sejam contrárias. Mister esclarecermos que o CTN é lei ordinária no seu nascedouro, até porque vigorava a Constituição de 1946 que não previa a figura da lei complementar de modo diferenciado da ordinária. Coube a doutrina, com base no princípio da recepção¹² dar ao Código Tributário Nacional a eficácia de lei complementar, para os fins exclusivamente previstos pelo art. 146 da **Lex Fundamentalis**.

Trata-se **in casu** de revogação parcial tácita, ou melhor, derrogação, nos moldes previstos pelo art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando proclama que **“A lei posterior revoga a anterior (...) quando seja com ela incompatível (...).”¹³**

Do cotejo dos artigos 193 do CTN e 29 da Lei n.º 8.666/93, em especial do seu inciso III, voltamos a repisar, resulta cristalino que a mesma matéria é tratada de forma antagônica, gerando a antinomia das normas. No primeiro, o legislador reportou-se **“prova de quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada”**, enquanto que no segundo artigo menciona **“prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante”**, conceitos estes que não se confundem. A lei posterior não exige prova de quitação de todos os débitos fiscais, aceitando a mora em determinadas situações, conforme veremos a seguir, além de ter incluído todas as Fazendas Públicas e não apenas o Fisco interessado.

A prova de quitação referida na legislação tributária era compatível com o antigo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos que, de igual modo, dispunha sobre **“prova de quitação com a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal ou outra equivalente, na forma da lei”¹⁴**

¹¹ In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Editora Renovar, 3ª Edição.

¹² Escreveu Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito): “Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, esta expressão não é acertada. Se - estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente (...). O que existe, não é uma criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por uma outra.

¹³ “A disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explícita ou implicitamente” (Vicente Ráo, in: O Direito e a Vida dos Direitos, Editora RT, 4ª Edição.

¹⁴ Art. 25, parágrafo 4º, do Decreto-Lei n.º 2.300/86

A orientação agora é completamente distinta. Não se exige mais a comprovação de "quitação" com o Fisco e sim a "regularidade", expressão que é utilizada para abranger situações em que o débito ainda não se tornou exequível - inscrito em dívida ativa, ou até mesmo quando há a mora, contudo está consentida e sob controle do credor. Não significa, como outrora, a total inexistência de débito tributário.

Em estando revogado o art. 193 do CTN, a interpretação do conceito de regularidade fiscal estará indiscutivelmente na seara do direito administrativo.

III - EXEGESE DO ART. 29 DA LEI 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, EM ESPECIAL DE SEU INCISO III.

Com o advento do novo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, quatro foram as exigências estipuladas para fins de habilitação no procedimento licitatório: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.¹⁵

Nesse trabalho, examinaremos apenas a relativa a regularidade fiscal. De início, convém repisar que no modelo anterior essa exigência tinha outra feição, conforme já relatado nas explanações anteriores, adequada inclusive ao que consta do Código Tributário Nacional, apesar de mais abrangente, tendo em vista que incluía todas as Fazendas Públicas.¹⁶

Como asseveramos nos itens acima, alguns doutrinadores posicionaram-se contra a constitucionalidade do novo dispositivo, ao argumento de que a Constituição Federal vedava outras exigências, afora as relativas a qualificação técnica e econômica, como sói ser o caso do eminente prof. Toshio Mukai que em brilhante estudo ao derredor do tema, externou seu pensamento dessa maneira:

"Conclui-se, assim, que a exigência de regularidade fiscal é inadmissível em face do fim visado pelo inciso XXI do art. 37 da CF, por não ser indispensável à garantia do cumprimento das obrigações"¹⁷

No mesmo sentido é a lição da prof. Maria Sylvia Zanello di Pietro, para quem **"A única exigência que tem fundamento constitucional, dentre as contidas no art. 29, é a do inciso IV, referente à regularidade**

¹⁵ Art. 27 da Lei 8.666/93

¹⁶ Mesmo artigo citado no item 14.

¹⁷ "A Constituição de 1988 e as qualificações nas Licitações", RDA 186, Editora Renovar.

perante a seguridade social, exigida no art. 195, parágrafo 3º, da Constituição.....”¹⁸

Não chegamos a esse extremo, optando por acatar algumas das ponderações feitas pelos douto mestre, prof. Toshio Mukai, para dar àquele dispositivo uma interpretação conforme a Constituição, mesmo porque ele próprio reconhece que o susomencionado dispositivo constitucional se presta a duas interpretações gramaticais: uma ampla que foi por ele adotada, e outra mais restrita, segundo a qual a não inclusão de outras exigências no texto constitucional não veda que a legislação infraconstitucional crie outras hipóteses, mas apenas que o constituinte originário escolheu por impor restrições somente no que dizia respeito a qualificação técnica e econômica.

Inicialmente impende aclarar que o princípio da interpretação conforme a constituição **“comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deva escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deva ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas “contra legem” impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.”¹⁹**

E mais: **“Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela”²⁰**

Respalado nessa doutrina alemã, o Supremo Tribunal Federal já definiu que a interpretação conforme a constituição, afora critério hermenêutico, constitui-se em mecanismo de controle de constitucionalidade.²¹

¹⁸ In Direito Administrativo, Editora Atlas, 8ª Edição.

¹⁹ J. J. Gomes Canotilho, In Direito Constitucional, Editora Almedina, 6ª Edição Revista.

²⁰ Mesma obra citada no item anterior.

²¹ Rep. N.º 1.417-7, Relator Ministro Moreira Alves, DJU de 09.12.87.

Ora, um dos mais ferrenhos opositores a constitucionalidade do dispositivo legal que trata da regularidade fiscal em sede de lei ordinária,²² reconhece que o referido dispositivo legal se presta a duas interpretações e antes de concluir taxativamente pela inconstitucionalidade daquele regramento contido na Lei 8.666/93, fez as seguintes ponderações:

".....No caso, é vedado pelo texto fazer exigências que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, e esse fim vedado não pode ser alcançado por qualquer outra exigência, não referida no texto, razão porque a capacidade jurídica e a regularidade fiscal somente serão admissíveis se forem exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." ²³

Na nossa compreensão, o texto constitucional possibilitou a criação de quaisquer exigências referentes a qualificação técnica e econômica, desde que houvesse uma proporcionalidade dos meios a finalidade pretendida, mesmo que sob outro rótulo, como é o caso da denominada "regularidade fiscal", que entendemos constituir-se em desmembramento da "qualificação econômica".

Quando muito poder-se-ia dizer, como já afirmamos, que regularidade fiscal não é sinônimo de situação regular perante o Fisco, na acepção de inexistência total de débitos tributários, ou ainda, de exigência de prova de quitação de tributos.

Fundamentamos tal assertiva, estabelecendo conceitos diferentes para cada uma dessas expressões, a saber:

1. Situação regular perante a Fazenda Pública na forma preceituada pela legislação tributária - inexistência de débito fiscal exigível ou exequível, com as ressalvas constantes do art. 151 do CTN, ou seja, ausência de débito em fase de cobrança administrativa, pós vencimento, ou judicial, salvo se ocorrer uma das hipóteses de sua suspensão;
2. Regularidade Fiscal para com as Fazendas Públicas - estado jurídico do licitante cadastrado perante os Fiscos Federais, Estaduais e Municipais que não possui débito tributário inscrito em dívida ativa, momento em que se torna exequível, ou, em havendo débito inscrito, se configurada uma das causas de suspensão prevista no art. 151 do CTN, como por exemplo, a moratória;

²² Mesmo comentário citado no item 16

²³ Mesmo comentário citado no item 16.

Excluimos a significação de regularidade fiscal perante a seguridade social e o FGTS, por tratar-se de um terceiro gênero. Senão vejamos:

1. Regularidade Fiscal para com a Seguridade Social e o FGTS - estado jurídico do licitante que não possui débito de qualquer espécie, ou como conceituamos acima, que está em situação regular, sem as ressalvas do art. 151 do CTN, ou seja, sequer pode ter débito cuja exigibilidade foi suspensa. No caso dessas duas situações, por força de **mandamus** constitucional e legal (arts. 195, parágrafo 3º da CF e 29, inciso VI, **in fine**, da Lei n.º 8.666/93), desde o momento da exigibilidade do crédito, o não pagamento implica em irregularidade.²⁴

Apenas dentro desse contexto é possível adequar a norma infraconstitucional ao que preceitua a Carta Federal, tendo em vista que não se pode pretender que a "prova de quitação total de tributos" seja indispensável ao cumprimento do objeto licitado. Tanto é assim que tal expressão foi substituída por "regularidade fiscal".

Contrário senso, entendendo como expressões idênticas ou sinônimas, a mora do contribuinte ainda na fase de cobrança administrativa, ensejaria a impossibilidade de sua participação em qualquer contenda licitatória, o que certamente não espelharia a real vontade do constituinte originário que em busca de conciliar o princípio da igualdade de todos perante a lei com todos os demais que regem a Administração Pública, como por exemplo, o da moralidade administrativa, o da impessoalidade, o da publicidade e o da legalidade, achou por bem condicionar qualquer exigência a necessidade de garantia do cumprimento das obrigações que serão assumidas pelo licitante.

Ademais, a parte final da norma constitucional que estabelece o "princípio da licitação Pública"²⁵, deve ser compreendido à vista de outro princípio - o da razoabilidade ou da proporcionalidade que estabelece **um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles**

²⁴ "Os órgãos públicos não têm a faculdade de escolher se habilitam ou não a pessoa jurídica em débito com a seguridade social, mesmo a despeito de uma esdrúxula certidão positiva com efeito de certidão negativa; o conceito de regularidade fiscal neste caso não é dado pela lei infraconstitucional, in casu, Código Tributário Nacional; é a própria Constituição da República, Lei Maior, critério de validade na hierarquia das normas, quem ordena que os contratos com o setor público (que inclui os administrativos e privados), finalidade de todo o processo licitatório, não serão realizados com as pessoas jurídicas em débito com a seguridade social (...)", Fabiana de Menezes Soares, Contribuições sociais: a certidão positiva de débito com efeito negativo em face do parágrafo 3º do art. 195 da Constituição Federal, in Revista de Informação Legislativa, ano 32, n.º 127.

²⁵ Mesma obra citada no item 2.

estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar (...) Assim é que dele se extrai os seguintes requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos”²⁶

O objetivo do texto constitucional foi possibilitar que a Administração Pública, quando pretendesse contratar obras, serviços, compras ou alienações, escolhesse a “proposta mais vantajosa”, dentre o maior número de interessados possíveis, impondo, por esta razão, o mínimo de restrições. Aí sim, haverá proporcionalidade dos meios com os fins almejados.

Se o próprio Estado, no exercício de sua função legislativa, ao criar regras de convívio social, protege o indivíduo mesmo devedor ou inadimplente²⁷, impondo-lhe restrições de cunho patrimonial apenas quando seu débito estiver representado por título judicial ou extrajudicial, como admitir-se que nas suas relações com o particular adote critério distinto? Não seria razoável.

Também não estaria em conformidade com o **mandamus** constitucional, deixar ao livre alvedrio dos agentes públicos encarregados da licitação, a decisão, em cima de parâmetros subjetivos, sobre quando a mora do licitante compromete o cumprimento da obrigação, tese encampada por alguns dos mais renomados administrativistas que, em sentido diametralmente oposto àqueles que seguem o conceito de regularidade como sinônimo de “quitação total”, acham que **“a solução alvitrada pela nova lei, além de suscitar controvérsia, obrigará que o ato convocatório de cada licitação forneça à Comissão de julgamento parâmetro objetivo para verificar se o valor ou natureza do débito fiscal atribuído a algum licitante é de molde a comprometer “a garantia do cumprimento das obrigações, consoante mandamento constitucional (CF/88, art. 37, XXI).”**²⁸

²⁶ “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional”, Luís Roberto Barroso, in BDA, 1997, Editora NDJ

²⁷ “Sujeito passivo de uma obrigação; aquele que deve algo”, mesma obra citada no item 1.

²⁸ Mesma obra citada no item 11.

Se assim entendêssemos, teríamos que propor a criação de um critério objetivo que possibilitasse a escolha mesmo de quem tivesse débito inscrito em dívida ativa, ou melhor, estabelecer uma proporção entre o valor do débito fiscal e o valor do contrato a ser celebrado com o Poder Público, para então aferir quando haveria comprometimento.

Repisamos, nem um extremo, nem outro. Nem a prova de quitação total de débitos, nem a possibilidade de sua existência, dependendo do valor, excetuado em se tratando da seguridade social e do FGTS.

Nossa conclusão traz uma proposta intermediária: a irregularidade fiscal não se presume, ela existe a partir da inscrição do débito tributário em dívida ativa, salvo em se tratando de questões relativas a seguridade social e ao FGTS, em virtude de regramento próprio, possível graças a especificidade da matéria; e aí sim, estaremos diante de uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

IV - COMPETÊNCIA E AUTONOMIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO DIANTE DAS NORMAS GERAIS ELENCADAS NA LEI 8.666/93.

Mesmo tendo sido incluída dentre as competências privativas da União, a faculdade conferida àquele Ente da Federação Brasileira foi a de editar normas gerais. A análise do tema sob a ótica da repartição de competências no modelo federativo, induz a conclusão de que o mais correto seria que tal atribuição estivesse inserida dentre as competências concorrentes. Apesar da imperfeição técnica, todavia, não se pode negar que os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios podem exercer a denominada competência suplementar nesse assunto.

Em outras palavras, uma vez publicadas as normas gerais a que se refere o art. 22, inciso XXVII, da CF, hoje cristalizadas na Lei 8.666/93, caberá aos demais entes da Federação suplementarem tal legislação, em conformidade com os princípios norteadores desta Forma de Estado.

Na atual regulamentação, é bem verdade que a União extrapolou os limites de cingir-se a normas gerais, considerando que o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos alçou a condição de regras gerais toda a matéria que se encontra em seu bojo, contraditando o real significado daquela expressão. Ainda assim persistiu uma área de atuação legislativa para os demais entes da Federação.

No aspecto que ora debate, a União, enquanto pessoa jurídica de direito interno, dispôs sobre a forma de comprovação da regularidade fiscal, via Instrução Normativa emitida pela Secretaria da Receita Federal, de n.º 93, de 26 de novembro de 1993 (DOU de 29.11.93) determinando que far-se-ia por meio de "Certidão de Quitação".

Aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios competirá, no que diz respeito aos seus tributos, fixar como deverá ser feita

a prova de regularidade fiscal, bem como definir qual o órgão dentro da sua estrutura administrativa encarregado de expedir certidões de débitos fiscais para os fins previstos pela Lei 8.666/93. Esta é a razão de ser da expressão "ou outra equivalente, na forma da lei"; prevista no art. 29, inciso III, *in fine*, acorde com a premissa de que os entes Federados tem capacidade de auto-organização, corolário de sua autonomia.

No Estado do Amazonas, exemplificando, essa competência foi atribuída a um dos entes da administração direta do Poder Público, mais especificamente a Secretaria de Estado da Fazenda, inclusive porque a inscrição em dívida ativa é realizada por seus agentes, *ex vi* do disposto no Regulamento do Processo Tributário Administrativo. A Procuradoria Geral do Estado apenas examina os aspectos formais do procedimento tributário administrativo e concorda ou não com a inscrição.

Nada obsta, contudo, que a tal encargo seja deferido a outro órgão, como ocorre no Pará, segundo informação de fls., em que Procuradoria Geral do Estado é a responsável pela emissão das prefaladas certidões.

Quanto muito poder-se-ia argumentar que o Estado do Amazonas partilha da tese de que "regularidade fiscal" é igual a "quitação total de tributos" e, nesse caso, a certidão a ser apresentada perante a Comissão de Licitação deveria mencionar os débitos inscritos ou não. O ato convocatório do processo em tela, entretanto, não fez nenhuma ressalva, limitando-se a repetir a legislação federal, razão porque há de ser acatada a certidão expedida pela Procuradoria Geral do Estado do Pará que atesta a inexistência de débitos inscritos, única imposição que a nosso ver, é compatível com a **Lex Fundamental**.

Não é demais lembrar que o procedimento licitatório rege-se por princípio próprios, como por exemplo, o da vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual a Administração deve respeitar as regras que ela mesma impôs para o certame, o edital, na verdade, não comporta interpretação elástica.

V - CONCLUSÕES

Diante das indagações que nos foram apresentadas, fizemos as seguintes proposições:

1. O Código Tributário Nacional, em seus artigos 205 e 206, impõe regramento acerca das certidões comprobatórias da situação regular do contribuinte perante o Fisco;

2. A regra insculpida no art. 193 daquele diploma legal, primeiro não foi recepcionada pela atual Carta Federal e, ao depois, foi derogada pelo art. 29, inciso III, da Lei 8.666/93;

3. Situação regular perante o Fisco, na forma preceituada pela legislação tributária, não tem o mesmo conceito que a regularidade fiscal prevista no novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos;

4. A regularidade fiscal a que se refere a Lei 8.666/93, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, constitui-se em exigência de qualificação econômica indispensável à garantia do cumprimento da obrigação;

5. O Poder Público deve interpretar a regra do art., 29, inciso III, da Lei 8.666/93 de forma a admitir a participação de licitantes que não tenham débito inscrito em dívida ativa, salvo em se tratando de dívida para com a seguridade social ou FGTS, considerando legítima ainda a participação daqueles contribuintes cujos débitos estão com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN;

6. A União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios poderão no exercício de suas competências privativas ou suplementares, explicitarem a expressão "regularidade fiscal", fixando balizas compatíveis com o Texto Maior da nosso ordenamento jurídico;

7. Os Entes da Federação são dotados de autonomia administrativa, logo poderão determinar qual o órgão, dentro da sua estrutura organizacional, incumbido da expedição de certidões que atestem a regularidade fiscal do administrado.

8. No caso **sub examine**, o licitante vencedor do certame apresentou incontestavelmente prova de regularidade fiscal, mesmo que através de certidão fornecida pela Procuradoria Geral do Estado do Pará.

À vista de todo o exposto, passaremos concretamente a responder às perguntas transcritas acima, desta forma:

Resposta 1. Dependerá da organização administrativa de cada ente da Federação;

Resposta 2. Nenhuma do ponto de vista da legislação que rege o procedimento licitatório;

Resposta 3. Enquanto entes dotados de autonomia, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios podem e devem estabelecer o real significado da expressão "regularidade fiscal", razão porque a parte final do inciso III, da Lei 8.666/93, menciona "ou outra

equivalente, na forma da lei". Quanto a possibilidade de substituição por declaração do licitante, também estará condicionada ao que reza a legislação de cada unidade federativa, desde que compatível com a norma constitucional.

Resposta 4. Não, conforme já claramente explicitado.

É o nosso parecer, S.M.J.

PROCURADORIA FISCAL/PGE, em Manaus, 25 de setembro de 1998.

INDRA MARA BESSA
Procuradora do Estado

PROCESSO N.º 777/98 – PGE

ASSUNTO: Autenticação de Termo de Contrato

INTERESSADO: Comissão Geral de Licitação

DESPACHO:

O parecer retro n.º 010/98-PROFIS/PGE, de autoria da Procuradora Indra Mara Bessa, se faz completo e elucida plenamente a questão, pelo endosso-o, sem acréscimos.

Submeta-se, pois, ao Exmo. Procurador Geral do Estado.

Procuradoria Fiscal - PGE, 06 de outubro de 1998

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
Procuradora Chefe da PROFIS/PGE

DESPACHO:

Em retorno da diligência solicitada, encaminha-se à PA/PGE.
Em: 07 de outubro de 1998.

Mª DO PERPÉTUO S. DOS SANTOS MORAES
Coord. de Assuntos do Gabinete - PGE

PROCESSO n.º 777/98 – PGE

ASSUNTO: Autenticação de Termo de Contrato

INTERESSADO: Comissão Geral de Licitação

NATUREZA: Termo de Contrato

PARECER N.º 706/98-PA/PGE

EMENTA: TOMADA DE PREÇOS. OBSERVADAS AS FORMALIDADES LEGAIS AUTENTICA-SE O CONTRATO.

Senhor Procurador-Chefe

A COMISSÃO GERAL DE LICITAÇÃO submeteu ao exame desta Especializada, visando obter a formalidade da autenticação, o Termo de Contrato de nº 011/97.

A modalidade de licitação eleita foi a Tomada de Preços.

O procedimento licitatório observou todas as regras elencadas no Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos.

Em análise prévia, esta Parecerista solicitou que a interessada juntasse aos autos as Certidões Negativas de Débitos relativas à Fazenda Estadual e à Fazenda Federal, nos termos do artigo 29, inciso III da Lei 8.666/93, tendo em vista que, originariamente, haviam sido juntadas aos autos apenas a Certidão da Procuradoria da Fazenda Estadual e a da Procuradoria do Município.

No que diz respeito à comprovação de regularidade fiscal da licitante adjudicada, seguindo orientação da Procuradoria Fiscal, entendemos que a documentação apresentada supre as exigências legais.

Relativamente ao Termo de Contrato, destaco que o parágrafo primeiro da cláusula décima segunda não seguiu os percentuais de multas estabelecidos no item de nº 13.3 do edital convocatório o que, de certa forma, desrespeita o princípio da vinculação ao edital. Sendo assim, recomendamos que, de futuro, a interessada observe os percentuais estabelecidos no edital. Destacamos que uma alteração no presente contrato seria inócua tendo em vista que o seu prazo de validade resta extinto.

Isto posto e, tendo sido feitas todas as considerações tidas como necessárias, recomendamos que o Termo de Contrato de nº 001/97-CGL receba a formalidade da autenticação.

É o parecer, S.M.J

À elevada consideração do Sr. Procurador-Chefe.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 09 de outubro de 1998.

ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
Procuradora do Estado

DESPACHO:

Autenticado o termo, como recomendado, encaminho os autos ao Sr. Procurador-Geral

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em 13 de outubro de 1998.

LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA

Procurador-Chefe

PROCESSO N.º 777/98 – PGE

ASSUNTO: Autenticação de Termo de Contrato

INTERESSADO: Comissão Geral de Licitação

DESPACHO:

Recebi Hoje.

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o **PARECER** N.º 706/98-PA/PGE, da lavra da Procuradora Dr.ª Anna Karina Leão Brasil Salama, acolhido pelo ilustre Procurador-Chefe da PA/PGE, Dr. Lourenço dos Santos Pereira Braga, que autenticou o Termo de Contrato n.º 001/97, objeto deste Processo.

DEVOLVAM-SE os autos à Comissão Geral de Licitação – CGL, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus(AM), 16 de outubro de 1998.

OLDENEY SÁ VALENTE

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1257/98-PGE

ASSUNTO: Aprovação de Minutas.

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ.

PARECER N. 001/98-GSPGE

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. LOTERIA SOCIAL DO ESTADO DO AMAPÁ. NECESSIDADE DE PRÉVIA JUSTIFICATIVA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. MELHOR TÉCNICA E MAIOR OFERTA. EXAME E APROVAÇÃO DE MINUTAS.

Antes de publicar o edital de licitação para outorgar delegação de serviço público deve a Administração promover a publicação de ato justificando, através de estudos técnicos, a conveniência da outorga, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Minutas aprovadas com as ressalvas constantes deste Parecer.

Por solicitação do ilustre Secretário de Estado da Fazenda vem, em caráter de urgência, ao exame desta **Procuradoria Geral do Estado**, para fins de aprovação, a minuta do edital de licitação – na modalidade concorrência pública e do tipo melhor técnica e maior oferta – para concessão do serviço público denominado **LOTERIA SOCIAL DO ESTADO DO AMAPÁ**, criado pela Lei n. 2.460, de 09 de setembro de 1997.

Acompanham o referido edital os Anexos I e II, os quais contêm, respectivamente, as especificações técnicas e a minuta do termo de contrato de concessão que será firmado.

Relatei sucintamente.

1. Do Serviço Público a ser Concedido.

A matéria trazida em caráter de urgência ao exame desta casa revela-se de fundamental interesse para o incremento das finanças públicas estaduais, na exata medida em que viabiliza mais um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das indispensáveis atividades das áreas de assistência social e desporto.

Trata-se de serviço público instituído por Lei, o qual se pretende delegar para particulares por meio do instituto da concessão, precedida de procedimento licitatório específico, como se pode verificar do disposto no art. 1º, da Lei n. 2.460, de 09 de setembro de 1997, *in verbis*.

“Art. 1º. Fica instituída no âmbito da Secretaria de Estado da

Fazenda, a Loteria Social do Estado do Amazonas, serviço público destinado a gerar e destinar recursos para os fins de que trata esta Lei.

Parágrafo único. Do lucro líquido anualmente apurado pela Loteria Social do Amazonas, 20% (vinte por cento) serão destinados à criação e manutenção de um Fundo de Reserva e Garantia, 80% (oitenta por cento) serão aplicados da seguinte forma:

- a) 50% (cinquenta por cento) vinculados ao desporto; e
- b) 50% (cinquenta por cento) para ações vinculadas à assistência social."

O art. 2º da referida lei estabelece que a Loteria Social do Estado do Amazonas poderá ser explorada diretamente pela Administração Pública ou por terceiros, neste caso através de concessão ou permissão nos termos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 e das norma gerais de concessão e permissão de serviços públicos, situação de que se cogita nestes autos.

As concessões e permissões de serviços públicos são regidas, a nível constitucional pelo art. 175, parágrafo único da CR, e no plano infra-constitucional pelas Leis 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e 9.074, 07 de julho de 1995, sendo de se destacar que se lhes aplicam subsidiariamente as regras gerais de licitação instituídas pela Lei n. 8.666/93, em especial no que concerne ao procedimento licitatório para outorga e contratação.

2. Da Necessidade de Ato Justificatório

Uma vez destacados os diplomas legais norteadores da matéria em exame e definida a intenção de conceder o serviço da Loteria Social do Estado do Amazonas a particulares através do instituto jurídico da concessão, destaco inicialmente a necessidade do Estado do Amazonas dar cumprimento à regra contida no art. 5º, da Lei n. 8.987/95, que estabelece:

"Art. 5º. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando o seu objeto, área e prazo".

É obrigatório, portanto, que a interessada – na qualidade detentora primária do serviço a ser outorgado a particulares – em nome do Estado do

Amazonas, faça publicar, previamente ao edital de licitação, ato que justifique a conveniência da outorga da concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Essa regra inserida na Lei n. 8.987/95 consagra o princípio da motivação dos atos administrativos que impõe a obrigatoriedade da administração, em situações específicas, apresentar os motivos que justifiquem sua decisão, como garantia aos administrados¹.

O princípio da motivação abranda os critérios de conveniência e oportunidade que, via de regra, informam e orientam as decisões e atos praticados pela Administração.

Na situação em exame, ao decidir delegar um serviço público a particulares a Administração Pública Estadual não pode se valer apenas de razões políticas mas das razões técnicas e fundamentadas que justifiquem a delegação, tal como se pode colher do escólio de Marçal Justen Filho:

"A decisão de contratar, portanto, não representa apenas um *"ato de vontade"*. Outorgar concessão ou permissão não se constitui apenas em opção política. A escolha entre desempenhar diretamente ou delegar a particulares depende de outros fatores. Precisa retratar a correta cognição da realidade, especialmente do ponto de vista técnico. Não se admite que o Estado decida-se pela delegação aos particulares sem que, previamente, tenha avaliado todas as questões técnicas, econômicas e jurídicas envolvidas

(...)

A correção do ato estatal dependerá da existência de estudos técnico-científicos prévios, delineando as condições jurídicas para a futura concessão ou permissão. Não é necessário que o modelo completo da delegação esteja elaborado. A lei alude a *"objeto, área e prazo"*, mas o dispositivo é interpretado no sentido de que as condições fundamentais da delegação terão de ser consideradas. Sem elas seria impossível determinar inclusive, *"objeto, área e prazo"*².

Assim, afigura-se imprescindível a elaboração e a apresentação de estudos técnicos que justifiquem que a concessão ora pretendida irá

¹ Veja-se nesse sentido a opinião CARLOS ARI SUNDFELD no artigo *"A Motivação dos Atos Administrativos como Garantia dos Administrados"* publicado na Revista de Direito Público n. 75, pp. 118 e seg.

² In *"CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS"*, Editora DIALÉTICA, São Paulo, 1997, p. 118.

resultar apta a satisfazer, da melhor maneira, o interesse público. Entenda-se, ainda, que esses estudos técnicos prévios servirão para bem definir se o melhor prazo para concessão é de dez, vinte ou trinta anos, bem como para estabelecer quais os jogos que poderão realizados e área da concessão.

Destaco ainda que a justificativa técnica acima referida deverá também esclarecer os motivos pelos quais a concessão está sendo outorgada com exclusividade, por expressa imposição do art. 16, da Lei n. 8.987/95.

3. Exame do Edital de Concorrência.

Firmadas as considerações acima sobre o instituto jurídico da concessão, mister se faz passar ao exame específico do edital encaminhado pela interessada.

A primeira observação que faço se prende ao órgão referido como executor do procedimento licitatório, qual seja a Comissão Especial de Licitação.

Na verdade, com a criação, através de lei, da COMISSÃO GERAL DE LICITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS (CGL), tendo sido sua atribuição genérica a realização de procedimentos licitatórios para os órgãos da Administração Pública Estadual, penso que a ela haverá de competir a realização do certame, razão pela qual devem ser substituídas todas as referências à Comissão Especial de Licitação por COMISSÃO GERAL DE LICITAÇÃO.

De igual modo devem ser substituídas no Edital as referências à Lei 46/97, posto que a Lei que instituiu a Loteria Social do Estado do Amazonas foi a Lei n. 2.460, de 09 de setembro de 1997.

Outra observação que faço ainda no preâmbulo se prende a uma melhor redação que inclua as Leis 8.987/95 e 9.074/95 que dispõem sobre normas gerais a respeito das concessões de serviços públicos.

Na seqüência verifico o destaque ao item 2.4 do Edital que estabelece:

"2.4 - Não será permitida na licitação direta ou através de consórcio, de empresa, sua controladora, controladas, associadas ou coligadas, que prestam serviços similares a outro tipo de loteria dentro do território do Estado do Amazonas".

A análise gramatical da regra demonstra que foi olvidada a expressão "participação" no texto, o que gera uma certa confusão em sua leitura. Sendo assim, se em engano não estou, penso que a redação que permitiria a melhor compreensão do teor da cláusula seria a seguinte:

"2.4 – Não será permitida na licitação a **participação**, direta ou através de consórcio, de empresa coligada, sua controladora, controladas, associadas ou coligadas, que prestam serviços similares a outro tipo de loteria dentro do território do Estado do Amazonas".

Fixado o conteúdo semântico do dispositivo, penso ser necessário tecer algumas considerações a respeito de seu alcance e consequências jurídicas, por tratar-se de norma que visa a restringir a participação de possíveis interessados no certame.

Entendo que o dispositivo supra em nada confronte o princípio da isonomia ou que restrinja o caráter competitivo da licitação. Explico porque.

Essa regra se propõe a proteger os interesses da Administração na medida que visa evitar a existência de conflito de interesses de empresas que prestem serviços similares no território do Estado. Sabe-se que toda atividade econômica pressupõe a necessidade de concorrência no mercado, devendo ser coibidas todas as práticas que se prestem a frustrar o princípio da livre concorrência. Na hipótese da Loteria Social do Estado do Amazonas vir a ser controlada por uma dessas empresas, não só se estará frustrando o princípio da livre concorrência, mas ainda subordinando os interesses indisponíveis do Estado a um particular que explora atividade concorrente, sendo de se concluir que a encampação do serviço público poderá ser feita apenas para minimizar os efeitos de um novo concorrente no mercado.

Assim, não será razoável admitir que empresas que, direta ou indiretamente, já estejam explorando jogos de loteria no Estado do Amazonas, possam concorrer neste certame.

Já o item 4.2 do edital *sub examen* parece constituir tipo de cláusula que comprometa o caráter competitivo da licitação, por estar assim redigido:

"4.2 – A proposta da licitante deverá apresentar obrigatoriamente um "mix" composto de partes iguais, de no mínimo, três diferentes fabricantes de terminais, sob pena de inabilitação."

Data venia, salvo engano, não consigo encontrar justificativa que imponha a necessidade de um "mix" de três diferentes fabricantes de terminais para participar na licitação. Do pouco que conheço de informática, não me parece que a utilização de três diferentes tipos de terminais venha a se constituir em benefício dos serviços a serem prestados. Pelo contrário, fabricantes diferentes possuem equipamentos diferentes que podem utilizar sistemas operacionais igualmente distintos.

E mais grave, partindo do pressuposto que não existam razões

técnicas para imposição de um "mix" de três fabricantes distintos, se considerarmos que é razoavelmente compreensível e mais sensato que seja bem maior o número de empresas que – para prestar esse serviço, por razões de gestão e parceria – trabalhem exclusivamente apenas com um fabricante de terminal, do que aquelas que disponham de três diferentes fabricantes, forçoso será concluir que estará sendo frustrado o caráter competitivo da licitação.

Questiona-se, ainda, por que três fabricantes de terminais e não dois, quatro ou cinco?

Se a razão indicada para inclusão dessa cláusula for a necessidade de se manter a qualidade dos serviços prestados, penso que exigência não se justifica, uma vez que art. 6º da Lei n. 8.987/95 impõe a prestação de serviço adequado que "é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas". Destacando-se que o §2º do referido artigo estabelece que "a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e a expansão do serviço".

Portanto, basta o imperativo legal para que o licitante vencedor esteja obrigado a sempre manter o melhor serviço, dentro dos preceitos mais técnicos e modernos existentes.

Isto posto, entendo que o item 2.4 só poderá permanecer no edital mediante a apresentação de uma justificativa técnica produzida por agente especializado.

Passo agora ao exame dos critérios de desclassificação das propostas regidos pelos seguintes itens do Edital:

"8.6.1 - Preliminarmente as propostas serão analisadas de conformidade com o art. 48 da Lei 8.666/93, sendo desclassificadas:

- a) as propostas que não atenderem, formalmente, as exigências deste Edital;
- b) as propostas com oferta excessiva.

8.6.2 - Presume-se manifestamente excessiva, a oferta inferior ao percentual de 30% (trinta por cento) da receita bruta".

O §2º do art. 15, da Lei n. 8.987/95, estabelece que

"o poder concedente recusará propostas manifestamente inexeqüíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação".

Portanto, a par da desclassificação por infringência aos aspectos formais do Edital e da Lei, as propostas deverão ser desclassificadas por serem manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com o objeto da licitação.

O conceito de proposta manifestamente inexecutável para fins de concessão não discrepa do que é utilizado pela Lei n. 8.666/93, notadamente nos seus arts. 44, §3º, e 48, inciso II. Já a incompatibilidade financeira será aferida pela incompatibilidade da proposta com o interesse público, no caso por exemplo de uma oferta aquém das expectativas da Administração.

Todavia esses critérios devem ser objetivamente fixados no Edital, sendo imperioso que a Administração fixe um valor máximo razoável que estabeleça a remuneração que pretende receber com a outorga do serviço. Caso esse limite seja da ordem de R\$ 10.000.000,00 (Dez Milhões de Reais), fixado como valor estimativo do contrato, esse número deverá ser utilizado como limite superior para os fins de apresentação de proposta, para que se dê cumprimento à regra do art. 48, II, da Lei n. 8.666/93.

Isto posto, e valendo-me do limite de R\$ 10.000.000,00, apenas como exemplo posto que o valor correto deverá ser fixado pela Administração à luz de critérios técnicos, proponho que os itens 8.6.1 e 8.6.2 sejam reformulados da seguinte maneira:

“8.6.1 - Preliminarmente as propostas serão analisadas de conformidade com os arts. 44, §3º, e 48, da Lei 8.666/93, sendo desclassificadas:

a) as propostas que não atenderem, formalmente, as exigências deste Edital;

b) as propostas que apresentem preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à parcela ou à totalidade da remuneração;

c) as propostas com valor global superior a R\$10.000.000,00 (Dez Milhões de Reais) ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos de insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato;

d) as propostas com oferta inferior a 30% (trinta por cento) da receita bruta calculada nos termos do item 5.1.h deste Edital.”

No item 9 do Edital é necessário corrigir as referências feitas ao Anexo I, em conformidade com o que está anotado à margem da minuta, para que guarde perfeita correspondência.

Matéria de grande relevância no exame deste Edital se circunscreve à fixação de tarifa. É óbvio que a concessão de jogos de azar não constitui serviço essencial, mas não consigo me afastar da idéia de que os preços dos referidos jogos se constitui em uma espécie de tarifa que será arrecadada pelo concessionário.

Definida essa linha de raciocínio é imprescindível que o Edital especifique as regras de definição dos valores das apostas e critérios de reajuste e revisão, nos termos do art. 18, VIII, da Lei n. 8.987/95, aspecto que interessa tanto ao particular quanto à Administração.

Assim, recomendo que a interessada faça incluir no edital a forma de fixação dos preços das apostas e os critérios de revisão e reajuste.

O Anexo I do edital, por tratar de especificações técnicas, não merece maiores reparos, a não ser aqueles necessários a adequar a questão da tarifa.

Com relação ao Anexo II que trata do contrato de concessão, além das alterações que deverão ocorrer pelas alterações sugeridas ao Edital, especialmente, a questão dos preços das apostas e seus reajustes e revisões, entendo que seja necessário estabelecer que o CONCEDENTE é o Estado do Amazonas, por intermédio da Secretaria de Estado da Fazenda e que a LOTERIA SOCIAL DO AMAZONAS é o serviço público objeto da concessão.

Entendo que seja desnecessária tanto no Edital quanto no Contrato a indicação de recursos orçamentários, uma vez que pela natureza do contrato que se pretende firmar a Administração não irá despendar recursos, mas sim arrecadá-los.

Finalmente, reputo de vital importância que tanto no Edital quanto no contrato haja a especificação de quais bens deverão integrar o patrimônio do Estado ao final da concessão.

É o parecer. S.M.J.

GABINETE DO SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 08 de maio de 1998.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Subprocurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 3017/98-PGE**ASSUNTO:** Consulta sobre Possibilidade de Demissão de Pessoal.**INTERESSADA:** Companhia de Desenvolvimento do Estado do Amazonas**PARECER Nº 002/98-GSPGE**

Ementa: ELEITORAL. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SUBMISSÃO ÀS VEDAÇÕES CONSTANTES DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL.

A regra do inciso V do artigo 73 da Lei n. 9.504/97, que confere estabilidade excepcional aos servidores públicos em período que se inicia nos três meses que antecedem a eleição e termina com a posse dos eleitos, aplica-se diretamente aos dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista que integram a administração indireta.

A estabilidade excepcional trazida pela lei deve respeitar a independência dos poderes fixada no art. 2º, da Constituição Federal, o que se traduz em autonomia administrativa e financeira, incluindo a capacidade de auto-organização de cada um dos poderes, nas três esferas de Governo.

*A expressão "**posse dos eleitos**", portanto, deve, obrigatoriamente, considerar os empossados nos poderes Executivo e Legislativo das duas esferas de Governo que tiveram cargos disputados nesta eleição, no caso União e Estados.*

Disso resulta que no âmbito estadual a estabilidade excepcional dos servidores públicos do Poder Executivo vai até o dia 01 de janeiro de 1998, ao passo que a estabilidade dos integrantes do Poder Legislativo vai até o dia 02 de fevereiro de 1999, quando ocorre a posse de cada um de seus membros, nos termos da Constituição do Estado.

Consulta a interessada, por intermédio de seu ilustre Diretor Superintendente, Dr. JOSÉ GILBERTO MACHADO JUCÁ DE QUEIROZ, a respeito da possibilidade de demissão de pessoal de seus quadros, tendo em vista as proibições da legislação eleitoral.

Esclarece o subscritor da consulta que a interessada é uma sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica de direito privado, sob a forma de economia mista, em que o Estado do Amazonas é

seu acionista majoritário, contratando seu pessoal sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Relatei sucintamente.

A matéria trazida a exame é regida diretamente pela LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997, que estabelece normas para as eleições.

No artigo 73 da referida lei são fixadas vedações de condutas aos agentes públicos, dentre as quais se destaca a proibição de demissão de pessoal nos termos de seu inciso V, *in verbis*:

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

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

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;

b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;

c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;

e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários.”

Trata-se, portanto, de garantia de estabilidade excepcional concedida aos servidores públicos com o escopo de evitar abuso de poder por parte dos agentes públicos, em período que vai dos três meses que antecedem a eleição até a posse dos eleitos.

Para aplicar corretamente o comando legal é imperioso, antes de mais nada, definir os conceitos de **agente público** e de **servidor público**.

Da simples leitura do enunciado do caput do art. 73 da Lei Eleitoral, verifica-se que o legislador colocou os servidores públicos como uma das espécies do gênero agente público, com o que reproduziu o entendimento

da abalizada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo¹ que assim se manifesta:

“Esta expressão – agentes públicos – é mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores; os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratos sob locação civil de serviços ou gestores de negócios públicos.”

Na mesma linha de raciocínio é o entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro² para quem **agente público “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta.”**

A expressão agente público, de consequente, abrange as espécies agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público.

Bem a propósito, o parágrafo primeiro do art. 73 da Lei Eleitoral caracteriza, com precisão, quem é agente público para os efeitos de aplicação da lei, nos seguintes termos:

“§1º. Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, **emprego** ou função nos órgãos ou entidades da **administração pública direta, indireta, ou fundacional.**”

Fica claro, portanto, que a regra do inciso V do artigo 73 da Lei n. 9.504/97, que confere estabilidade excepcional aos servidores públicos em período que se inicia nos três meses que antecedem a eleição e termina

¹ In “CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO”, Malheiros Editores, 9ª Edição, 1997, p. 149.

² In “DIREITO ADMINISTRATIVO”, Atlas, 8ª Edição, 1997, p. 353.

com a posse dos eleitos, aplica-se diretamente aos dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista que integram a administração indireta.

Por outro lado, e pelas mesmas razões, não se pode deixar de considerar que a estabilidade excepcional conferida aos servidores públicos aproveita aos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, posto que também são servidores públicos, segundo se colhe do ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³:

"São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem:

1. os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público;
3. os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); que exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público"

Resulta, pois, que a interessada não pode demitir, sem justa causa, seus empregados, sob pena de se sujeitarem os responsáveis às penalidades fixadas nos parágrafos quarto, sexto, sétimo e oitavo, do art. 73:

"§4º. O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR."

§6º. As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

§7º. As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda,

³ *Opus cit.*, p. 354/355.

atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

§8º. Aplicam-se as sanções do §4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem."

Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de exoneração de cargos em comissão ou dispensa de funções de confiança excepcionada pela alínea "a" do inciso V do art. 73 da Lei Eleitoral, caso existam essas situações na companhia, o que não me parece ocorrer.

Outro ponto que merece destaque se prende ao prazo final de duração da estabilidade excepcional, fixado nos termos do inciso V do art. 73 como sendo a posse dos eleitos.

Para fixar esse prazo é preciso, primeiro, considerar que as eleições deste ano compreenderam os cargos de Presidente, Governadores, Senadores, Deputados Federais e Deputados Estaduais, que são representantes dos poderes Executivo e Legislativo.

A posse do Presidente da República se dá no dia primeiro de janeiro do ano seguinte ao de sua eleição (art. 82 da Constituição da República). O mesmo ocorre com a posse do Governador deste Estado (art. 50 da Constituição Estadual).

Deve-se observar, todavia, que a eleição, além dos cargos do Poder Executivo, contempla cargos do Poder Legislativo – Deputados Estaduais, Deputados Federais e Senadores – não se podendo olvidar que a posse de seus membros se dá no dia primeiro dia de fevereiro (art. 29, §4º da Constituição Estadual e art. 57, §4º, da Constituição da República).

A estabilidade excepcional trazida pela lei deve respeitar a independência dos poderes fixada no art. 2º, da Constituição Federal, o que se traduz em autonomia administrativa e financeira, incluindo a capacidade de auto-organização de cada um dos poderes, nas três esferas de Governo.

A expressão "**posse dos eleitos**", portanto, deve, obrigatoriamente, considerar os empossados nos poderes Executivo e Legislativo das duas esferas de Governo que tiveram cargos disputados nesta eleição, no caso União e Estados.

Disso resulta que no âmbito estadual a estabilidade excepcional dos servidores públicos do Poder Executivo vai até o dia 01 de janeiro de 1998, ao passo que a estabilidade dos integrantes do Poder Legislativo vai até o dia 02 de fevereiro de 1999, quando ocorre a posse de cada um de seus membros, nos termos da Constituição do Estado.

À luz de do todo o exposto, em resposta à consulta formulada pela interessada, e considerando que a CIAMA integra a Administração indireta do Estado, vinculada ao Poder Executivo, entendo que esta não pode demitir seus empregados até o dia primeiro de janeiro de 1999.

É o parecer, salvo melhor juízo.

GABINETE DO SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 06 de novembro de 1998.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Subprocurador-Geral do Estado

PROCESSO n.º 959/98-PGE (1080/97-SEAS - 4004/97-5-SPT/SEAD)

ASSUNTO: Aposentadoria

INTERESSADA: Regina Monteiro dos Santos

PARECER Nº 114/98-PPE/PGE

“EXISTÊNCIA DE FEITO JUDICIAL PENDENTE DE DECISÃO DEFINITIVA, TRÂNSITA EM JULGADO, A RESPEITO DA MATÉRIA.

- O ENTENDIMENTO PREVALENTE NESTA PGE CONSISTE NA RECOMENDAÇÃO PARA QUE SE AGUARDE A DECISÃO DEFINITIVA NO ÂMBITO JUDICIAL, PARA, COM BASE NELA, DAR-SE SOLUÇÃO ÀS DEMANDAS ADMINISTRATIVAS” (EMENTA DO PARECER N.º 116/96-PPE/PGE)”.

SENHOR PROCURADOR CHEFE:

A Interessada, funcionária pública lotada na SEAS, requer ao Sr. Governador do Estado do Amazonas a contagem de seu tempo de serviço, para efeito de aposentadoria, com base no artigo 111, inciso III, alínea “c” da Constituição do Estado do Amazonas.

Após a instrução do referido processo, houve a oitiva da Consultoria da SEAD, através do Parecer n.º 116/98, do qual colho a sua conclusão:

“Deste modo por tudo o que consta nos autos, somos pelo deferimento da aposentadoria proporcional da requerente, garantindo-lhe o direito à contagem integral do tempo de atividade privada, em consonância com o Parecer n.º 081-PPE-PGE”.

Foram, então, os autos encaminhados a esta Procuradoria Especializada para oitiva a respeito da questão enfocada na exordial.

Até aqui, relatei. Passo a opinar.

Versam os presentes autos sobre a contagem do tempo de contribuição previdenciária para efeito de aposentadoria, tema este já pacificado por esta Procuradoria Especializada através das várias manifestações, das quais destaco o Parecer n.º 081/96-PPE/PGE:

“CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE PRIVADA PARA EFEITO DE APOSENTADORIA NA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL.

- Em face do § 2º do art. 202 da Constituição Federal, deve a Administração Estadual aproveitar integralmente o tempo de serviço da atividade privada comprovado por certidão do órgão da previdência nacional.

- Entendimento que se extrai da decisão do STF relativa ao RE n.º 162.620.0-SP, e manifestação do Procurador-Geral do Estado contido no ofício n.º 006/96-PGE".

Deve-se, portanto, saber-se se o tempo de serviço privado pode ser contado, para fins de aposentadoria, em período superior aos 10 anos estipulados pela Lei n.º 1552/82.

Da certidão de vida funcional carreada aos autos às fls. 12-PGE, verifico que a Interessada possui 17 anos, 08 meses e 19 dias de tempo de serviço prestado à empresa privada, perfazendo um total de 29 anos, 03 meses e 28 dias para efeito de aposentadoria.

Como destaquei anteriormente, manifestou-se esta PGE por diversas vezes sobre a matéria de que ora se trata. Num primeiro momento, a posição adotada foi no sentido de impossibilidade da contagem, para efeito de aposentadoria, do tempo de serviço privado excedente aos 10 anos estipulados no dispositivo legal anteriormente citado.

Agora, o entendimento encontrado junto a esta PGE tem sido no sentido de recomendar a espera do pronunciamento judicial à definitiva solução das demandas administrativas, uma vez que as ações mandamentais dependem, ainda, do esgotamento dos prazos recursais para que se chegue à prestação jurisdicional definitiva.

Ex positis, opino, conforme entendimento prevalente nesta PGE, no sentido de que se aguarde a decisão judicial definitiva, da qual não caiba mais recurso, à solução das demandas administrativas.

É o meu parecer. Sob censura

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO, Manaus (AM),
17 de abril de 1998.

GLÍCIA PEREIRA BRAGA

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 959/98-PGE (4.004/97-5-SPT/SEAD — 1.080/97-SEAS)

ASSUNTO: Contagem de tempo de serviço prestado em atividade privada para efeito de aposentadoria no serviço público estadual.

INTERESSADA: Regina Monteiro dos Santos.

DESPACHO:

Acolho o parecer retro, de nº 114/98-PPE/PGE.

É verdadeiro, a posição que a Procuradoria do Pessoal Estatutário

tem hoje a propósito do tema corresponde à assentada no Parecer 047/93-PPE/PGE, segundo o qual a Lei 1.552/82 não se tornou inconstitucional diante do § 2º do art. 202 da Carta de 88. Assim, só até dez anos de serviço prestado à iniciativa privada podem ser computados para efeito de aposentadoria no serviço público do Estado.

Por próprio, registro que, ao longo de sua história, poucas vezes a PPE teve posições tão oscilantes à vista de um mesmo assunto. Com efeito, depois daquele pronunciamento, considerando a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 162.620-8-SP (D.J.U. de 05/11/93), esta Especializada mudou sua compreensão a respeito, como se vê do Parecer 019/95-PPE/PGE, que, no entanto, a dirigente da instituição à época desaprovou, para ser coerente com a tese que a PGE defendia no MS nº 29400787-3.

Em vista dessa manifestação da hierarquia, a PPE, por dever de obediência, retomou a linha do aludido Parecer 047/93. Isso ficou expresso no de nº 043/95-PPE/PGE, emitido através do Processo 1.770/95-PGE, tendo o correspondente Interessado, por irrisignação, impetrado, depois, mandado de segurança contra o Estado. Liminar concedida, o então Procurador-Geral, no ofício nº 080/96, que encaminhou ao Tribunal de Justiça para acusar o recebimento da comunicação do deferimento da medida, acabou por timbrar nova alteração ao registrar: "O direito do Impetrante me parece líquido e certo, motivo por que já determinei à Divisão de Pessoal que proceda a averbação do tempo de contribuição prestada junto à atividade privada." (sic).

Era esse, pois, o entendimento da Procuradoria quando veio a meu exame o Processo 2.537/96-PGE, no qual exarei o Parecer 081/96-PPE/PGE, juntado em cópia às fls. 29/32 dos presentes autos pela Consultoria da SEAD como esteio à opinião que emite às fls. 38/39 em favor da ora Requerente. Desconhece aquele órgão, no entanto, que a Egrégia PGE, posteriormente ao mencionado pronunciamento, decidira, sob novo comando técnico-jurídico, ingressar com embargos declaratórios quanto à decisão de mérito da citada ação mandamental, restaurando por tal meio o entendimento que fora firmado para o tema com o questionado Parecer 047/93. Essa nova mudança, aliás, não ficou expressa apenas na mencionada peça judicial, mas também em pronunciamento administrativo, do que dá conta o Parecer 116/96-PPE/PGE, referido na ementa do que venho de acolher com o presente despacho.

Encaminhe-se, com a nota de que a demora se deveu a acúmulo de serviço.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em Manaus(AM), 30 de abril de 1.998.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 959/98-P.G.E.(1080/97-SEAS – 4004/97-5/SPT/SEAD)

ASSUNTO: Aposentadoria.

INTERESSADO: Regina Monteiro dos Santos

DESPACHO :

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o **parecer nº 114/98-PPE/PGE**, da lavra da Procuradora Dr^a Glícia Pereira Braga, acolhido pelo ilustre Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE Dr. Frânio Lima.

DEVOLVA-SE o Processo à **Secretaria de Estado da Administração-SEAD**, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Em Manaus, 07 de maio de 1998.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1608/98-PGE (Ofício nº 1687/98-GSUSAM)

ASSUNTO: Servidor licenciado para tratamento de interesses particulares.
Atuação em Cooperativa. Consulta

INTERESSADO: O Senhor Superintendente Estadual da Saúde

PARECER Nº 266/98-PPE/PGE

O servidor licenciado para tratamento de interesses particulares não está abrangido pela regra do item 11 do inciso I da Cláusula Décima Quarta dos Contratos firmados entre o Estado e as Cooperativas.

- A natureza jurídica das Cooperativas é de pessoa jurídica de direito privado, não possuindo esta nenhum vínculo empregatício com o Estado.

Senhor Procurador-Chefe:

Quer saber o Superintendente Estadual da Saúde, em exercício, em consulta formulada a esta PGE e tendo em vista o disposto no item 11 do inciso I da Cláusula Décima Quarta dos contratos firmados entre o Estado do Amazonas, por intermédio da SUSAM e as Cooperativas Médicas, **“se o servidor público estadual (Médico/Enfermeiro) pertencente ao quadro funcional desta Superintendência, em licença para tratar de interesses particulares, pode pertencer ao quadro das Cooperativas Médicas, sem macular o preceito acima citado”**.

Acompanha o Ofício nº 1687/98-GSUSAM, cópia do Contrato nº 024/96 para servir de base à consulta formulada.

É o relatório.

A Cláusula Décima Quarta a que se refere o inteligente e culto Superintendente Estadual da Saúde tem a dicção seguinte:

“CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – RESCISÃO DO CONTRATO:

O presente contrato poderá ser rescindido:

I – ADMINISTRATIVAMENTE PELO CONTRATANTE:

11. quando comprovada a existência do servidor pertencente ao quadro de pessoal da Contratante, no quadro profissional da Contratada, nos casos proibidos por Lei.”

Embora o Contrato objeto desta análise não trate de prestação de serviço público, entendo, **data maxima venia**, tratar-se de prestação de serviços no serviço público, razão que originou, imagino, a inserção do item 11, no inciso I da Cláusula Décima Quarta.

A matéria de acumulação reflete controvérsias entre os doutrinadores e julgadores, havendo lugar para duas correntes: uma, que

apegada à expressão "remunerada", do texto constitucional, admite a possibilidade de acumulação de cargos e funções, desde que se remunere apenas por uma fonte, e outra, que se apegue à admissibilidade de acumulação apenas naquelas hipóteses taxativamente enumeradas pela Carta Federal. Filio-me à segunda corrente, por entender que a regra constitucional é a da acumulação, enquanto as exceções são aquelas hipóteses taxativamente enumeradas na Constituição da República.

Embora não se trate, *in casu*, de acumulação de cargos, entendo necessário para o deslinde da questão, saber se a prestação de serviço médico, através de Cooperativas, para a Administração Pública, importa na cessação da licença para tratamento de interesses particulares.

É sabido que a licença para tratamento de interesses particulares tem a motivá-la o interesse do servidor em suspender o exercício da atividade funcional para cuidar de assuntos privados, pessoais, sem remuneração. E mais: o tempo de afastamento não é computado para qualquer efeito legal.

Ora, o que a Lei quis evitar e os Contratos firmados pela Administração com as Cooperativas também, foi que o servidor com vínculo com a Administração assumisse novos compromissos de trabalho na área pública ou particular, correndo o risco de não desempenhar bem nenhum deles. Quiseram também a Lei e os Contratos impedir a acumulação de efeitos financeiros evitando assim ônus para o Erário.

No caso do servidor licenciado para trato de interesse particular, não há acumulação, remuneração pelo Erário Público e o servidor estará dedicado apenas àquele serviço que assumir fora da Administração.

Ressalte-se, por oportuno, que o vínculo do servidor é com o Estado e disso resulta que, uma vez licenciado para trato de interesse particular, interrompe ele o vínculo com a Administração como um todo e não apenas com o órgão no qual está lotado.

Ora, suspenso o vínculo com o Estado, nada obsta que o servidor licenciado venha a prestar serviços médicos através de Cooperativas, ainda que para a Administração Pública. A natureza jurídica das Cooperativas é de pessoa jurídica de direito privado, não possuindo nenhum vínculo empregatício com o Estado.

Diante do exposto, opino em resposta à consulta formulada que o servidor licenciado para tratamento de interesses particulares não está abrangido pela regra do item 11 do inciso I da Cláusula Décima Quarta dos Contratos firmados entre o Estado e as Cooperativas.

É o parecer.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE em
Manaus, 03 de julho de 1998.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora do Estado

PROCESSO nº 1608/98-PGE (Ofício nº 1687/98-GSUSAM)

ASSUNTO: Servidor licenciado para tratamento de interesses particulares.
Atuação em Cooperartiva. Consulta.

INTERESSADO: O Senhor Superintendente Estadual da Saúde

DESPACHO:

Recebido hoje.

Acolho o parecer. Efetivamente, à vista do enfoque do exame, não vejo que a presença de servidor da SUSAM no quadro da Cooperativa configure situação ensejadora da rescisão prevista no inciso I, 11, da Cláusula 14ª do contrato de fls. 03/14, se ele se licenciou de suas obrigações funcionais para tratar de interesses particulares.

Encaminhe-se.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus(AM), 07 de julho de 1998.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1608/98-PGE (Ofício nº 1687/98-GSUSAM)

ASSUNTO: Servidor licenciado para tratamento de interesses particulares.
Atuação em Cooperartiva. Consulta.

INTERESSADO: O Senhor Superintendente Estadual da Saúde

DESPACHO:

Recebi hoje.

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o parecer nº 266/98-PPE/PGE, da lavra da Procuradora Drª. Ana Eunice Carneiro Alves, com os aditamentos com que foi acolhido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE Dr. Frânio A. Lima.

ENCAMINHE-SE o Processo à Superintendência Estadual da Saúde-SUSAM, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Manaus(AM), 10 de julho de 1998.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 2179/98 -PGE (OF. Nº 1659/98-GS/SEAD)

ASSUNTO: Consulta pertinente ao cálculo do adicional de "quintos" em razão do que dispõe o Decreto nº 14.215/91.

INTERESSADO: O Senhor Secretário de Estado da Administração

PARECER Nº 362/98-PPE/PGE

- A expressão "vencimento" constante do inciso I do art. 82 da Lei nº 1.762/86 refere-se apenas ao valor do padrão básico do cargo, excluído qualquer acessório pecuniário, como, p.e., a verba de Representação. Concelto que se reafirma com os termos do § 1º do art. 39 da Constituição Federal, conforme redação dada pela Emenda 19/98.

Senhor Procurador-Chefe:

Solicita o Secretário de Estado da Administração a manifestação desta PGE a respeito do procedimento do cálculo da vantagem pessoal de "quintos" instituída pelo art. 82 da Lei nº 1.762/86, em face do Decreto nº 14.215, de 03 de setembro de 1991, estabelecer que "A vantagem pessoal a que se refere o item I do art. 82 da Lei nº 1762 de 14.11.86 – Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado, devida aos titulares dos cargos efetivos estipendiados com gratificação de representação, será calculada estabelecendo-se a diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento acrescido da representação do cargo efetivo"

É o relatório.

No plano da legislação ordinária, a vantagem dos "quintos" está assim regulada pelo Estatuto:

"Art. 82 - 'O funcionário que contar seis anos completos, consecutivos ou não, de exercício em cargo ou função de confiança, fará jus a ter adicionada ao vencimento do respectivo cargo efetivo, como vantagem pessoal, a importância equivalente a um quinto:

I - Da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo;

II - Do valor da função gratificada."

O Decreto nº 16.636, de 04 de agosto de 1995, ao regulamentar o pagamento do adicional, estabeleceu, no que interessa, o seguinte:

“Art. 1º - Os dirigentes de órgãos e entidades da Administração Estadual procederão, no prazo de 30 (trinta) dias, à reavaliação das concessões e da percepção da vantagem de que trata o artigo 82 da Lei 1.762/86, no âmbito dos respectivos quadros de pessoal, de sorte a conformá-las aos seguintes princípios:

...

VI – cada parcela da vantagem corresponde a 1/5 (um quinto):

a) do valor da função gratificada;

b) da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo”.

O art. 80 da Lei nº 1.762/86 define **vencimento** como “a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao valor fixado em Lei para o respectivo símbolo, padrão ou nível”.

Sem deixar margem para interpretações elásticas quanto ao que constitua “vencimento” o Estatuto diz, ainda:

Art. 81 – Remuneração é a retribuição pecuniária paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, mais as vantagens pecuniárias atribuídas em lei”. (grifei).

Em face dos dispositivos transcritos, a primeira conclusão que firmo é no sentido de que o “**vencimento**” a que se refere o inciso I do art. 82 da Lei nº 1.762/86 é aquele definido pelo artigo 80 do Estatuto, excluída a Representação que, adicionada ao vencimento, denota “remuneração”.

Assim, a fórmula a ser adotada para o cálculo da diferença prevista no inciso I do art. 82 no que se refere ao “**vencimento do cargo efetivo**” corresponde apenas ao valor do padrão básico fixado em lei, excluído qualquer acessório pecuniário, como, v.g., a verba de Representação.

No que se refere ao Decreto nº 14.215, de 03 de setembro de 1991, que o ilustre Secretário de Administração alega não haver sido revogado, considero, *data maxima venia*, que apesar de não mencionado expressamente, o art. 4º do Decreto nº 16.636/95, que regulamentou o pagamento do adicional pelo exercício de cargos ou funções de confiança, retirou do mundo jurídico o referido Decreto quando estabeleceu que “Revogadas as disposições em contrário, este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação”.

Além disso, o Decreto nº 14.215/91 teve por fundamento o art. 9º da Lei nº 1.821, de 11 de dezembro de 1987, que “Reajusta os vencimentos, salários, soldos e proventos dos servidores públicos civis e militares, concede abono e dá outras providências”, sendo esta uma lei que tratou de maneira

geral como deveriam ser calculadas as vantagens, enquanto que o adicional dos "quintos" foi instituído por dispositivos que dele cuidaram com especificidade, não podendo o art. 82 da Lei nº 1.762/86, que regulou de forma minuciosa a matéria, estabelecendo que a vantagem seria devida na base de 1/5 (um quinto) da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o **vencimento** do cargo efetivo, ser alterado senão por lei especial. Ora, se a vantagem de que se trata só poderá ser alterada por lei especial, não se aplicando, portanto, o dispositivo da Lei nº 1.821/87, muito menos poderia ser alterada por um Decreto que aliás, conforme afirma o próprio Secretário de Administração, nunca foi cumprido.

Ressalte-se, por oportuno, que o Decreto nº 16.636/95, que regulamentou o pagamento dos "quintos", teve como um dos objetivos dar cumprimento ao estabelecido no art. 82 da Lei nº 1.762/86, uma vez que a Administração vinha adotando práticas contrárias ao estabelecido pelo referido Diploma Legal, inclusive o Decreto nº 14.215/91, que fixou fórmula contrária ao que foi regulado pelo Estatuto.

Diante do exposto, opino no sentido de que o Decreto nº 14.215/91 não mais está em vigor, posto que revogado pelo art. 4º do Decreto nº 16.636/95 e que a expressão "vencimento" constante do inciso I do art. 82 da Lei nº 1.762/86 refere-se apenas ao valor do padrão básico do cargo, excluindo qualquer acessório pecuniário, como, por exemplo, a verba de Representação.

É o parecer.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE em
Manaus, 20 de agosto de 1998.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora do Estado

DESPACHO:

Acolho.

Encaminhe-se.

PPE/PGE, em 20.08.98.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 2179/98-PGE.

ASSUNTO: Consulta sobre o Decreto nº 14.215, de 03.09.91, que dispõe de vantagem pessoal devida aos titulares de cargos efetivos.

INTERESSADO: SEAD-Secretaria de Estado da Administração

DESPACHO:

Recebi hoje.

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o parecer nº 362/98-PPE/PGE, da lavra da Procuradora Dr^a. Ana Eunice Carneiro Alves, acolhido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE Dr. Frânio A. Lima.

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

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus(Am), 21 de agosto de 1998.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Subprocurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 294/98-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de equiparação da Retribuição de Produtividade Fazendária relativa aos Cargos de Assistente Fazendário e Assistente de Administração de Tributos Estaduais.

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Fazenda.

PARECER Nº 034/98-PPE/PGE

Tendo sido o plano de cargos e salários instituído legitimamente, vale dizer: em obediência às regras constitucionais de competência, bem como aos princípios constitucionais relativos aos servidores públicos, encontra-se plenamente legítima e legal a distinção feita entre os cargos de Assistente Fazendário e Assistente de Administração de Tributos Estaduais, inclusive no que pertine à Retribuição de Produtividade Fazendária, eis que, como visto, para o pagamento de tal vantagem é considerado o cargo, tanto sob o ponto de vista objetivo (suas atribuições), como sob o subjetivo (desempenho de tais atribuições pelo servidor), ex vi do artigo 3º, do Decreto nº 17.111/96, que regulamentou o pagamento da Retribuição aludida.

Os cargos referidos são comprovadamente distintos; suas atribuições, embora semelhantes, se distinguem em complexidade, o que proporciona o cálculo diferenciado da Retribuição de Produtividade Fazendária, se não no aspecto objetivo, certamente no subjetivo.

Senhora Procuradora-Chefe,

A Secretaria de Estado da Fazenda, por intermédio do ilustre Sr. Subsecretário da Pasta, formulou consulta acerca da possibilidade da equiparação dos valores referentes à Retribuição de Produtividade Fazendária devida aos cargos de Assistente Fazendário e Assistente de Administração de Tributos Estaduais.

Anexos ao Ofício veiculador da consulta estão os requerimentos dos servidores ocupantes do cargo de Assistente Fazendário interessados na resolução da questão, cujos nomes estão elencados às fls. 02/03-PGE.

Naquela Secretaria foi produzida informação sobre a demanda, oportunidade em que restou concluído o seguinte:

“Não é possível simplesmente promover a equiparação das retribuições dos cargos, sob pena de se incorrer na edição de ato ilegal, conforme art. 37, XIII, da Constituição Federal.

.....
Em síntese, nossa opinião é de que a solução para o problema apresentado pelo servidor Mário de Nazaré é a aprovação do plano de carreiras acima referido, eliminando de vez o grau de insatisfação funcional hoje existente e propiciando a criação de um clima organizacional que leve ao cumprimento eficaz da missão institucional.”

Açostados aos autos, ainda, cópia do Edital nº 01/86 do último concurso público realizado para o provimento dos cargos de Assistente Fazendário e Assistente de Administração de Tributos Estaduais.

É o relatório.

Afasto, de plano, qualquer vinculação da presente demanda administrativa com a dirimida pelo Parecer nº 019/98-PPE/PGE ou com a Ação Declaratória de que trata a Promoção nº 070/97-PJC/PGE, constante do Processo nº 1293/90.

É que ditos Parecer e Promoção referem-se à Ação Declaratória em que outros são os autores (diversos dos ora interessados) e outro, também, o objeto.

Daqueles documentos restou conclusão no sentido de que os interessados naquelas demandas (administrativa e judicial) não possuíam título executivo hábil a conferir-lhe direito à equiparação vencimental de seus cargos (Assistente de Administração de Tributos Estaduais) com os de Agente de Arrecadação e/ou Fiscal Auxiliar de Tributos Estaduais.

Nos presentes autos, o que se pede é a equiparação dos valores da Retribuição de Produtividade Fazendária devida aos ocupantes do cargo de Assistente Fazendário com a paga aos Assistentes de Administração de Tributos Estaduais, sob o fundamento de que ambos os cargos exigem a mesma escolaridade mínima ao seu exercício, assim como mesmo critério de admissão e atribuições semelhantes.

É de se relembrar, de início, da competência do Chefe do Poder Executivo de dispor sobre a organização administrativa de seu Estado, ex vi do artigo 54, incisos X e XVII, da Carta Estadual, decorrente de regra simétrica da Constituição Federal, em relação ao Chefe do Executivo Federal:

“Art. 54. É da competência do Governador do Estado:

.....
X – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual, na forma da lei;

.....

XVII – prover e extinguir os cargos públicos estaduais, com as restrições desta Constituição e na forma que a lei estabelecer;

.....”

No exercício de tal atribuição, estabeleceu a Lei nº 2343, de 19 de julho de 1995, o seguinte, no que interessa ao caso concreto:

“Art. 2º - O plano de Cargos e Salários está constituído e fundamentado nos princípios constitucionais que regem a administração pública e visa assegurar a eficácia da ação e das funções do Estado cometidas à Secretaria de Estado da Fazenda, garantir os direitos do cidadão contribuinte, bem como propiciar a qualificação profissional e a valorização dos seus servidores, mediante a observância dos seguintes princípios e diretrizes:

I – vinculação à natureza das atividades e objetivos da Secretaria de Estado da Fazenda e ao nível de escolaridade requerido para o desempenho dos cargos;

II – ingresso na carreira condicionado à aprovação em concurso público realizado em duas etapas;

.....

IV – vinculação ao desenvolvimento funcional no cargo e do exercício de cargos em comissão e funções gratificadas à capacitação profissional sistemática e avaliação de desempenho;

.....

Art. 4º - As linhas de Atividades relacionam-se aos conjuntos de ações básicas necessárias ao desempenho da missão e dos objetos da Secretaria de Estado da Fazenda.

Art. 10 – O plano de Cargos e Salários da Secretaria de Estado da Fazenda compõe-se dos seguintes cargos:

.....

III – na Linha de Atividade de Finanças, Contabilidade e Administração:

.....

b) Nível Médio: Assistente de Administração de Tributos Estaduais, Técnico Auxiliar de Finanças Estaduais e Assistente Fazendário;

.....

Art. 11 – Como estímulo à eficiência individual e ao esforço coletivo dos servidores da Secretaria de Estado da Fazenda, ficam instituídos na forma desta Lei:

.....
III – a Retribuição de Produtividade Fazendária – RPF, será devida aos ocupantes dos cargos de Consultor Técnico Fazendário, Auditor de Controle Interno, Técnico de Finanças Estaduais, Técnico de Administração Fazendária, Assistente de Administração de Tributos Estaduais, Técnico Auxiliar de Finanças Estaduais, Assistente Fazendário, Motorista Fazendário, Técnico Auxiliar de Manutenção e Auxiliar de Serviços Fazendários.

Art. 12 – As Retribuições de Produtividade de que trata o artigo 11 serão devidas pelo efetivo exercício do cargo e pelo desempenho funcional individual (...)

Art. 48 – A fixação do número de cargos e funções que constituem a lotação da Secretaria de Estado da Fazenda considera:

- I – missões e estratégias;**
- II – objetivos e planos de trabalho;**
- III – abrangência geográfica dos serviços a serem prestados;**
- IV – tecnologias adotadas; e**
- V – outros condicionantes de ordem legal e de política governamental.”**

A regulamentação das Retribuições de Produtividade foi feita pelo Decreto nº 17.111, de 18 de março de 1996, que determina, ainda:

“Art. 3º - A produtividade, para efeito de cálculo das Retribuições de Produtividade (RPAF, RPA e RPF), em sua parte fixa, será aferida através de levantamento dos registros de frequência, na forma abaixo:

I – Pelo rigoroso cumprimento dos fatores de assiduidade, pontualidade e permanência no local de trabalho, observadas as peculiaridades inerentes aos cargos, atividades, órgãos de lotação e outras, o servidor perceberá 100% (cem por cento) das quotas fixas, constantes nas Tabelas 1,2 e 3 do Anexo I deste Decreto.

Art. 4º - A produtividade, para efeito de cálculo da Retribuição de Produtividade, em sua parte variável, será aferida da seguinte forma:

.....

III – para os ocupantes dos cargos de Auditor de Controle Interno, Consultor Técnico Fazendário, Técnico de Finanças Estaduais, Técnico de Administração Fazendária, Assistente de Administração de Tributos Estaduais, Técnico Auxiliar de Finanças Estaduais, Assistente Fazendário, Motorista Fazendário, Técnico Auxiliar de Manutenção e auxiliar de Serviços Fazendários:

- a) o equivalente a 30% (trinta por cento), tomados do total de quotas, da Retribuição de Produtividade Fazendária, atribuindo-se pontos pelo desempenho funcional Individual, em avaliação feita segundo critérios e formulários instituídos pelo Secretário da Fazenda;**
- b) o equivalente a 20% (vinte por cento), tomados do total de quotas da Retribuição de Produtividade Fazendária – RPF, atribuindo-se pontos pelo atingimento de metas fixadas para o órgão a que o servidor estiver vinculado.**

.....”

Da exaustiva transcrição, colho as seguintes conclusões iniciais:

1. O plano de cargos e salários estabelecido para os servidores da Secretaria de Estado da Fazenda pelo Chefe do Executivo, no exercício de suas atribuições constitucionais, considerou, na fixação de seu quadro de pessoal e conseqüente remuneração, entre outros princípios: a natureza das atividades sob a responsabilidade daquela Pasta e o nível de escolaridade exigido para o desempenho satisfatório dos cargos que a compõem; o ingresso nas carreiras respectivas mediante aprovação em concurso público; e observância do desenvolvimento funcional do servidor no cargo, mediante constante capacitação profissional e avaliação de desempenho.

Cabe aqui a transcrição de preciosa lição acerca do princípio da igualdade dos fatores, por vezes, tomados como de discriminação:

“O centro do todo o princípio da igualdade está no fator de discriminação e no motivo da discriminação. A igualdade não significa, como pode parecer em análise superficial, que esteja proibida qualquer discriminação. Pode ser justamente o contrário. Expliquemos.

Se tivéssemos que resumir o princípio da igualdade a apenas uma frase, seguramente diríamos uma expressão famosa e batida: aos iguais, tratamento igual, aos desiguais, tratamento desigual, na medida de suas desigualdades.

Assim, tanto pode ferir o princípio da igualdade um tratamento igual a pessoas desiguais, quanto um tratamento desigual a pessoas iguais.

.....
A igualdade é cumprida quando haja correlação lógica entre discrimen e o motivo da discriminação.

A ausência de discriminação quando esta é da essência das coisas postas em confronto, descumpra o princípio da igualdade.” (Renato Lopes Becho, Princípios Informadores do Direito Administrativo, pp. 56, 72, NDJ, 1997)

Como se constata, o plano de cargos e salários da Secretaria de Estado da Fazenda não incorreu em desigualdade ao fazer permanecer os dois cargos em comento na sua estrutura organizacional, eis que legítimos os fatores de diferenciação entre ambos.

2. Com fulcro no plexo de atribuições de cada cargo, inserido no grupo maior das ações básicas que cabem à Secretaria de Estado da Fazenda, consubstanciadas nas chamadas Linhas de Atividade (artigo 4º), o plano de cargos e salários, legitimamente instituído, colocou no nível médio da Linha de Atividade de Finanças, Contabilidade e Administração, tanto o cargo de Assistente Fazendário como o de Assistente de Administração de Tributos Estaduais (artigo 10, inciso III, alínea b).

3. Os artigos 11, inciso III e 12 estabelecem o fundamento, o alvo e o fato gerador do pagamento da Retribuição de Produtividade Fazendária, sempre considerando as atribuições do cargo, além do desempenho individual do servidor.

4. Como corolário do processo legítimo pelo qual foi instituído o plano de cargos e salários da Secretaria de Estado da Administração, seu artigo 48 esclarece os critérios à fixação do número de cargos que compõem a estrutura daquela Secretaria, quais sejam: missões e estratégias; objetivos e planos de trabalho; abrangência geográfica dos serviços a serem prestados, tecnologias adotadas; e outros condicionantes de ordem e de política governamental.

De todo o exposto sobressai como primeira conclusão definitiva: tendo sido o plano de cargos e salários instituído legitimamente, vale dizer: em obediência às regras constitucionais de competência, bem como aos princípios constitucionais relativos aos servidores públicos, encontra-se plenamente legítima e legal a distinção feita entre os cargos de Assistente Fazendário e Assistente de Administração de Tributos Estaduais, inclusive no que pertine à Retribuição de Produtividade Fazendária, eis que, como visto, para o pagamento de tal vantagem é considerado cada cargo, tanto sob o ponto de vista objetivo (suas atribuições), como sob o subjetivo (desempenho de tais atribuições pelo servidor), ex vi do artigo 3º, do Decreto nº 17.111/96, que regulamentou o pagamento da Retribuições aludida.

Ademais, também não prosperam os argumentos de atribuições semelhantes dos cargos aludidos como fundamentos à equiparação pleitada, pelas razões aduzidas nas informações de fls. 08/12-PGE, as quais bem traduzem as diferenças entre ambos os cargo. Transcrevo os trechos que permitem tal identificação:

“a) em relação ao nível de escolaridade:

1. Os atuais cargos de Assistente de Administração de Tributos Estaduais e Assistente Fazendário têm origens distintas: o primeiro, do cargo de Oficial da Fazenda, que integrava o antigo Grupo Fisco, e o segundo, da fusão de cargos de natureza essencialmente administrativa (Agente Administrativo, Auxiliar Administrativo e outro);

2. As leis que tratam do quadro de pessoal desta Secretaria, a partir da modificação acima exposta, a exemplo do que acontecia antes, sempre posicionaram na escala hierárquica, consubstanciada em níveis, o cargo de Assistente de Administração de Tributos Estaduais (antigo Oficial da Fazenda, repetimos), acima do cargo de Assistente Fazendário (antigos cargos de Agente Administrativo, Auxiliar Administrativo e outros, enfatizamos), não obstante exigir-se de ambos a mesma escolaridade, ou seja, o 2º grau;

3. A despeito de exigir-se a mesma escolaridade, o nível de conhecimento exigido dos candidatos para ingresso no cargo de Assistente de Administração de Tributos Estaduais é mais abrangente, como pode ser verificado nos programas de concurso realizado simultaneamente em 1986, para os dois cargos: (...)

b) em relação ao critério de admissão:

O critério de admissão é único para todos os cargos no serviço público: processo seletivo com base no conhecimento exigido para o exercício de cargo. O que varia é o grau de escolaridade e a complexidade das provas. No caso em questão, o grau de escolaridade foi o mesmo, mas a complexidade do concurso para a Assistente de Administração de Tributos Estaduais foi maior.

c) em relação às atribuições dos cargos:

.....
Assistente de Administração de Tributos Estaduais: atividades de nível médio, com responsabilidades de auxílio, apoio e assistência aos servidores dos diversos órgãos fazendários.

Assistente Fazendário: atividades de nível médio, com responsabilidades e encargos auxiliares na administração geral de escritórios e datilografia.

d) em relação à remuneração:

.....
Diante desses dados, é possível verificar que, no aspecto remuneração, existe a maior proximidade possível entre a remuneração dos cargos, haja vista que a diferença percentual entre a remuneração do final de carreira do Assistente Fazendário e do início de carreira do Assistente de Administração é de 1,5%."

Como se vê, e esta constitui a segunda conclusão definitiva da presente análise, a par da legitimidade e legalidade com que foi constituído o plano de cargos e salários da Secretaria de Estado da Fazenda, do qual constam os cargos de Assistente Fazendário e Assistente de Administração de Tributos Estaduais como integrantes do quadro de pessoal daquela Pasta, bem como os critérios de concessão da Retribuição de Produtividade Fazendária, que leva em conta os aspectos objetivo (parte fixa – cargo) e subjetivos (parte variável – desempenho das atribuições do cargo), os cargos referidos são distintos, suas atribuições, embora semelhantes, se distinguem em complexidade, o que proporciona o cálculo diferenciado da Retribuição de Produtividade Fazendária, se não no aspecto objetivo, certamente no subjetivo.

Por todo o exposto, opino pelo indeferimento dos pedidos atrelados à consulta, devendo a Retribuição de Produtividade Fazendária continuar sendo calculada e paga nos moldes da Lei nº 2343/95 e do Decreto nº 17.111/96.

É o parecer, s. m. j.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus(AM), 18 de fevereiro de 1998.

ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
Procuradora do Estado

DESPACHO:

Acolho.

Encaminhe-se, em 06.03.98.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe, em exercício

PROCESSO Nº 294/98-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de equiparação da Retribuição de Produtividade Fazendária relativa aos cargos de Assistente Fazendário e Assistente de Administração de Tributos Estaduais.

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Fazenda

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o parecer nº 034/98-PPE/PGE, da lavra da Procuradora Dr^a Ellen Florêncio Santos Rocha, acolhido pela ilustre Procuradora Chefe, em exercício, da Procuradoria do Pessoal Estatutário Dr^a Ana Eunice Carneiro Alves

DEVOLVA-SE o Processo à **Secretaria de Estado da Fazenda-SEFAZ**, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus(AM), 11 de março de 1998.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO

Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO n.º 2528/98 (5450/98-SPT-SEAD)

ASSUNTO: Revisão de Processo e Reintegração

INTERESSADO: José Wilmar Monteiro Luna

PARECER Nº 410/98-PPE/PGE

“REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS. AUSÊNCIA DE FALHA DE ORDEM PROCESSUAL QUE EXIJA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A SUA CORREÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO CONSTANTE NA INICIAL.

- A qualquer tempo poderá ser requerida a revisão do processo administrativo de que haja resultado pena disciplinar, quando forem aduzidos fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido”. Grifei. (à inteligência do art. 196 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Amazonas).

Senhor Procurador Chefe:

JOSÉ WILMAR MONTEIRO LUNA requer a revisão do processo que culminou em sua demissão e a sua conseqüente reintegração ao cargo anteriormente ocupado, tudo com fundamento no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Amazonas.

São argumentos que buscam sustentar o pedido:

- 1) a ausência de depoimento do Interessado;**
- 2) a falta de comunicação oficial em relação ao procedimento administrativo.**

Na Consultoria Técnica da SEAD, foi exarado o Parecer n.º 554/98-CGS/SEAD favorável ao pleito constante na inicial, havendo sido discordado através do despacho da respectiva Chefia, sob a seguinte fundamentação:

“[...] a simples declaração de injustiça é insuficiente à realização da revisão do processo disciplinar, sem a competente comprovação de fatos novos que possam elidir a pena disciplinar expulsória, a teor do art. 196, § 1º, da Lei n.º 1.762, de 14 de novembro de 1986”.

Chegam, então, os autos a esta Especializada através do

despacho de solicitação do Senhor Secretário de Estado da Administração, onde requer o exame e parecer conclusivo desta PGE.

Em síntese, é o relatório. Passo a opinar.

O abandono de cargo ou função se caracteriza, nas três esferas de Poder, pelas faltas intencionais injustificadas ao serviço, por mais de trinta dias consecutivos. Não basta, entretanto, a simples ocorrência das trinta faltas para o abandono: necessária se faz a apuração da intenção, da falta de justificação das ausências, do descaso e desinteresse do funcionário, em processo administrativo. O ônus probante, assim, dessas escusas quase sempre estará a cargo do próprio indiciado, que deve comprovar, por vias diretas ou indiretas, a justificativa alegada e a ausência do *animus* de abandonar o cargo e o serviço público.

Sabe-se que o poder disciplinar do Estado é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais de seus servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.

Ensina-nos o saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles:

“A apuração regular da falta disciplinar é indispensável para a legalidade da punição interna da Administração. O discricionarismo do poder disciplinar não vai ao ponto de permitir que o superior hierárquico puna arbitrariamente o subordinado. Deverá, em primeiro lugar apurar a falta, pelos meios legais compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa do acusado. Sem o atendimento desses dois requisitos a punição será arbitrária (e não discricionária), e, como tal, ilegítima e invalidável pelo Judiciário, por não seguir o devido processo legal - *due process of law* - de Constituição (art. 5º, LIV e LV) pela nossa doutrina (*In Direito Administrativo, 21ª edição, Ed. Malheiros*)”.

Nenhum dos argumentos utilizados pelo Interessado bastam à revisão do Inquérito, nem a falta de seu depoimento, muito menos a falta de comunicação oficial, já que da análise dos autos constato o respeito às garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, fixadas respectivamente pelos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, quando da nomeação do defensor, à inteligência de seu art. 184.

Constato, ainda, que:

- a) Data de 03 de outubro de 1997 o expediente da citação do Interessado;
- b) A certidão, da lavra do Sr. José Maria Rocha de Oliveira, de não localização do Interessado data de 07/10/97;
- c) Houve a publicação do edital de citação, pelo período de 03 dias, no Diário Oficial do Estado do Amazonas;
- d) Foi lavrado o termo de revelia em 19 de dezembro de 1996, tendo sido, ainda, em 07 de janeiro de 1997, nomeada a Sra. Yolanda Ana, na qualidade de defensora dativa, para proceder com a defesa escrita do indiciado;
- e) A defesa foi devidamente apresentada no prazo legal.

Agindo desta forma, a Comissão de Regime Disciplinar respeitou os preceitos legais da ampla defesa estabelecidos no Estatuto dos Servidores do Estado do Amazonas:

“Art. 183. Recebidos os autos, a Comissão formalizará o indiciamento do funcionário, apontando o dispositivo legal infringido.

§1º. A citação será pessoal e contará com a transcrição do indiciamento, bem como a data, hora e local marcados para o interrogatório.

§2º. Não sendo encontrado o indiciado, ou ignorando-se o seu paradeiro, a citação será feita por editais, publicados no órgão oficial, durante três dias consecutivos.

§3º. Se o indiciado não comparecer, será decretada a sua revelia e designado um defensor dativo, de preferência Bacharel em Direito, ou funcionário da mesma classe e categoria, para a promoção da defesa.

Art. 184. Nenhum funcionário será processado sem assistência de defensor habilitado”.

No âmbito do Direito Processual Penal, que é o que mais se ajusta ao procedimento punitivo na esfera administrativa, o princípio *“pas de nullité sans grief”* está expresso no artigo 593 do Código respectivo, com a promulgação de que *“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”*. E este não é o caso dos autos, como visto antes, mesmo mediante a ausência de depoimento do Interessado, em virtude de sua não localização, houve a nomeação do defensor quando da instauração do processo disciplinar, o que substitui a necessidade de sua comunicação oficial, obedecendo os ditames legais.

Decorre da Constituição Federal o princípio da ampla defesa, inclusive nos processos administrativos:

“art. 5º - LV - Aos litigantes em processo judicial e administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Para Manuel Gonçalves Ferreira Filho, assegurar ampla defesa significa ***“velar para que todo acusado tenha seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras”.***

A revisão é, no processo administrativo disciplinar, recurso de mérito, prestando-se exclusivamente à discussão das próprias razões da decisão impugnada, seja ante o conteúdo da prova produzida, seja, enfim, pelo surgimento de fatos novos. É assim que estabelece o artigo 196 da Lei n.º 1762/86:

“Art. 196. A qualquer tempo poderá ser requerida a revisão do processo administrativo de que haja resultado pena disciplinar, quando forem aduzidos fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido”.

Transcrevo entendimento firmado através de parecer do Ilustre Procurador do Estado de São Paulo, Wladimir Novaes Filho, *verbis*:

“Outra das garantias ao devido processo legal é o direito à revisão da decisão singular ou até mesmo da colegiada. É de conhecimento público que o ser humano tem dificuldade em aceitar a primeira decisão, principalmente se singular.

Essa certeza de que a decisão será revista por órgão colegiado tranqüiliza o administrado e facilita a aceitação da decisão contrária, já que várias pessoas analisaram e entenderam melhor a solução da dependência.

A previsão constitucional denominou, de forma necessária, de ampla defesa, ou seja, deve-se buscar dentro do limite da legalidade, todas as possibilidades de defesa, ou pelo menos se propiciar aos litigantes tal garantia. Surge dentro dessa ampla defesa a possibilidade do contraditório. Há necessidade de que os litigantes rebatem afirmações, façam suas alegações e demonstrem-nas”.

Entendo, assim, que os argumentos sustentados pelo Interessado como fatores determinantes à revisão do procedimento me parecem falhos, pois não basta a simples arguição de injustiça, a ausência de seu depoimento

e a falta de comunicação oficial, já que houve a apresentação de defesa por parte do defensor dativo nomeado, como colocado pela Chefia da Consultoria Técnica da SEAD, necessário também é o surgimento de fatos novos que justifiquem novas apurações.

Portanto, não existe no caso sub exame falha de ordem processual que a Administração deva corrigir, muito menos fatos novos que justifiquem o pedido de revisão formulado pelo Interessado.

Sou, então, pelo indeferimento do pleito constante na inicial, tudo conforme fundamentação anterior.

É o meu parecer. Sob censura.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus (AM), 16 de setembro de 1998.

GLÍCIA PEREIRA BRAGA
Procuradora do Estado

DESPACHO:

Recebido hoje.

Acolho.

Encaminhe-se.

PPE/PGE, em 21.09.98.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 2528/98-PGE

ASSUNTO: Revisão de Processo e Reintegração

INTERESSADO: José Wilmar Monteiro Luna

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o parecer nº 410/98-PPE/PGE, da lavra da Procuradora Dr^a. Glicia Pereira Braga, acolhido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, Dr. Frânio Lima.

DEVOLVA-SE o Processo à Secretaria de Estado da Administração-SEAD, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Manaus(AM), 24 de agosto de 1998.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N.º 2310/98

ASSUNTO: Reenquadramento dos produtos da empresa AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA na Lei n.º 2.390, de 08/05/96 (Lei Hanan)

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Indústria e Comércio - SIC

PARECER N.º 08/98 - PROFIS/PGE

EMENTA: Incentivo Fiscal. Empresa instalada na Zona Franca de Manaus após a edição da Lei n.º 2.390/96 (Lei Hanan). Projeto de Fundamental Interesse ao Desenvolvimento Econômico e Social do Estado aprovado pelo CODAM. Fornecimento de insumos sem similares para a indústria de componentes metálicos. Enquadramento nos benefícios da Lei Hanan (Artigo 3º). Cumprimento dos requisitos. Deferimento do pedido.

Senhora Procuradora-Chefe:

A Secretaria de Estado da Indústria e Comércio - SIC formula consulta a esta Procuradoria especializada acerca da possibilidade de reenquadramento dos produtos da empresa AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA na Lei n.º 2.390, de 08/05/96 (Lei Hanan), regulamentada pelo Decreto n.º 17.287, de 26/06/96.

A empresa em questão, através do processo n.º 3746/98-6-SPT, solicitou da SIC o reenquadramento de seus produtos (insumos para a indústria de componentes da Zona Franca de Manaus) no regime de incentivos fiscais da Lei n.º 2.390/96, pois, segundo alega, é condição essencial para que possa competir com os produtos similares fabricados em outras partes do Brasil e que usufruem de isenções tributárias quando remetidos para esta região.

Cumpra destacar que a mencionada empresa obteve, através do Decreto n.º 18.020, de 30/07/97, o incentivo fiscal de restituição do ICMS, previsto na Lei n.º 1.939, de 27.12.1989 (regulamentada pelo Decreto n.º 12.814-A, de 23 de fevereiro de 1990), ao nível de 75% (setenta e cinco por cento), restando o referido benefício consolidado através dos laudos técnicos n.ºs 1395, 1396, 1400 a 1418/98-SIC.

Vê-se, pois, que a empresa requerente já está devidamente implantada e através do presente processo solicita seu reenquadramento na Lei n.º 2.390/96, alegando que seus produtos não têm similar na ZFM, anexando, inclusive, o Ofício n.º 4573/SPR/DEPRO/COAPI da SUFRAMA, onde consta a informação de que é a única empresa a ter projeto aprovado para os produtos discriminados no decreto concessivo.

A SIC, através da GEAP, opina pela improcedência do pleito da

requerente, pois entende não estarem preenchidas as exigências dos incisos I, II e III do art. 6º da Lei n.º 2.390/96, apontando, como solução, uma nova constituição jurídica da empresa, junto aos órgãos competentes, para ser beneficiada pelo disposto no art. 9º daquele diploma legal, gozando, assim, dos benefícios fiscais.

Destaca, no entanto, aquele setor, que do ponto de vista sócio-econômico, o empreendimento é de interesse do Estado do Amazonas, conforme estabelece o art. 7º da Lei n.º 1.939, de 27/12/89, tendo em vista que projeta a geração de 48 empregos diretos e investimentos da ordem de R\$ 3.662.398,00.

Por sua vez, a Consultoria Jurídica da Secretaria de Indústria e Comércio opina pelo deferimento do pedido da empresa, sob o entendimento de que é a única empresa que produz este tipo de bem e o seu enquadramento como produto pioneiro não fere a legislação, muito menos a concessão dos benefícios fiscais trará prejuízos para o erário público, porque se trata de empreendimento de interesse do Estado do Amazonas.

Posteriormente, a requerente reitera seu pleito, "que visa o aumento da capacidade desta empresa como fornecedora de insumos para a indústria de componentes metálicos", produtos que "estão na fase anterior da cadeia produtiva da indústria de componentes metálicos, o que torna importante a sua existência na ZFM para aumento do grau de aderência do pólo de bens intermediários".

Através do ofício nº 1159/98-GS/SIC, o processo foi encaminhado à Procuradoria Geral do Estado, para análise e parecer.

É o relatório.

A situação trazida à liça demanda certas considerações acerca da sistemática de incentivos fiscais adotada pelo Estado do Amazonas.

A Constituição do Estado do Amazonas, no Capítulo em que trata do Sistema Tributário Estadual (Capítulo I do Título IV), dedica uma seção inteira (Seção VI) à Política de Incentivos Fiscais e Extrafiscais para as atividades consideradas de fundamental interesse ao seu desenvolvimento (art. 149).

Os incentivos fiscais de competência do Estado são os relativos ao ICMS (art. 2º, *caput*, da Lei n.º 1.939, de 27 de dezembro de 1989) e compreendem a restituição total ou parcial do tributo, de acordo com as características da empresa beneficiária (art. 2º, §1º, da Lei n.º 1.939/89).

A Lei de Incentivos Fiscais e Extrafiscais do Estado do Amazonas (Lei n.º 1.939, de 27/12/89, regulamentada pelo Decreto n.º 12.814-A, de 23/02/90), em seu art. 11, assim dispôs:

"O incentivo fiscal de restituição do ICMS será concedido até 05 de outubro de 2013."

Surge, neste quadro, a Lei n.º 2.390, de 08/05/96 (regulamentada pelo Decreto n.º 17.287, de 26/06/96), que, estabelecendo regimes especiais de tributação, assim dispôs:

"Art. 1º - Ficam instituídos, na forma definida por esta Lei, regimes especiais de tributação como novos mecanismos para promover o desenvolvimento do Estado, integrando sua política industrial, observados os preceitos ditados no art. 166 da Constituição do Estado.

Art. 2º - Os novos mecanismos a que se refere o artigo anterior deverão atender programas especiais de expansão e diversificação do parque industrial instalado na Zona Franca de Manaus e de implantação de novos empreendimentos em segmentos industriais pioneiros."

Cumpra observar que somente podem ser beneficiadas pela Lei n.º 2.390/96 as empresas regularmente instaladas optantes pela Lei n.º 1.939, de 27/12/89, ou que vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus, nos termos de seu art. 3º.

Assim, a Lei n.º 2.390/96 não veio substituir a Lei n.º 1.939/89, que regula a concessão de incentivos fiscais e extrafiscais no Estado do Amazonas, e sim beneficiar as empresas que já optaram pelo regime jurídico da Lei n.º 1.939/89 ou que vierem a se instalar usufruindo deste incentivo.

A Lei n.º 2.390/96 (regulamentada pelo Decreto n.º 17.287, de 26/06/96) instituiu regimes especiais de tributação como política de desenvolvimento que traga incentivos à indústria e ao comércio, buscando basicamente expandir e diversificar as atividades já existentes e atrair novos empreendimentos em segmentos industriais pioneiros.

O art. 6.º da Lei n.º 2.390/96 estabeleceu os requisitos para fruição do regime especial de tributação para as empresas já instaladas, conforme transcrição abaixo:

"Art. 6.º - As empresas industriais instaladas na Zona Franca de Manaus, fabricantes dos produtos atualmente incentivados com restituição do ICMS, poderão requerer a aprovação de projeto especial de expansão ou diversificação, observados, cumulativamente aos previstos na Lei n.º 1.939, de 27 de dezembro de 1989, os seguintes requisitos:

I - manutenção, durante a vigência do incentivo, do atual número de empregados, e da média, em valores reais, de faturamento e recolhimento de ICMS dos últimos seis meses, conforme dispuser o regulamento;

II - geração de novos empregos em número compatível ao da expansão ou diversificação pretendida;

III - níveis salariais dos empregos relativos à expansão ou diversificação idênticos aos das suas atuais linhas de produção.”

Na hipótese em apreço, a empresa AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA foi criada em 1997, após a edição da Lei nº 2.390/96, tendo obtido, através do Decreto nº 18.020, de 30/07/97, o incentivo fiscal de restituição do ICMS, previsto na Lei nº 1.939, de 27.12.1989 (regulamentada pelo Decreto nº 12.814-A, de 23 de fevereiro de 1990), ao nível de 75% (setenta e cinco por cento).

Atuando como fornecedora de insumos para as empresas de componentes metálicos, a empresa tem utilizado parte insignificante de sua capacidade produtiva, em decorrência, principalmente, da reduzida condição de competir com os produtos similares fabricados no resto do País, cujas vendas para a Zona Franca de Manaus estão isentas do IPI e do ICMS, não tendo impacto financeiro o crédito de 17% adquirido nas compras realizadas em Manaus, diante do elevado nível de restituição de ICMS das compradoras.

Em julho/98, a empresa citada requereu o enquadramento de seus produtos na Lei nº 2.390/96, através do anexo projeto de atualização, em que demonstra que os produtos fabricados não têm similares na ZFM e a viabilidade do empreendimento depende do deferimento do pedido, tendo em vista a concorrência com empresas sediadas em outras Unidades da Federação, que têm vantagens maiores nas vendas para ZFM.

Analisando o impacto dos incentivos fiscais na capacidade competitiva da AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA, o projeto compara os benefícios da Lei nº 1939/89 com os benefícios da Lei nº 2.390/96, concluindo que, no terceiro ano, o incentivo fiscal da Lei nº 2.390/96 será superior em 44,3%.

A vantagem da instalação da AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA na ZFM está na possibilidade de permitir ao cliente a implantação do sistema de “produção sem estoque” (*just in time*), reduzindo os custos dos estoques e permitindo o atendimento de encomendas não programadas em tempo mais reduzido, eis que o projeto da empresa é o único dessa natureza em atividade aprovado pela SUFRAMA.

Por fim, ressalte-se que o projeto foi considerado de fundamental interesse ao desenvolvimento econômico e social do Estado, tendo sido aprovado pelo CODAM, conforme Decreto nº 18.020, de 30/07/97.

A controvérsia no âmbito da Secretaria de Indústria e Comércio está no fato de que, quando da instalação da AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA, a Lei nº 2.390/96, já estava em vigor. Portanto, a empresa deveria ter requerido o benefício de regime especial de tributação da Lei nº 2.390/96 diretamente, nos termos de seu artigo 9º, ao invés de requerer seu enquadramento na Lei nº 1.939/89.

Permissa venia, entendo que essa não é a melhor exegese do artigo 3º da Lei nº 2.390/96, *in verbis*:

"Art. 3º - Em qualquer hipótese, somente poderão ser beneficiadas pelas disposições desta Lei as empresas regularmente instaladas optantes pela Lei nº 1.939, de 27 de dezembro de 1989, ou que vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus, e cujo projeto tenha sido analisado e aprovado pelo Conselho de Desenvolvimento do Amazonas – CODAM, nos termos do art. 9º da mencionada Lei. "

De fato, depreende-se que, no tocante às empresas que vierem a se instalar na ZFM, a Lei nº 2.390/96 condiciona a fruição de seus benefícios à aprovação do projeto pelo CODAM, nos termos do art. 9º da Lei nº 1.939/89, que é a "mencionada lei". Se o legislador quisesse se reportar ao artigo 9º da própria Lei nº 2.390/96, teria dito "desta lei" e não da "mencionada lei".

Reza o artigo 9º da Lei nº 1.939/89:

"Art. 9º - A concessão do incentivo fiscal efetivar-se-á através de Decreto, na forma estabelecida no Regulamento desta Lei."

Em sendo assim, verifica-se que a empresa cumpriu a exigência legal, porque teve seu projeto aprovado pelo CODAM, conforme Decreto nº 18.020, de 30/07/97.

A confirmar esse entendimento do artigo 3º está o fato de que a Lei nº 2.390/96 não veio substituir a Lei nº 1.939/89, e sim ampliar seus horizontes, visando o implemento de uma política de desenvolvimento da indústria e do comércio locais.

Entendo, portanto, que, mesmo para empresas que vierem a se instalar na Zona Franca de Manaus, há necessidade de aprovação do projeto de implantação pelo CODAM, nos termos do artigo 9º da Lei nº 1.939/89. Posteriormente, a empresa submete o projeto de implantação à SIC, para enquadramento nos benefícios da Lei nº 2.390/96.

O projeto especial de expansão ou diversificação deve ser apresentado pelas empresas já instaladas que pretendem usufruir do benefício da Lei nº 2.390/96, nos termos de seu artigo 6º.

Autoriza esse entendimento o próprio artigo 9º da Lei nº 2.390/96, segundo o qual as empresas que vierem a se instalar na ZFM poderão requerer o benefício para fabricação de produtos sem similar, cumpridos os requisitos exigidos nos capítulos anteriores, no que couber, isto é, o artigo 6º não é cabível, porque trata de empresa já instalada, o que significa que as empresas que vierem a se instalar devem apresentar apenas o projeto de implantação e não o de expansão ou diversificação.

Desse modo, o fato de ter se instalado após a edição da Lei nº 2.390/96 e não ter requerido o seu enquadramento de imediato não impede que venha se beneficiar do regime especial de tributação estabelecido pela Lei Hanan, porque há necessidade de aprovação do projeto pelo CODAM, nos termos do artigo 9º da Lei nº 1.939/89, conforme exigido pela própria Lei nº 2.390/96 (art. 3º).

Para que não paire mais qualquer dúvida, leia-se o artigo 3º do Decreto nº 17.287, de 26/06/96, que regulamentou a Lei nº 2.390/96:

"Art. 3º. As empresas que vierem instalar estabelecimentos industriais no Estado do Amazonas, para terem validada a fruição dos benefícios instituídos pela Lei nº 2.390, de 08 de maio de 1996, estarão condicionadas, cumulativamente, a:

I – submeter a análise do projeto de seu empreendimento, para efeito do que dispõe o artigo 8º da Lei nº 1.939, à SIC;

II – aprovação da concessão dos incentivos pelo CODAM, por Resolução;

III – publicação do decreto concessivo do Chefe do Poder Executivo;

IV – expedição de Laudo Técnico de Inspeção, pela SIC, na forma prevista no Regulamento aprovado pelo Decreto nº 12.814-A, de 23 de fevereiro de 1990, com base no decreto concessivo de que trata o inciso anterior."

Isto posto, concluo pelo deferimento do pleito da empresa AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA, eis que se trata de fabricação de produtos sem similar na ZFM, conforme projeto aprovado pelo CODAM como de fundamental interesse ao desenvolvimento econômico e social do Estado, preenchidos todos os requisitos legais.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA FISCAL/PGE, em Manaus (AM), 04 de setembro de 1998.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE

Procuradora do Estado

PROCESSO N.º 2310/98

ASSUNTO: Reenquadramento dos produtos da empresa AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA na Lei n.º 2.390, de 08/05/96 (Lei Hanan)

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Indústria e Comércio - SIC

DESPACHO:

O parecer retro nº 08/98-PROFIS/PGE, de autoria da ilustre procuradora Roberta Ferreira de Andrade, se faz completo e elucida plenamente a questão, pelo que endosso-o, sem acréscimos.

Submeta-se, pois, ao Exmo. Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA FISCAL PGE, em Manaus (AM), 11 de setembro de 1998.

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO

Procuradora Chefe da PROFIS/PGE

PROCESSO N.º 2310/98

ASSUNTO: Reenquadramento dos produtos da empresa AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA na Lei n.º 2.390, de 08/05/96 (Lei Hanan)

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Indústria e Comércio - SIC

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o parecer nº 08/98-PROFIS/PGE, da lavra da Procuradora do Estado Drª Roberta Ferreira de Andrade, aprovado, sem ressalvas, pelo Despacho da ilustre Procuradora-Chefe da Procuradoria Fiscal, Drª Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato.

De fato, a correta interpretação pertinente autoriza o deferimento do pleito da empresa AÇOS DA AMAZÔNIA LTDA, como bem demonstrado no aludido Parecer.

DEVOLVA-SE o Processo à Secretaria de Indústria e Comércio-SIC, com as formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus (AM), 14 de setembro de 1998.

OLDENEY SÁ VALENTE

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº3232/97

INTERESSADO: SEINF/SUHAB

ASSUNTO: Desapropriação/Legitimidade dos títulos

PARECER Nº 014/98-PPIMA/PGE

Ementa: 1. Cessão de Direitos de Promessa de Compra e Venda, ainda que não comunicada ao agente financeiro, é contrato válido e operante entre as partes. Inteligência dos arts. 530, 531, 532, II e III e 533 do CC que, não impedem que o ordenamento positivo conviva com outras formas de transferência da propriedade imobiliária.

2. Possessor é conceito de direito público e corresponde à noção de posse no sentido publicístico, ao passo que a posse, no sentido privatístico, corresponde ao de possuidor. O conceito de possessor diz respeito a bens públicos e sobre os quais se pode obter título de propriedade, através de negócio jurídico celebrado entre o possessor e o Estado. No sentido publicístico, posse vem a ser elemento fático da aquisição do *jus proprietatis* por ato negocial do Estado. Não pode ser confundida com a posse no sentido privatístico, elemento de suporte fático da aquisição da propriedade pelo usucapião. No caso contido nos autos, tanto os promitentes compradores como os cessionários, são possesores.

3. Sendo a posse para o nosso CCB como a visibilidade da propriedade (*Besitzwilletheorie*), i. é, a posse é a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica. Não se pode negar que os cessionários são possesores, uma vez que detêm alguns dos poderes contidos no art. 485/CCB,

4. Compromisso de compra e venda. Cessão de direitos sobre imóvel financiado. Falecimento do promitente vendedor antes da outorga da escritura definitiva. Obrigação que deve ser cumprida pelo espólio. Irrelevância de ter sido extinto o contrato de mútuo e quitado o débito do agente financeiro pelos herdeiros.

5. O Fato Gerador do IPTU independe do cadastramento do imóvel em registro fiscal. Configura-se com a simples posse ou propriedade. Inteligência dos arts. 114 c/c 32 e 34, todos do CTN. Consequentemente, a circunstância do imóvel não se encontrar cadastrado, não o exclui da incidência tributária.

6. Eventual débito tributário de imóvel desapropriado sub-roga-se na quantia paga ao expropriado pelo Poder Público. Inteligência do art. 31 do Dec. Lei nº 3.365/41.

Senhor Procurador-Chefe,

I - RELATÓRIO

A SECRETARIA ESTADUAL DE INFRAESTRUTUTURA, por intermédio do OF/SEINF/GS/Nº 2.175/97, com o escopo de dar continuidade ao projeto do Hospital Dona Francisca Mendes, solicitou que a PGE adotasse as medidas necessárias para a desapropriação de área situada à rua 143, núcleo 9, Cidade Nova II.

Instruindo o feito, veio memorial descritivo de fls. 03/56.

Submetidos os autos à análise desta Especializada, mediante o Parecer nº 001/98-PPIMA/PGE opinamos pela remessa do processo à SUHAB para que esta informasse: (a) A natureza do vínculo contratual que possui com os ocupantes da área desaproprianda; (b) A situação de cada contrato.

Aprovado o Parecer pela Chefia maior desta Casa, em 06 de abril do presente ano, mediante o OF Nº97/98-SUHAB, a mencionada autarquia prestou as informações solicitadas.

Vieram os autos conclusos para nova manifestação, tendo, desta vez, sido lançado o Parecer nº011/98, de onde foram extraídas as seguintes conclusões:

"1º) Inobstante haja referência em todos os contratos de promessa de compra e venda de que a propriedade pertence a extinta SHAM, atualmente SUHAB, não há nenhuma prova concreta de tais assertivas. Com efeito, em todos os mencionados contratos, encontram-se in albis os espaços destinados ao preenchimento de dados referentes à escritura e registro dos imóveis em tela. Assim, por questão de cautela, temos como desaconselhável que no ato declaratório da desapropriação – instrumentalizado por decreto se proceda a indicação do proprietário, deve-se tão-só individualizar o bem desapropriando. Deixando-se, para uma fase posterior, a comprovação do domínio. Caso esse não se efetive, a quantia, nos termos do art. 34, caput e parágrafo único, do Dec. Lei nº3.365/41, deve ser depositada em Juízo.

2º) A promessa de compra e venda não produz a aquisição da propriedade. Razão pela qual, os imóveis continuam sendo, aparentemente, de propriedade da SUHAB, conseqüentemente a indenização desapropriatória só é conferida ao titular do domínio do bem expropriado. Cabendo aos promissários-compradores os direitos creditórios que possam decorrer do contrato firmado com o expropriado, os quais ficam sub-rogados no preço da indenização recebido pelo proprietário;

3°) A hipoteca aparentemente incidente sobre os bens expropriandos, nos termos do art. 762 do CC vencerá antecipadamente, ficando tal ônus sub-rogado na quantia paga (art. 31 do Dec. Lei nº 3.365/41), ou seja, da indenização se retirará a quantia necessária ao pagamento deste último, uma vez que essa será a consequência do vencimento antecipado da dívida.

4°) Ao que tudo indica, segundo a informação passada pela SUHAB a hipoteca incidente sobre o imóvel já não mais subsiste ante o empréstimo para as partes adquirirem o bem em foco. Assim, num momento futuro, quando esta informação for devidamente comprovada, entendo que as partes deverão subscrever o acordo."

Anexada ao susomencionado Parecer, seguiu minuta do Decreto Expropriatório.

Publicado o Decreto Governamental Declaratório de Utilidade Pública para fins de Desapropriação, sob o nº 18.791, de 26.05.98, no Diário Oficial do Estado, na edição de 27.05.98, retornaram os autos para Parecer sobre a regularidade do pagamento da indenização expropriatória aos ocupantes dos imóveis desapropriados.

Assim, vieram os autos para Parecer conclusivo.

Passamos à análise.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. DA FOTOGRAFIA JURÍDICA DOS IMÓVEIS LOCALIZADOS NA ÁREA DESAPROPRIADA

A área declarada de Utilidade Pública para fins de Desapropriação, nos termos do Dec. Governamental nº 18.791, de 26.05.98, publicado no Diário Oficial do Estado, na edição de 27.05.98, corresponde à rua 143, quadra 316, núcleo 9, Cidade Nova II, nesta cidade.

Na referida área estão localizados 09 (nove) imóveis, vejamos a situação jurídica de cada um:

1°) **RUA 143, QUADRA 316, CASA L 2/A** - Imóvel não residencial de propriedade de DANTE RICARDO MAYER, matriculado sob o nº 48.082, ficha 01, Livro nº 2 - Registro Geral, no Cartório do Registro de Imóveis e Protesto de Letras do 1º Ofício desta Cidade.

Não incidem sobre o referido imóvel quaisquer ações, ônus ou gravames reais, nos termos das Certidões Negativas emitidas pelo ilustre Senhor Oficial do Primeiro Ofício de Registro de Imóveis desta Capital.

Ressalte-se, contudo, que inobstante esteja registrado desde 08 de setembro de 1997, e escriturado desde 1991. O imóvel expropriado não se encontra cadastrado para fins tributários, conforme MEMORANDO da Secretaria Municipal de Economia e Finança - SEMEF.

2º) RUA 143, QUADRA 316, CASA 02 - Imóvel residencial que tem como mutuário GERMANO HENRIQUE, ocupado por posseiros. Imóvel isento de pendências reais (ações, ônus ou gravames). Existem débitos fiscais.

3º) RUA 143, QUADRA 316, CASA 04 - Imóvel residencial que tem como mutuária ANA LÚCIA SOARES GILLONA, objeto de Cessão de Direitos de Promessa de Compra e Venda (não comunicada ao Agente Financiador) em favor de GUINERLY MARIA DE FIGUEIREDO (cf. procuração e recibo em anexo). Imóvel isento de pendências reais (ações, ônus ou gravames). Existem débitos fiscais.

4º) RUA 143, QUADRA 316, CASA 06 - Imóvel residencial, objeto de Cessão de Direitos de Promessa de Compra e Venda (não comunicada ao Agente Financiador) realizado entre o mutuário EDSON PEREIRA DA SILVA e EUNICE HENRIQUE SANT'ANA (cf. procuração e recibo em anexo). Imóvel isento de pendências reais (ações, ônus ou gravames), contudo, existem DÉBITOS FISCAIS.

O presente imóvel foi quitado em razão de sinistro - passamento do mutuário EDSON PEREIRA DA SILVA - destaque-se que tanto a cessionária EUNICE HENRIQUE SANT'ANA como a viúva e a filha do falecido, respectivamente, ALDENICE DE SOUZA LIMA e ALINE DE SOUZA LIMA requereram ALVARÁS JUDICIAIS para regularizarem a sua situação. Sendo o pedido da primeira autuado sob o nº0129602543-5 e o pleito da cônjuge varona registrado sob o nº0129708932-1, ambos distribuídos à Terceira Vara Cível desta Capital. O primeiro processo, ainda está em tramitação. Já no outro foi expedido o Alvará requerido.

Com base no sobredito alvará, *permissa venia*, equivocadamente, a SUHAB emitiu a QUITAÇÃO DEFINITIVA em nome da cessionária.

5º) RUA 143, QUADRA 316, CASA 08 - Trata-se de imóvel residencial, quitado e escriturado (3º Ofício de Notas) em nome da mutuária original MARIA DA GRAÇA BORGNETH. Imóvel isento de pendências reais (ações, ônus ou gravames), contudo, existem DÉBITOS FISCAIS.

6º) RUA 143, QUADRA 316, CASA 10 - Imóvel desocupado e isento de pendências reais (ações, ônus ou gravames), existem débitos fiscais.

7º) RUA 143, QUADRA 316, CASA 12 - Trata-se de imóvel residencial, quitado em nome do mutuário original ALCENIRO PEIXOTO DOS REIS. Imóvel isento de pendências reais (ações, ônus ou gravames), contudo, existem DÉBITOS FISCAIS.

8º) RUA 143, QUADRA 316, CASA 14 - Trata-se de imóvel residencial, quitado em nome da mutuária original ZUILA JANUÁRIO PRESTES. Imóvel isento de pendências reais (ações, ônus ou gravames), contudo, existem DÉBITOS FISCAIS.

9º) RUA 143, QUADRA 316, CASA 16 – Imóvel residencial que tem como mutuária MARY LANE SOBREIRA DA SILVA, objeto de Cessão de Direitos de Promessa de Compra e Venda (não comunicada ao Agente Financiador) em favor de SÔNIA MARIA FERNANDES DA SILVA (cf. recibo em anexo), cedente esta que se faz representar por LAZARO DE ASSIS ALVES. Imóvel isento de pendências reais (ações, ônus ou gravames), contudo, existem DÉBITOS FISCAIS.

1.2. OBRIGAÇÕES FISCAIS INCIDENTES SOBRE O IMÓVEL 2/A DA RUA 143, QUADRA 316, NÚCLEO 9, CIDADE NOVA II

Compulsando-se a documentação relativa ao imóvel nº2/A percebe-se que, inobstante esteja registrado desde 08 de setembro de 1997, e escriturado desde 13 de agosto de 1991, o imóvel expropriado não se encontra cadastrado para fins tributários, conforme MEMORANDO da Secretaria Municipal de Economia e Finanças – SEMEF.

A Lei nº5.172/66, conhecida como Código Tributário Nacional define, no seu art. 114, o Fato Gerador como sendo a situação definida em lei como suficiente e necessária à sua ocorrência.

Afirma, ainda, que considera-se ocorrido o Fato Gerador, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios (art. 116/CTN).

O nosso Diploma Tributário, ainda define o sobredito imposto como:

“Art. 32 - O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.”

“Art. 34 - Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil ou seu possuidor a qualquer título.”

Neste sentido, inclusive, é a lição do prof. HUGO DE BRITO MACHADO, o qual consigna textualmente que:

“O fato gerador do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do município (CTN, art. 32)

(...)

Contribuinte do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil ou o

seu possuidor a qualquer título (CTN, art. 34)."(*in* Curso de Direito Tributário, 13ª edição, editora Malheiros)

Dai se pode extrair, que o não cadastramento não é fator excludente da responsabilidade tributária, ou seja, o IPTU é devido não em razão do cadastrado imobiliário, mais sim da propriedade e da posse do imóvel. Razão pela qual, o imposto em foco é devido à municipalidade pelo expropriado DANTE RICARDO MAYER.

Contudo, há de se observar, que o Erário Municipal, até a presente data, nos termos da informação passada pela SEMEF, no susomencionado Memorando, não efetivou nenhuma medida concreta no sentido de declarar o crédito tributário devido pelo desapropriado. Motivo pelo qual, não se há de falar, no hodierno, em exigibilidade tributária em face do expropriado. De mais a mais, a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade e qualquer eventual débito se sub-rogará na quantia paga. Porém, temos que é de bom alvitre, oficiar à Procuradoria Geral do Município, informando-lhe da real situação do imóvel expropriado, para com que possa agitar as medidas adequadas no sentido de resguardar o Tesouro Municipal em face do desapropriado.

1.3. DA REGULARIDADE POSSESSÓRIA DOS CESSIONÁRIOS

Compulsando-se os autos percebe-se, facilmente, que os imóveis de n.ºs 04,06 e 16 são objetos de Cessão de Direitos relativos à Promessa de Compra e Venda.

Certa parte da doutrina, não empresta a esta Cessão o valor que as partes pretendem lhe dar. Com efeito, sustentam que o *pactum* firmado com o cedente retrata mero ajuste de promessa de cessão de direitos e obrigações emergentes de contrato de compra e venda celebrado sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação. Afirmam, ainda, que ante a negativa de anuência do credor do financiamento, tal contrato é desprovido de validade, porquanto o contrato não se aperfeiçoou.

Rogamos vênias para discrepar de tal posicionamento, se visualizarmos a matéria, poderemos perceber que os recibos apresentados pelos cessionários, envolvem mera promessa de compra e venda sujeita à condição suspensiva, mas autêntica e acabada cessão de direitos e obrigações.

De fato, deve-se ressaltar, nos termos da melhor Jurisprudência (RT 705/110): *"que os arts. 530, 531, 532, II e III e 533 do CC que se referem à transferência do domínio de imóvel pela transcrição do título de transferência da propriedade, como é cediço, não impedem que o ordenamento positivo conviva com outras formas de transferência da propriedade imobiliária, tal qual ocorre com a adjudicação compulsória, bem*

como com a via judicial prevista nos arts. 639 e 640 do CPC.”

Contudo, para analisar a matéria de forma exaustiva, devemos observar, que mesmo apartando a hipótese acima consignada, não se há de afastar o direito à indenização expropriatória, uma vez que os cessionários têm direito à mesma, na qualidade de posseiros. Conforme passaremos a examinar:

1.4. DA POSSE/CESSIONÁRIOS

Segundo as lições do inesquecível CLÓVIS BEVILACQUA (in Direitos das Coisas, 5ª ed. Forense), o nosso Código Civil adotou o pensamento de IHERING quanto ao conceito de posse como visibilidade da propriedade (*Besitzwille*), ou seja, a posse é a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica.

Tal conceito foi recebido pelas legislações mais modernas do mundo ocidental, merecendo menção o art. 2.228 do Código Civil Francês (*Code du Napoleon*); o art. 685 do Código Italiano, o art. 919 do Código Suíço, o art. 2.351 do Cod. Argentino, dentre outros.

Todavia, como é de curial sabença, tal doutrina não foi de fácil recepção e assimilação, mormente, pela grande divergência doutrinária reinante na época, fruto sobretudo do conflito entre as teses expostas por SAVIGNY e IHERING. Desta forma, embora o nosso legislador tenha adotado as idéias de IHERING, por cautela, não chegou a estabelecer definitivamente um conceito de posse, mas tão-somente uma definição de possuidor, no art. 485, *verbis*:

“Art. 485 - Considera-se possuidor todo aquele, que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.”

A leitura desse dispositivo legal enseja uma série de indagações. Com efeito, o art. 485 refere-se aos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade. Quais são esses poderes? A resposta encontra-se no art. 524, que consigna:

“Art. 524 - A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

Pela combinação dos mencionados dispositivos legais, percebe-se que o fato normal da posse - ponto de partida da teoria da possessória - é o exercício do poder efetivo sobre a coisa. Contudo, não há uma definição precisa do que seja poder efetivo. Com efeito, não se pode pretender como SAVIGNY que o que exerce o senhorio sobre a coisa tenha a capacidade

de afastar da mesma as influências de estranhos, porque também possui, a pessoa incapaz de afastar aquelas, enquanto não sobrevenha um ataque com êxito. Tampouco, há de se exigir como WINDSHEID a capacidade de influir a vontade sobre a coisa, já que o livre arbítrio, há de tropeçar frequentemente com as barreiras impostas pela natureza, sem embargo, de não impedir o livre exercício do senhorio sobre a coisa.

Na verdade, todas as tentativas para definir este conceito, têm fracassado, por isso, que seguindo as pegadas da melhor doutrina alemã, procuramos definir como poder efetivo o que se apresenta como tal perante a consciência comum.

Assim, GOLDSCHMIDT (*in Derecho Reales - Sachenrecht* – Ed. Bosch, Barcelona) observa que a concepção popular exige uma certa estabilidade na relação. Logo, um contato com a coisa, que tenha, desde o primeiro momento um caráter fugaz e passageiro, não pode ser definido como um poder efetivo sobre a mesma.

Com razão observa o referido doutrinador, que desse juízo popular se extraem duas conclusões:

a) A necessidade de relação de espaço, ou seja, a conexão local entre a pessoa e a coisa;

b) A relação jurídica - aqui não se fala da relação jurídica verdadeira, mas da que se apresenta como tal e se estima como situação de direito. Assim, poderá acontecer que a relação de espaço se considere suficientemente robusta para constituir e proteger a posse, quando não haja mais vínculo jurídico de natureza contratual entre as partes.

Destarte, chega-se à conclusão que possuidor é a pessoa que detenha qualquer dos poderes contidos no art. 485, ou seja, de usar, gozar, dispor e reaver. Não há necessidade que a pessoa detenha todos os poderes, pois aí não teríamos um possuidor mas sim um proprietário. Basta apenas um desses poderes, e caracterizada se terá a figura do possuidor. Destarte, exercendo os cessionários um dos poderes inerentes ao direito de propriedade, podem ser legalmente, conceituado como possuidores.

Ultrapassado este ponto, devemos observar que do fato da posse deriva como efeito o direito de posse (*ius possessionis*), que é um direito sobre a coisa, provisório e não eficaz contra todos. Concedendo o ordenamento jurídico, ao possuidor, o direito de não se deixar inquietar no exercício da posse. Porquanto, como muito bem observou ENNECCERUS (*in Derecho de Cosas*, Ed. Bosch): "*La posesión que recae sobre una cosa alcanza a la cosa en las mismas relaciones a que alcanza la propiedad: el objeto de la posesión y el objeto de la propiedad son idénticos, en cuanto a su extensión.*" Daí podemos sem dificuldades deduzir que o interesse da sociedade e da doutrina é que uma situação de fato, consolidada não pode ser desconstituída sem o devido processo legal, ou seja, sem o recurso as

vias judiciais e, quando for o caso, sem a devida indenização.

Como já foi dito em linhas passadas, diverso não o entendimento de nosso legislador, o qual adotando a Teoria de IHERING tem que a proteção possessória se dá como exteriorização do domínio. Assim, protegendo a posse, há uma presunção de que se estará protegendo o proprietário, ou seja, a posse é entendida como um sinal exterior do direito de propriedade.

Neste rumo é a mais abalizada doutrina: LAFAIETE, *Direito das Coisas*, § 22; RIBAS, *Da posse e das ações possessórias*, parte 2º, tit. II, cap. VII; ASTOLFO RESENDE, *A Posse e sua Proteção*, II, ns. 2239 e segs.; TITO FULGÊNCIO, *Da Posse e das Ações Possessórias*, ns. 176 a 1183 e págs. 598 e segs.; DIAS FERREIRA, *Código Civil Português*, COELHO DA ROCHA, *Instituições*; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, III; SALVAT, *Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)*, CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil*.

1.5. DAS DIFERENÇAS ENTRE POSSEIRO E POSSUIDOR/ INDENIZAÇÃO DA POSSE EM SEDE DE EXPROPRIAÇÃO

Antes de prosseguirmos na presente análise, faz-se necessário, estabelecer uma linha jurídica que diferencie possuidor de posseiro, para daí extrairmos a real expressão da matéria discutida neste Parecer. A respeito da expressão "posseiro", escreve WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*A Defesa Possessória do Patrimônio Imobiliário do Estado*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n° 12, ps. 442-443):

"Saliente-se, aliás, de passagem, que Pontes de Miranda, em seu monumental *Tratado de Direito Privado*, estabelece nítida contraposição entre possuidor (termo técnico empregado pela lei civil), e posseiro, linguagem ordinariamente utilizada pelas leis de direito público (por exemplo, *Estatuto da Terra*, art. 25, n° II e *Decreto-Lei* n° 3.438, de 17 de julho de 1941, art. 220). Até mesmo numa de nossas muitas Emendas Constitucionais se depara a singular expressão.

Veja-se então como o egrégio jurista fixa a diferenciação. Para ele, posseiro é conceito de direito público e corresponde à noção de posse no sentido publicístico, ao passo que a posse, no sentido privatístico, corresponde a de possuidor. O conceito de posse, possuidor, possessor, é romano e alargou-se, na teoria hodierna da posse, com os conceitos de posse direta e posse indireta ou posse imediata e mediata.

O conceito de posseiro diz respeito a bens públicos e sobre os quais se pode obter título de propriedade, através de negócio jurídico celebrado entre o posseiro e o Estado. No sentido publicístico, posse vem a ser elemento fático da aquisição do *jus proprietatis* por ato negocial do Estado. Não pode ser confundida com a posse no sentido privatístico,

elemento de suporte fático da aquisição da propriedade pelo usucapião."

Percebe-se, portanto, que a posse, inobstante seja imaterial em sua conceituação, é um fato jurígeno, sinal exterior da propriedade. É, portanto, um bem jurídico e, como tal, suscetível de proteção.

Daí, porque a posse é indenizável como todo e qualquer bem. Nesse sentido, aliás, já se pronunciou o Excelso STF (recurso extraordinário, n. 70.863, in DJU de 27.9.1974, p. 7.0115), havendo abalizada jurisprudência sobre o assunto:

"UTILIDADE PÚBLICA. POSSEIRO. (...) Aquele que, não sendo titular do domínio do imóvel desapropriado, tem sobre o referido bem direito de posse, merece ser indenizado. Correção Monetária. "STF - Pleno (u.). RE nº 70.838. 03.09.74. Rel. Antônio Neder. RTJ v. 71, p. 421.

Terreno - Simples posse - Circunstância que não afasta indenização - Cálculo desta - Recurso provido em parte - Juros - Correção monetária não devida. A posse é indenizável, como qualquer bem. Ao simples possuidor, sem título de domínio de uma área ocupada pela Administração Pública, é devida uma indenização equivalente a 60% do valor da área. TASP - 3ª Câmara Cível (u.) Ap. n. 28.617 de 8/7/1975. Rel. Lothário Octaviano. RT v. 481, p. 154

De fato, diversa não podia ser a conclusão, porque mesmo nas ações expropriatórias, sempre se defendeu a tese segundo a qual, "*em regra, todos os bens e direitos móveis e imóveis, corpóreos ou incorpóreos, são expropriáveis*" (cf. SEABRA FAGUNDES, *in* Desapropriação no Direito Brasileiro, ed. 1949, p. 53). No mesmo sentido, já se manifestou, até com maior profundidade, o Prof. Cretella Júnior (cf. Comentários às Leis de Desapropriação, ed. 1972, p. 45).

Situados nos seus devidos lugares, segue que o Poder Expropriante não pode se furtar ao dever de indenizar os posseiros. Contudo, há ainda de se definir o limite desta indenização, porquanto, sendo a desapropriação, de um modo geral, uma ação que se reveste de caráter real, ou seja, uma indenização pelo valor global do terreno, a Jurisprudência (RT 288/188-1191) tem fixado o limite da indenização em 60% (sessenta por cento) do bem avaliado.

Contudo, daí *exsurge* um segundo requisito, i.é, a posse, por si só, somente é indenizável, quando seja justa. Porquanto, indubitavelmente, a posse que gera direitos indenizatórios baseia-se, justamente, na boa fé, caracterizada pela ignorância do vício, ou utilizando-se as palavras do memorável CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*in* Instituições de Direito Civil, vol. IV, 3ª edição, Forense, 1978), na ausência da consciência sobre a ilegitimidade de seu direito.

O festejado SILVIO RODRIGUES também nos fornece critérios bem definidos:

"Para distingui-lo em posse de boa ou má fé, deve o analista situar-se no terreno subjetivo, a fim de examinar a posição psicológica do possuidor, em face da relação jurídica. Será de boa fé a posse quando o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído (Cód. Civ., art. 490). Será de má fé quando o possuidor exerce a posse a despeito de estar ciente de que a mesma é clandestina, precária, violenta, ou encontra qualquer outro obstáculo jurídico à sua legitimidade. Assim, o que distingue uma posse da outra é a posição psicológica do possuidor. Se sabe da existência do vício, sua posse é de má fé. Se ignora o vício que a macula, sua posse é de boa fé."

Ora, se o título em que se funda a sua posse é, para muitos, hábil para gerar direitos de índole indenizatória. Pois resultando os direitos possessórios de um aparente direito de propriedade sobre a coisa. Se este existe, até de forma aparente, pode-se falar em boa-fé. Visto que tem o condão de gerar a *praesumptio bonae fide*.

Outra não é a conclusão a que chega o insuperável civilista alemão MARTIN WOLF o qual na sua obra *Sachenrecht (Derecho de Cosas, vol. I, Ed. Bosch, 1953)*, a qual se encontra inserida no Tratado de Derecho Civil que escreveu em parceria com LUDWIG ENNECERUS (maior civilista alemão deste século) e THEODOR KIPP (*Derecho de Cosas, vol. I, Ed. Bosch, 1953*).

Estabelecida, portanto, a natureza da posse, é de se reconhecer a boa-fé, posto que os posseiros acreditam que estavam legitimados em sua posse, obrando em conformidade com o direito.

1.6. DA CESSÃO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA E DO ÓBITO DO CEDENTE/EFEITOS JUNTO AO AGENTE FINANCIADOR - SITUAÇÃO DA CASA Nº06 DA RUA 143, QUADRA 316, NÚCLEO 9, CIDADE NOVA II

O desate da questão, exige um exame cuidadoso no documento em que a cessionária funda a sua posse. Com efeito, a procuração e o recibo de fls., não deixam a menor dúvida de que o falecido mutuário EDSON PEREIRA DE LIMA, quando em vida fez cessão de todos os seus direitos e obrigações à senhora EUNICE HENRIQUE SANT'ANA, relativamente ao contrato de financiamento com a SUHAB, atinente a um imóvel residencial, localizado na rua 143, c/06, quadra 316, do Conjunto residencial Cidade Nova II, como se vê do recibo de fls., onde se encontra expresso que o cedente de tais direitos davam à cessionária irrevogável e

quitação de paga e satisfeita para nunca mais repetir. Fora a cessionária imitada na posse do imóvel objeto da transação e, ao que tudo indica, efetuou o pagamento das prestações até a morte do cedente, ocorrida em 21.05.86, conforme certidão de óbito acostada aos autos, ocorrendo, então, que o saldo devedor fora atendido pelo contrato de seguro e o imóvel, em razão de um alvará judicial liberado em favor da cessionária.

Temos que, com a morte do cedente EDSON PEREIRA DE LIMA, o direito à outorga da escritura definitiva se transmitiu à cessionária, por força do art. 928 do CC, que dispõe claramente que "*a obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros*". Ora, é evidente que a obrigação assumida pelo falecido EDSON PEREIRA não era uma obrigação personalíssima, que morresse também com ele, mas uma obrigação transmissível aos seus herdeiros, valendo o destaque de que, no recibo de fls., ficou expresso que a referida cessão de direitos e obrigações era plena, geral e irrevogável. No presente caso, mais do que sustentável o direito da cessionária, sagrado é seu direito de exigir que a obrigação se cumpra nos termos em que fora pacticiamente ajustada, como se lê em WALTER STERNER — *Nuovo Digesto Italiano*, v. VIII, p. 1.226, n. 73, fato que, por fundamental em matéria relacionada com efeitos das obrigações, tornava dispensável que o legislador a exprimisse em regra, como se lê em AGOSTINHO ALVIM — *Da Compra e Venda e da Troca* — Forense, 1961, p. 30, reproduzindo lições de CLÓVIS BEVILÁQUA — *Direitos das Obrigações* — p. 93; e POLACCO — *Il Coligazioni nel Diritto Civile Italiano*, v. 1, n. 56. Verdade assiste ao e. mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR quando sustenta, com a clareza e proficiência de sempre, que "*a evolução do processo executivo, porém não ficou limitada às obrigações de dar. Também no campo das obrigações de fazer e de não-fazer, hoje há ampla permissão legal para execução específica, sempre que tal se mostrar factível*". Ora, o recibo de fls., traz, no seu bojo, nítida e incontornável obrigação de fazer, consubstanciando-se, na verdade, num pré-contrato, contrato preliminar ou *pactum de contrahendo*, que impõe para as partes a obrigação de concluir o negócio ajustado, segundo lição de PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, RT, 1978, v. VII, p. 284.

Nem se diga que o recibo, para efeito de uma execução específica, necessita de registro imobiliário, porque, segundo lição de ORLANDO GOMES, tal registro só é indispensável para o caso de adjudicação compulsória, mas não para o caso de descumprimento da obrigação de fazer, a respeito do qual não deixa a menor dúvida o atual Código de Processo Civil, nos arts. 639 e 641, autorizando a execução da obrigação de emitir declaração de vontade.

Poderia raciocinar-se de forma simplista que seria injusto a cessionária obter uma decisão favorável, quando teria ainda de pagar as prestações até o final do financiamento e, no entanto, fora beneficiada com

a morte do cedente, porque o seguro liquidou o resto do financiamento. O argumento, como se disse, seria simplista, pois o que se deve colocar em evidência é que a cessionária pagou ao falecido o valor integral do que fora ajustado, tendo ele, em vida, dado quitação plena, geral e irrevogável, e que as prestações pagas pela cessionária continham pagamento também do seguro, pelo que se sub-rogavam, inclusive, dos benefícios decorrentes do seguro. Com esses fundamentos, entendemos que à cessionária assiste direito à indenização a ser paga pela administração, neste passo, inclusive, há respaldada jurisprudência, merecendo menção o seguinte *decisum*:

"(...)A ausência da transferência formal do contrato de mútuo, na hipótese de alienação de imóvel financiado pelo SFH, não desobriga os herdeiros, face à morte do cedente, de outorgar escritura definitiva ao promissário comprador."(TAMG, Ap. 175.476-7/01 — 5.a C. — J. 1.º.12.94 — Rel. desig. Juiz Brandão Teixeira)

"Tratando-se de contrato particular de cessão de direitos e obrigações, cuja venda foi efetuada em caráter irrevogável e irretratável, recebendo os cedentes o preço convencionado, assumindo a obrigação de transferir o compromisso de compra e venda perante a COHAB, mas falecendo o vendedor, tendo sido quitado pela seguradora o financiamento que onerava o imóvel prometido à venda, é evidente que o pagamento do financiamento derivado do contrato de seguro não assegura à esposa e filhos do falecido o direito de rescindirem o compromisso de compra e venda firmado e integralmente cumprido pelos compradores.(RT 705/108).

"Compromisso de compra e venda. Cessão de direitos sobre imóvel financiado. Falecimento do promitente vendedor antes da outorga da escritura definitiva. Obrigação que deve ser cumprida pelo espólio. Irrelevância de ter sido extinto o contrato de mútuo e quitado o débito do agente financeiro pelos herdeiros." (RT 630/13)

Contudo, sem embargo da conclusão a que chegamos na sobreditas linhas, por amor ao debate, e à sinceridade com que sempre nos manifestamos em nossos pareceres, devemos esclarecer que tal posicionamento não é absoluto. Com efeito, parte da jurisprudência tem entendido que é impossível a cessão do contrato em espécie, ante a negativa de anuência do credor do financiamento. Nestas hipóteses, a compra e venda se resolveria. Porquanto, a transferência do contrato de financiamento era condição resolutiva da compra e venda imobiliária ali referida. Desta forma, a impossibilidade de se consumir a transferência ou cessão do

contrato, ante a morte do promitente comprador/cedente, resolve a contratação, voltando cada uma das partes à situação anterior.

Por isso entendem que o *pactum* firmado com o cedente retrata mero ajuste de promessa de cessão de direitos e obrigações emergentes de contrato de compra e venda celebrado sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, com a peculiaridade de que aquele ajuste estava condicionado à eficácia e validade deste ajuste, subordinados a uma condição que acabou não se realizando. De sorte que, tendo em vista que o contrato não se aperfeiçoou, e o fato ocorreu por circunstâncias alheias à vontade dos contratantes, entendem que a melhor solução, e a mais jurídica, seria exatamente declarar extinto o contrato, retornando as partes ao *status quo ante*.

Rogamos vênia para discrepar de tal posicionamento, se visualizarmos a matéria, poderemos perceber que o aludido recibo não envolve mera promessa de compra e venda sujeita à condição suspensiva, mas autêntica e acabada cessão de direitos e obrigações.

Com efeito, a quantia de Cr\$ 5.800.000,00 (cinco milhões e oitocentos mil cruzeiros), paga, em 27 de setembro de 1985, pela cessionária, foi a quitação de sua obrigação contratual e para o cedente e sua mulher representou a transferência dos direitos e obrigações resultantes do contrato de promessa de compra e venda firmado com o agente financiador.

Ao receber a mencionada importância, houve por bem o signatário do aludido documento deixar expresso que o fazia pela venda de uma casa e terreno ali descritos, dos quais dava plena, irrevogável e irrevogável quitação de pago e satisfeito. Ali também ficou estipulado que o saldo devedor do financiamento seria transferido à cessionária. Embora esta última não tivesse cuidado de formalizar tal transferência junto à autarquia credora, isso não desnatura nem rescinde a cessão de direitos e obrigações já aperfeiçoada.

Dessa arte, tendo ocorrido a morte do cedente, não se pode, validamente, afirmar que os direitos decorrentes do contrato de compra e venda tenham sido transferidos a eventuais herdeiros. Em outros termos, a viúva do cedente, ALDENICE DE SOUZA LIMA e sua filha ALINE DE SOUZA LIMA não possuem direitos à indenização expropriatória, mormente porque o cedente e sua esposa transferiram em vida todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato de promessa de compra e venda do imóvel objeto do negócio jurídico por ela efetivado, não há como sustentar que possam ser transferidos uma segunda vez por sucessão *causa mortis*. De mais a mais, a não formalização da transferência junto ao agente financiador, é problema que diz respeito somente a esta e a cessionária, não podendo tal matéria ser invocada por eventuais herdeiros, porque se trata de matéria que lhes é estranha.

Desta forma, não visualizamos óbices legais para a efetivação do

pagamento da indenização desapropriatória da casa nº06, rua 143, Núcleo 9, Cidade Nova II, à senhora EUNICE HENRIQUE SANT'ANA.

Porém, inobstante o nosso pensamento, devemos deixar consignado que a Administração, caso tenha dúvida quanto a regularidade do título em que se funda o direito da expropriada, pode, nos termos do art. 34, *caput* e parágrafo único, do Dec. Lei nº 3.365/41, depositar a quantia em Juízo. Ressalvando-se aos interessados as ações adequadas para disputar o *quantum* indenizatório.

III - CONCLUSÃO

Da análise dos autos, podem-se extrair as seguintes conclusões:

1º) A Cessão de Direitos de Promessa de Compra e Venda, ainda que não comunicada ao agente financeiro, é contrato válido e operante entre as partes. Inteligência dos arts. 530, 531, 532, II e III e 533 do CC que se referem à transferência do domínio de imóvel pela transcrição do título de transferência da propriedade, não impedem que o ordenamento positivo conviva com outras formas de transferência da propriedade imobiliária, tal qual ocorre com a adjudicação compulsória, bem como com a via judicial prevista nos arts. 639 e 640 do CPC. Assim, a Cessão da Promessa de Compra e Venda, é válida e seus efeitos não podem ser desprezados.

2º) Posseiro é conceito de direito público e corresponde à noção de posse no sentido publicístico, ao passo que a posse, no sentido privatístico, corresponde ao de possuidor. O conceito de posseiro diz respeito a bens públicos e sobre os quais se pode obter título de propriedade, através de negócio jurídico celebrado entre o posseiro e o Estado. No caso contido nos autos, tanto os promitentes compradores como os cessionários, são posseiros.

3º) Observe-se, ainda, que sendo a posse para o nosso CCB como a visibilidade da propriedade (*Besitzwilletheorie*), ou seja, a posse é a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica. Consequentemente, pode-se concluir que os cessionários são posseiros, uma vez que detêm alguns dos poderes contidos no art. 485/CCB, i.é, de usar, gozar, dispor e reaver. Ressalte-se, ainda, que o título em que se funda a posse dos cessionários é suficientemente robusto para caracterizar a boa-fé.

4º) O falecimento do cedente da promessa de compra e venda de imóvel financiado antes da outorga da escritura definitiva, gera obrigação que deve ser cumprida pelo espólio. Irrelevância de ter sido extinto o contrato de mútuo e quitado o débito do agente financeiro pelos herdeiros.

5º) O Fato Gerador do IPTU independe do cadastramento do imóvel em registro fiscal, porquanto configura-se com a simples posse ou propriedade. Inteligência dos arts. 32, 34 e 114 do CTN. Consequentemente,

a circunstância do imóvel 2/A da rua 143, núcleo 9, Cidade Nova II, não se encontrar cadastrado, não o exclui da incidência tributária.

RECOMENDAÇÕES/SUGESTÕES:

1º) Oficia-se ao Município de Manaus, por intermédio de sua Procuradoria Geral, notificando-lhe da presente desapropriação, para que adote as medidas cabíveis no sentido de apurar e cobrar os créditos tributários devidos pelos imóveis expropriados, sitos à rua 143, quadra 316, casas - L 2/A, 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14 e 16, para que agite as medidas adequadas, resguardando o Tesouro Municipal em face dos desapropriados. Ressaltando, sempre, que eventual débito sub-roga-se na quantia paga pelo Estado do Amazonas, aos expropriados (art. 31, Dec. Lei nº 3.365, de 21.06.41 - Lei de Desapropriações).

2º) Seja lavrado o competente termo de acordo para pagamento de indenização, expropriatória com os proprietários e com os promitentes compradores. Posto que estes, dispõem de título de posse indubitavelmente válido e reconhecido pelo agente financiador, reservando-se aos cessionários a intervenção nos autos na qualidade de procuradores, excetuando a situação do imóvel nº 06, consoante se passará a examinar

3º) Quanto ao imóvel de nº 06 da Rua 143, quadra 316, núcleo 9, Cidade Nova II, entendemos que a indenização expropriatória deve ser paga à cessionária EUNICE HENRIQUE SANT'ANA. Porquanto, ante do passamento do cedente, este e seu cônjuge transferiram todos os direitos e obrigações, decorrentes do contrato de promessa de compra e venda do imóvel. Logo, a não formalização da sobredita transferência junto ao agente financiador, é problema que diz respeito somente a esta e a cessionária, não podendo tal matéria ser invocada por eventuais herdeiros, porque se trata de matéria que lhes é estranha.

Porém, inobstante o nosso pensamento, devemos deixar consignado que a Administração, para evitar dissabores futuros, acerca da *questio juris* de todo controvertida, em relação ao imóvel nº 06, poderá, nos termos do art. 34, caput e parágrafo único, do Dec. Lei nº 3.365/41, depositar a quantia em Julzo. Ressalvando-se, aos interessados, as ações adequadas para disputar o *quantum* indenizatório.

Por fim, destacamos que, em anexo seguem minutas dos acordos para pagamento de indenização expropriatória. Ocasão em que **solicitamos autorização para lavratura** dos mesmos e posterior Escritura Pública, se for o caso. Efetuando-se o pagamento das indenizações expropriatórias em conformidade com Laudo Avaliativo da Superintendência de Urbanização e Habitação do Estado do Amazonas - SUHAB, incluso no Processo nº 3232/97

É o Parecer que submetemos, *sub censura*, à consideração do digno Procurador-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

PPIMA-PGE/AM, em Manaus/AM, 08 de junho de 1998.

ERICK C. L. LIMA
Procurador do Estado

PROCESSO N°3232/97

INTERESSADO: SEINF/SUHAB

ASSUNTO: Desapropriação/Legitimidade dos títulos

DESPACHO:

Louvando-me no relatório e conclusões expendidos pelo Procurador do Estado, Erick C. L. Lima, no parecer retro, encaminho o presente processo à consideração do Senhor Procurador-Geral do Estado a quem Esta Especializada solicita autorização para executar a desapropriação.

1. Observando, para efeito de oferta e pagamento de indenização, a avaliação imobiliária procedida pela SUHAB nos autos, deduzido os valores devidos à SUHAB (promitente vendedora) nos casos em que os promitentes-compradores (desapropriados) estavam em débito para com este agente do sistema habitacional.
2. Tendo em vista a ciência de que há aceitação, pelos desapropriados, do preço a ser pago pelo Estado como justa indenização e considerando, ainda, a urgência que o caso requer, (autorização para executar a desapropriação) mediante acordo, conforme possibilita o art. 10 do DL 3.365/41), a ser firmado com os promitentes-compradores e o proprietário (relativamente ao lote 2-A), ressaltando a intervenção dos cessionários (por contratos de gaveta) na qualidade de procuradores.
3. Mediante notificação ao Município de Manaus (através da PGM), para que tome as providências legais cabíveis, de que a desapropriação operará a sub-rogação na indenização, dos valores devidos desapropriados de IPTU *ex vi* do art. 31 do DL 3.365/41.

Com relação ao imóvel, casa nº 06 (ocupada pela cessionária EUNICE H. SANT'ÁNA cuja propriedade é pretendida pelos herdeiros do promitente-comprador-falecido EDSON PEREIRA DA SILVA), considerando a situação controvertida exposta pelo parecerista, coloco à superior consideração de Vossa Excelência as seguintes alternativas, já aventadas no parecer retro:

a) consumir a desapropriação mediante celebração de acordo com a cessionária e posseira, Sr^a EUNICE H. SANT'ANA, que tem negócio jurídico oponível aos herdeiros do mutuário EDSON P. DA SILVA, segundo demonstrou o parecer do Dr. Erick.

b) ou, para resguardar o Estado em face de possíveis questionamentos futuros por parte dos herdeiros do mutuário EDSON P. DA SILVA, seja promovida a competente ação de desapropriação em que o Estado obtenha a posse mediante depósito da oferta indenizatória.

Encaminhe-se.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E MEIO AMBIENTE/PGE, em Manaus, 09 de junho de 1998.

RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº3232/97

INTERESSADO: SEINF/SUHAB

ASSUNTO: Desapropriação/Legitimidade dos títulos

DESPACHO:

1. **APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, as conclusões do Parecer nº 014/98-PPIMA/PGE, da lavra do Procurador Erick C.L. Lima, com os aditamentos com que foi endossado pelo ilustre Chefe da referida Especializada, Procurador Ruy Marcelo Alencar de Mendonça.

2. **AUTORIZO** a lavratura dos termos de acordo com observância das formalidades legais, em especial o preço de avaliação dos imóveis, estabelecido pela SUHAB, deduzidos os valores a esta devidos pelos promitentes compradores (expropriados) em decorrência da quitação do saldo devedor junto à Caixa Econômica Federal-CEF.

3. Na forma recomendada pela PPIMA, determino a notificação do Município de Manaus, mediante ofício, dando-se-lhe ciência das desapropriações, especialmente para fins de natureza fiscal.

4. **DEVOLVA-SE** o Processo à PPIMA para adotar com urgência as providências de sua alçada para a formalização dos atos desapropriatórios, observando, para tanto, o que for necessário ao resguardo dos interesses do Estado.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus(AM), 09 de junho de 1998.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO nº 934/98.

NATUREZA: Inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público Estadual tendo como objeto o imóvel sito no Município de Barreirinha adquirido pelo Estado do Amazonas por desapropriação.

PARECER Nº 013/98 - PPIMA/PGE.

Ementa. Administrativo. Processual Civil. Inquérito objetivando apurar a responsabilidade pela conservação de imóvel público de valor histórico, artístico e cultural.

- 1) O Estado do Amazonas pode vir a ser demandado em ação civil pública no caso concreto.
- 2) Afigura-se a responsabilidade da Administração Pública Estadual pela falta da conservação de bem que integra o seu domínio patrimonial e que possui valor artístico, cultural e histórico.
- 3) Possibilidade jurídica da celebração do ajuste proposto pelo Ministério Público ao fim da fase inquisitorial. Prevenção contra formação de litígio e o consequente ajuizamento de ação civil pública.
- 4) O modo e a amplitude da conservação e reforma de bem público é questão de mérito administrativo, razão pela qual somente poderão ser definidos pelo Poder Executivo, seja em sede de acordo, seja em execução de ação civil pública por obrigação de fazer.
- 5) A decisão última de celebrar o acordo compete ao Chefe do Poder Executivo Estadual à vista dos critérios de conveniência e oportunidade administrativas.

I - DO RELATO

A Promotoria de Justiça de Barreirinha, na pessoa do d. Promotor de Justiça, LINCON ALENCAR DE QUEIROZ, dirige a esta Procuradoria Geral o expediente de fls. 02 a 04, em que notícia a instauração de inquérito civil público, tendo por objeto apurar a responsabilidade pelo estado de conservação em que se encontra o imóvel desapropriado pelo Estado do Amazonas ao poeta THIAGO DE MELLO, consoante o Decreto nº 15.334, de 16 de abril de 1993 e escritura pública lavrada pelo Cartório do Quarto Ofício de Notas a fls. 166/169 do livro nº 335.

Expõe o douto representante ministerial que o bem adquirido pelo

Estado do Amazonas, contanto seja de valor cultural, artístico e histórico, acha-se "em absoluto abandono, deixado a toda sorte de depredações, vandalismos, bem como vulnerável a furtos," afigurando-se-lhe iminente a consumação de irreparável prejuízo ao Erário.

Aduz que foi informado pelo Senhor Secretário de Estado de Educação e Cultura de que, muito embora já exista um projeto visando à restauração do bem público em questão, de autoria e responsabilidade do Engenheiro EMERSON OLIVEIRA (CREA 5928-D AM/RR), ainda não houve a reforma do imóvel em face da ausência de licitantes aptos a executarem a obra.

Propõe, então, com a finalidade de garantir a restauração e conservação do bem público, a celebração de acordo entre o Ministério Público e o Estado do Amazonas, em que este se comprometa a: 1. catalogar, registrar e avaliar todos os bens adquiridos e 2. executar os trabalhos de restauração do bem em prazo razoável a ser estipulado, observando as técnicas pertinentes.

II - DA MEMÓRIA DA DESAPROPRIAÇÃO

Da consulta aos arquivos desta Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente/PGE, verifica-se que o ilustrado representante do *Parquet* Estadual alude à aquisição imobiliária tratada no processo administrativo nº 385/93 - PGE.

Cuida-se de desapropriação por utilidade pública - efetivada pelo Estado do Amazonas, por intermédio desta Procuradoria-Geral - do imóvel denominado "PORANTIM DO BOM SOCORRO", sito na cidade de Barreirinha/AM, antes pertencente ao poeta THIAGO DE MELLO e ANA HELENA NOGUEIRA RIBEIRO GOMES.

Segundo se depreende da escritura e principais documentos constantes do acima referido processo administrativo, trasladados por cópia à presente autuação, à época da aquisição do imóvel, foi sumariado um inventário, do qual deveria constar todos os móveis, utensílios, obras de arte, acervo bibliográfico e um linha telefônica que acompanharam o terreno adquirido.

III - DA FUNDAMENTAÇÃO

A - DO INQUÉRITO E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública, positivada em nosso ordenamento jurídico nos termos da Lei nº 7.347, de 24.7.85, constitui instrumento processual relativamente novo que objetiva a proteção de interesses difusos e coletivos, dentre os quais os relacionados ao meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e à ordem econômica.

Sua origem remonta ao Direito Norte-Americano, onde floresceram as denominadas *class actions* e *public interest actions* (cf. *Federal Rules of Civil Procedure*) como técnicas avançadas de composição jurisdicional de conflitos de interesses transindividuais.

A sedimentação desse importante instituto processual no direito positivo pátrio respiga-se também em lúcidas doutrinas, sobretudo a de juristas italianos, entre os quais destacam-se MAURO CAPPELLETTI, VIGORITTI, DENTI e EDUARDO GRASSO, a quem se deve a elaboração de consentânea teoria dos interesses metaindividuais (difusos e coletivos) e sua adequada tutela pelo Judiciário.

Segundo essa abalizada doutrina, perfilhada entre nós por juristas do escol de ADA PELLEGRINI GRINOVER, a ação civil pública corresponde, em última análise, a uma tendência de cunho filosófico, inserta no Direito Processual, reveladora do compromisso social do Estado de Direito contemporâneo.

Nesse diapasão, averbava o saudoso prof. mineiro RONALDO CUNHA CAMPOS que a ação civil pública vincula-se muito de perto às técnicas de participação de segmentos sociais nos problemas de direção do aparelho estatal ou naqueles de execução das atividades do mesmo, associadas à ampliação das dimensões do exercício da jurisdição, no rumo da efetividade da tutela em face das diversas gamas de pretensões levadas ao Poder Judiciário. (*in Ação Civil Pública*, Ed. Aide).

Esclarece DENTI, nesse sentido, que o Estado social, através do desempenho da tutela jurisdicional em ações coletivas, busca a conciliação ou absorção dos conflitos entre a população e grupos dirigentes (do Estado ou de corpos intermediários), como meio de garantir a intervenção estatal na ordem social em prol da hegemonia dos princípios sócio-ideológicos constitucionais. Assinalou *ad litteram*:

"Siamo in presenza, indubbiamente, di strumenti di razionalizzazione del potere, che segnano l'attuale fase dello sviluppo capitalistico: l'impatto di tale sviluppo con i drammatici problemi della città, della natura, dell'ambiente latamente inteso ha determinato crisi pericolose, che è interesse dei detentori del potere, politico ed economico, controllare e riassorbire. Uno dei modi di questo controllo è la istituzionalizzazione delle forme di partecipazione, attraverso procedure che consentano di filtrare le spinte eversive, in sostanza costringendo i partecipanti ad accettare la logica del sistema."(*apud op. cit.* p. 20).

Com efeito, o Direito Positivo brasileiro, sobretudo por intermédio do Direito Constitucional, de há muito tem na jurisdição, especificamente nos denominados remédios processuais de tutela diferenciada, um poderoso

e eficaz instrumento de provocação do Poder Público com vistas ao controle da ordem social. Não é por acaso a previsão, na Constituição da República Federativa do Brasil, de importantes e vitoriosos veículos de tutela jurisdicional que se prestam a esse papel interventor, tais como o mandado de segurança coletivo, ação popular, mandado de injunção, *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade e a ação civil pública.

E o Direito Processual, a seu turno, tem preciso diagnóstico para essa imbricação instrumental do processo com as técnicas de participação e atuação no governo, que se denota na ação civil pública.

Sob a ótica dos processualistas, esse fenômeno institucional consubstancia o produto de uma nova fase revolucionária do Direito Processual, em que a busca incessante da efetividade do provimento jurisdicional às múltiplas pretensões tuteladas passa a ser a tônica dessa Ciência Jurídica, como sucedâneo do ultrapassado estágio do apelo teórico de afirmação da autonomia do Direito Processual em relação ao Direito dito material ou substancial.

A ação civil pública, dessa feita, exsurge e viceja com o despertar do Direito Processual para a necessidade de oferecer, na técnica processual, tutela efetiva aos interesses difusos e coletivos, até então subjacentes na processualística, nada obstante a sua ampla valorização no direito positivo "material".

A propósito, o alumiado Procurador do Estado do Rio de Janeiro, MILTON FLAKS, inspirado em BARBOSA MOREIRA, assinala que a ação civil pública corresponde "a irrupção do social na paisagem do processo" que o afasta do tradicional individualismo que era sua característica marcante, fazendo refletir moderna tendência do direito processual da criação de instrumentos de tutela de direitos ou interesses que ultrapassam o nível do indivíduo por dizerem respeito a toda ou a uma parte ponderável da comunidade em que ele se situa. (*in* RT 681).

Com efeito. Na lição de ARNOUD WALD essas idéias repontam com vigor:

"a ação civil pública, na sua atual regulamentação constitucional e legal, constitui uma inovação e uma conquista para a solução rápida e eficiente dos conflitos de interesses, ensejando o acesso à Justiça de todas as classes sociais.

Cabe indicar, inicialmente, a existência de um certo parentesco entre o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, por serem remédios especiais, de natureza e origem constitucional, que se destacam e dissociam da técnica e até da filosofia tradicionais do processo civil clássico. Essa analogia entre os três institutos é, ao mesmo tempo, técnica e filosófica, por se

caracterizarem, todos eles, pelo fato de serem instrumentos de conteúdo mais denso, refletindo o aprimoramento institucional do Estado de Direito (...)

São institutos que honram a Ciência Jurídica brasileira e revelam a sensibilidade do legislador e do Poder Judiciário em questões básicas ligadas à proteção dos direitos individuais, à moralidade administrativa, à ecologia, à proteção do consumidor e ao patrimônio cultural e artístico. (...)

Na realidade, as várias novas técnicas processuais surgiram em virtude da necessidade de atender ou corrigir certas situações fáticas e determinados imperativos sociais. Assim, encontram a sua razão de ser:

- a) na desigualdade das partes (enquanto o processo tradicional pressupõe a sua igualdade - que, em certos casos, se torna não mais uma presunção, mas uma ficção);
 - b) na necessidade de criação de mecanismo para a defesa dos grupos sociais (corpos intermediários), que são cada vez mais importantes na sociedade contemporânea, com substituição dos indivíduos pelos grupos e respectivas entidades representativas;
 - c) no papel que o processo assume como 'instrumento de participação popular' na fiscalização da aplicação do Direito;
 - d) na necessidade de atendimento eficaz e rápido à justiça social.
- Assim sendo, e em virtude da sua finalidade, a ação civil pública já foi definida como sendo um 'instrumento avançado da tutela jurisdicional.'

E prossegue:

"Houve, na realidade, uma revolução renovadora do processo, que se realizou meio século após a revolução que transformou o Direito Privado, ensejando sua socialização e modernização.

É uma revolução que consistiu na criação de um novo Direito Processual, e surgiu, ao lado do Direito tradicional, rompendo com alguns dos princípios, que tinham sido sedimentados, nos conflitos interindividuais (Mauro Cappelletti).

Em determinados casos e áreas, sentiu-se a insuficiência das soluções tradicionais para assegurar a adequada tutela aos novos direitos que foram surgindo. (...)

Essa revolução processual viabilizou a proteção dos direitos coletivos, anteriormente esquecidos ou cuja proteção está sendo frustrada no esquema clássico. (...)

Podemos, pois, afirmar que a socialização e modernização do Direito Material correspondeu a criação de um direito de ações

coletivas no campo do processo. Foi o que o Prof. Watanabe denominou a molecularização do Direito Judiciário, em oposição à anterior atomização do mesmo. Do mesmo modo que, em determinados setores, os conceitos tradicionais do Direito Privado não mais atendiam plenamente à adequada proteção da vítima, como aconteceu em certos campos da responsabilidade civil, também no plano processual, para assegurar a defesa de certos bens, valores e pessoas, foi necessário recorrer às ações coletivas." (cf. *in* Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, 16ª ed., p. 142 a 148).

Dessarte, é nesse contexto que se tem a ação civil pública no direito positivo como valhaçouto processual da tutela de direitos ou interesses metaindividuais de caráter indisponível, cujo manejo - impõe ressaltar -, ex vi do art. 5º, da Lei nº 7.347, de 24.7.85, é facultado ao Ministério Público, à União, Estados e Municípios, entidades da administração indireta e à associações cujos fins institucionais estejam relacionados aos interesses protegidos pela *actio*.

O inquérito civil, estatuído no art. 8º da Lei nº 7.347, de 24.7.85, é ferramenta inerente à sistemática da ação civil pública. Representa procedimento administrativo preliminar de investigação de que dispõe o *parquet* para informar e preparar o aviamento de ações civis.

Na lúcida definição do Ministro CELSO DE MELLO, o inquérito civil "trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do MP. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias." (*apud* Ação Civil Pública, Rodolfo de Camargo Mancuso, p. 101).

Impõe frisar *an passant* que a instauração de inquérito não conduz e obriga a proposição de ação civil pública pelo Ministério Público, assim desde que, à vista dos elementos probatórios coligidos, verifique-se a insubsistência do evento danoso e/ou de responsabilidade dos indiciados ou mesmo a ausência de justo motivo para a ação. Por outro lado, o arquivamento do inquérito não vincula e impede o exercício do direito de ação pelos demais co-legitimados.

Feitas essas considerações propedêuticas, é de se ter em vista que, no caso concreto, o Ministério Público estadual, ao apurar, por intermédio de inquérito civil, a responsabilidade pela suposta deficiente conservação do imóvel desapropriado pelo Estado do Amazonas ao poeta THIAGO DE MELLO, está agindo com inteira legitimidade.

Ao assim proceder, o Ministério Público desempenha a missão que lhe foi atribuída pelo art. 129 da Constituição da República, de promover o inquérito civil com vistas à proteção do patrimônio público e social, enquanto interesses difusos.

Dessa forma porque o bem cuja conservação o MP está reclamando qualifica-se como de acentuado valor histórico e cultural (cf. art. 216 da CR), consoante destacou o i. Representante Ministerial em seu expediente, *in verbis*:

"O referido imóvel foi projetado pelo arquiteto e urbanista Lúcio Costa, hoje com 93 anos, autor do plano piloto de Brasília, ícone da expressão cultural da nação, contemporâneo e amigo do poeta, e é o único exemplar de sua obra na região, segundo informou-nos a senhora coordenadora regional do Instituto do Patrimônio Histórico Brasileiro. (...) Permanecendo os bens nas circunstâncias em que se encontram, padecendo de severa destruição, torna-se-á irreparável o prejuízo ao Erário."

E se não bastasse esse predicado, tem-se, ainda, que o bem compõe o patrimônio imobiliário do Estado do Amazonas. Esta circunstância, por si só, legitima a instauração de inquérito civil e o eventual exercício do direito de ação civil pública pelo Ministério Público com espeque no acima citado preceito constitucional. Dessa maneira porquanto a incolumidade da coisa pública, sem que necessariamente se coloque em relevo o seu valor cultural ou histórico, constitui interesse difuso, conforme definição constante do art. 82, inciso I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) já que a toda a sociedade interessa a conservação e bom uso da coisa pública.

Nesse sentido, assentam à fiveleta os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"O Ministério Público tem legitimidade para mover ação civil pública visando à proteção do patrimônio público"(STJ - 5ª Turma, REsp 98.648-MG, rel. Min. José Arnaldo, j. 10.3.97, negaram provimento, v.u., DJU 28.4.97, p. 15.890, 2ª col., em.).

"Cabe ação civil pública para obrigar o Estado a promover obras com a finalidade de eliminar danos causados ao meio ambiente pela própria administração pública (STJ-2ª Turma, REsp 88.776-GO, rel. Min. Ari Pargendler, j. 19.5.97, deram provimento, v.u., DJU 9.6.97, p. 25.501, 2ª col., em.)

No mesmo sentido temos em RT 681/43, 702/71, 722/139 e JTJ 156/127.

Logo, o inquérito civil instaurado *in casu*, é providência acertada

que pode municiar o Ministério Público para a promoção de ação civil pública de responsabilidade por dano ao patrimônio público, histórico e cultural.

É a propositura de ação civil pública com base nesse inquérito é mesmo de todo possível já que o ilustre Representante do *parquet* asseverou que:

"encerrados os atos instrutórios deste inquérito civil, percebe-se o dano causado ao patrimônio histórico e cultural do Estado do Amazonas pela maneira como se levou a efeito a administração daquele bem, em particular."

Ocorre que, nada obstante a assertiva, é de se focar a proposição alternativa do Ministério Público de celebrar acordo com o Estado do Amazonas, visando reverter a situação danosa apurada.

Para o discernimento da conduta recomendável ao Estado do Amazonas, ante os termos da proposta de acordo, importa sobretudo averiguar se realmente o Estado tem legitimidade para figurar no pólo passivo de eventual civil pública que o Ministério Público venha a ajuizar e se subsiste a sua responsabilidade pela conservação do imóvel em tela. É o que se passa a analisar.

B - DA LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* E DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

À exceção do Ministério Público, que não tem personalidade jurídica própria, todos os legitimados a compor o pólo ativo da ação civil pública conforme o art. 5º da Lei nº 7.347/85, podem figurar, ao reverso, no pólo passivo da relação processual, bem assim, inclusive, o Estado do Amazonas, enquanto pessoa jurídica de direito público interno.

É que todas essas pessoas, mormente as entidades estatais - diante do texto do art. 37, da Constituição da República -, podem ser objetivamente responsabilizadas por condutas omissivas ou comissivas de seus agentes que causem danos relacionados a interesses difusos e/ou coletivos.

Nesse rumo, é pertinente a citação de excerto do magistério de HELY LOPES MEIRELES:

"a legitimação passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as estatais, autárquicas ou paraestatais, porque tanto estas como aquelas podem infringir normas de direito material de proteção ao meio ambiente ou ao consumidor, incidindo

na previsão do art. 1º da Lei 7.347/85, e expondo-se ao controle judicial de suas condutas." (Mandado de Segurança, op. cit. p. 119).

No mesmo sentido é a cátedra do eminente RODOLFO DE CARMARGO MANCUSO:

"Em regra podem figurar no pólo passivo da ação civil pública, todos os que estão legitimados no pólo ativo. (...) Quanto aos entes políticos, a hipótese é mais factível, seja porque eles podem dar causa à lesão, por ação ou omissão (esta última hipótese seria a mais ocorrente), seja porque, em sede de responsabilidade por danos a esses interesses metaindividuais, preconiza-se a aplicação da responsabilidade objetiva, ou do risco integral."

Portanto, em consonância com essas autorizadas doutrinas, dúvida não pode haver sobre a suscetibilidade, em tese, de o Estado do Amazonas ser réu em sede de ação civil pública.

Contudo, para que se concretize essa possibilidade no caso vertente, impõe que o Autor de eventual ação demonstre a responsabilidade civil do Estado pelo dano que o Ministério Público Estadual está suscitando.

Ora, em sendo verídico e notório o fato do abandono e falta de conservação do imóvel, é força admitir a plausibilidade de se firmar a responsabilidade do Estado *in casu*, mormente à consideração de dois fatores, a saber, o valor cultural do bem e o fato de sua aquisição por desapropriação ao domínio público estadual.

Realmente. A Constituição da República determina à Administração Pública o dever de conservação do patrimônio cultural pátrio. Efetivamente, o art. 216, par. 1º, da Constituição dispõe que cabe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, a promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação". E o art. 23, inciso III, da Lei Suprema, a sua vez, estabelece ser da competência comum a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a proteção aos bens de valor histórico, artístico e cultural.

Dessarte, pelo texto constitucional pode se caracterizar *a priori*, ao menos, a responsabilidade solidária do Estado do Amazonas, ao lado da União e do Município de Barreirinha pela conservação e proteção do bem indigitado em virtude de seu valor cultural.

Acresce e releva, todavia, o fato de o Estado do Amazonas ter procedido à desapropriação do bem de que se cuida em razão de seu valor cultural e em prol de sua proteção e conservação - providência esta aliás autorizada pela acima citada norma do art. 216, par. 1º, da CR/88 e pela Lei Geral de Desapropriações (DL 3.365/41).

Assim tendo agido, incorporando o imóvel ao seu patrimônio, o Estado invocou para si, em especial, a responsabilidade de conservá-lo (o bem). Dessa maneira porque o Estado do Amazonas, assim como toda pessoa jurídica de direito público, está sujeito *ex vi legis* à obrigação de conservar, utilizar e destinar, nos termos da lei, os bens que compõem o seu domínio patrimonial.

Visando corroborar essa assertiva, da obrigação das entidades públicas de conservar e utilizar os bens que integram o seu patrimônio, calha trazer a conceito o ensinamento de DIOGENES GASPARINI:

"A Administração Pública, se de um lado pode, segundo o interesse público, utilizar os bens que lhe pertencem para a implantação dos mais variados serviços que estão a seu cargo, de outro lado está obrigada a promover a guarda (vigilância constante para garantir a sua integridade e a finalidade do bem), conservação (cuidados para manter o bem com as características de uso e fim) e aprimoramento (medidas de valorização do bem) desses bens. (...) Do mesmo modo, não se compreende a deterioração do bem sem qualquer medida para conservá-lo segundo a sua natureza e fim. Esses comportamentos, evidentemente, podem levar à responsabilidade do agente público. São comportamentos incompatíveis com os princípios da indisponibilidade dos bens, direitos e interesses públicos e da eficiência. O exercício dessa atribuição independe de qualquer autorização legislativa geral ou especial dado que inerente à atividade do administrador." (Direito Administrativo, 2ª ed., p. 514 e s.).

Aliás, justamente por esse motivo é que a Constituição, no acima citado art. 216, concebeu a desapropriação como técnica ou meio de que se pode valer o Poder Público para preservar os bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro.

Portanto, conclui-se s.m.j. que o Estado pode vir a ser responsabilizado, em sede de ação civil pública, pela má conservação ou "abandono" do imóvel de valor cultural que integra o seu patrimônio imobiliário.

Infere-se, pois, desse modo, que ao Estado do Amazonas interessa a celebração de acordo, não somente pelo fato de assim estar prevenindo contra eventual condenação judicial em sede de ação civil pública, mas também, mormente por constituir um seu dever jurídico a promoção, ao lado do Ministério Público, das medidas cabíveis no sentido de resguardar o imóvel em questão.

C - DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ACORDO

Tendo em mente que o estabelecimento de compromisso com bases predefinidas e consensuais constitui via muito mais condizente para por fim a conflitos de interesses públicos desta jaez que a possível (e até vexatória) condenação judicial do Poder Público, cabe demonstrar em que termos é possível a celebração do acordo proposto.

Princípio-se por ter como de inteira cabença, em tese, a celebração de transação para prevenir ou por fim a ação civil pública.

Apesar da indisponibilidade marcante dos direitos e interesses que constituem objeto do inquérito e ação civil pública, abalizada doutrina de há muito vem se manifestando no sentido da possibilidade de concretização de acordos, na forma permitida em lei, assim com base na finalidade preponderantemente preventiva da ação civil pública.

Isso se deve ao fato de que tais acordos consubstanciam instrumento célere e eficaz de alcançar o próprio objeto perseguido ao final da ação (a prestação de pagar, fazer ou não-fazer) mediante autocomposição que, longe de pautar a renúncia aos direitos que arrimam a postulação pública, apenas possibilitam ao infrator, com a estipulação de tempo e modo idôneos, o adimplemento voluntário da obrigação devida *ex lege*.

A esse respeito discorre com maestria o nunca assaz citado Procurador do Município de São Paulo RODOLFO C. MANCUSO:

"não se pode negligenciar o fato de que, por um lado, o aforisma popular alerta que 'é melhor um mau acordo do que uma boa demanda' (com isso gizando os inconvenientes das pendências judiciais quando possam ser evitadas ou abreviadas); de outro lado, haverá casos em que a não celebração do acordo iria contra a tutela do interesse difuso objetivado. Imagine-se que a empresa poluente, reconhecendo ser fundada a pretensão inicial, apresente plano para a instalação, em três meses, dos equipamentos necessários, fazendo prova de que estão encomendados. Em casos que tais, a intransigência do autor na recusa ao acordo não se justificaria, porque nas ações coletivas o interesse reside menos em 'vencer' a causa, do que em obter, de algum modo, a melhor tutela para o interesse difuso questionado. (...) a transação na ação civil pública não é de ser afastada ao argumento de que o interesse tutelado depassa a figura do autor: será ela possível quando, ao ver do autor (e com a anuência do Ministério Público quando este não seja autor), a proposta de acordo se afigure mais consentânea com a tutela do interesse difuso, do que o seria a continuidade do processo.

E a seguir arremata:

"Embora a transação implique naturalmente concessões recíprocas (CC art. 1.025), é de se presumir que a concessão que haja de ser feita pelo autor em face do(s) réu(s) haverá que ser compatível com o salutar propósito de que o interesse metaindividual venha afinal resguardado (como o seria se a ação prosseguisse e restasse reconhecida sua procedência). De outra parte, a transação na ação civil pública não abrirá um leque demasiado amplo de alternativas, já pela natureza mesma do interesse objetivado; *v. g.*, poderá o autor concordar com um prazo mais elástico para que o réu adote as providências cabíveis; poderá aceder em que a obrigação seja cumprida de outro modo, que não indicado na petição inicial, desde que a solução alvitrada pelo réu se afigure idônea; de resto, insta lembrar que mesmo nos casos em que o direito questionado é indisponível (*ex.*: alimentos), podem as partes transacionar acerca de sua expressão pecuniária. Como bem apreendeu Hugo Nigro Mazzilli: 'não se pode olvidar que na ação civil pública, às vezes será mesmo de aceitar a transação: a jurisprudência, desde que acordes os interessados, de modo mais liberal, poderá inclinar-se favoravelmente à homologação da transação, na qual se pode conseguir praticamente tudo o que é objeto do pedido, sob forma de autocomposição da lide. (...)'

Em resumo, pode-se dizer que se registra uma evolução no pensamento doutrinário acerca da possibilidade de transação no bojo da ação civil pública, ao argumento de que a indisponibilidade do objeto não é motivo suficiente para impedir o acordo judicial, quando o recomende o interesse público ou mesmo a natureza do interesse metaindividual objetivado na ação."

Também NELSON NERY JR., fazendo referência ao acórdão constante da RSTJ 29/405 afirmou a possibilidade da transação em matéria de direitos difusos e coletivos, analisada em face de cada caso concreto (*cf. in* RT 629/37).

Bem de se ver, ainda, que a Lei Estadual nº 1.639/83 (*cf.* arts. 3º, incisos I e III; 9º; 21, inciso III) permite à Procuradoria-Geral do Estado, em representação ao Estado do Amazonas, propor e celebrar acordos, na forma da lei, com a autorização do Chefe do Poder Executivo, desde que tal providência seja recomendável ou necessária à tutela dos superiores interesses do Estado, dentre os quais a regularização, proteção e garantia do patrimônio imobiliário do Estado, conforme explicita o art. 7º, inciso VI, do Regimento Interno desta Procuradoria Geral (aprovado pelo Decreto nº 17.061, de 18.03.96).

Ademais, importa salientar que nada obsta seja efetivada a

transação já na fase conclusiva do inquérito civil, desde que nesse estágio reste suficientemente apurada a responsabilidade pelos danos. Nessa situação, o acordo tem o condão de infirmar o justo motivo para a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público, assumindo, pois, função preventiva, acorde com a definição normativa constante do art. 1.025 do Código Civil.

A respeito, não se diga que o acordo entre o Ministério Público e o Estado do Amazonas somente se faz cabível após o aforamento da ação civil pública, em julgo, ao argumento de que extrajudicialmente haveria confusão entre o Estado e o Ministério Público, por este último ser um órgão intra-estatal, dotado unicamente de "personalidade judiciária". É preciso lembrar que no Direito Público verificam-se peculiaridades nas relações jurídicas, sobretudo nas de cunho inter-orgânicos, que bem explicam e demonstram a possibilidade jurídica de se concretizar relação jurídica entre a pessoa jurídica de direito público e determinado órgão. Está-se referindo ao fenômeno da subjetivação dos órgãos públicos (centros parciais de imputação do Estado tomando-se sujeitos de direito) que ocorre sempre que estes, no desempenho de suas atribuições, poderes e faculdades legais, necessitem figurar como termo-sujeito de uma relação jurídica em face de outros órgãos ou da própria pessoa jurídica de direito público. É precisamente o que acontece quando determinado órgão do Poder Judiciário Estadual conhece e julga ações promovidas pelo próprio Estado. A mesma substantivação ocorre em relação ao Ministério Público quando, no exercício de suas legítimas atribuições constitucionais, precisar firmar ato/relação jurídica com o Estado. Não se há de falar nesses casos em confusão e insubsistência dos fatos jurídicos.

A respeito da subjetivação dos órgãos públicos, é lapidar e invencível a preleção de LOURIVAL VILANOVA:

"Com a repartição das funções, instituição de órgãos específicos para funções específicas, cada órgão é um centro parcial de imputação, como o Estado é o centro total de imputação, de criação e de aplicação do direito. Cada órgão é um plexo de atribuições, de faculdades, de poderes e de deveres: é um feixe de competência. Como núcleo parcial de competência é um ponto-de-imputação (de referência, de atribuição, de pertinência). A subjetivação, o fazer de um centro de imputação um sujeito-de-direito é um processo técnico no interior do sistema jurídico. (...) A subjetivação de cada órgão permite explicar as relações jurídicas interorgânicas. Se cada órgão-do-poder não tiver uma individualidade subjetiva (de sujeito-de-direito), abre-se caminho para a confusão de poderes. E não se explica o fato objetivo de que entre presidente ou monarca hajam relações com o

parlamento, conforme seja ou não parlamentar o sistema de governo; o fato de que se dêem relações entre o Ministério e o parlamento, entre o Ministério e Presidente ou Monarca. Como não se explicará o fato de que o órgão executivo coopere na feitura da lei (iniciativa, sanção, veto), investindo-se de funções administrativas, de governo e de co-legislador; nem do fato de que se manifestem relações entre o judiciário os órgãos executivos e legislativo, contendo-os nos seus limites competenciais, no exame da legalidade e da constitucionalidade de seus atos de órgãos.(...)

Agora, tais relações são relações jurídicas. Se não, analisemos: há atos de vontade manifestados na forma prescrita, que são fatos, há normas internas incidindo nesses fatos e os qualificando como fatos jurídicos, e os efeitos, o plexo eficaz das relações. Seria estreitar o conceito de relação jurídica sempre pensar no esquema direitos subjetivos/deveres, e, ainda mais, pensá-lo nas linhas da dogmática civil.

Há relações jurídicas onde se ponham centros-de-imputação ou referência como sujeitos-de-direito, onde se requeiram fatos jurídicos e, pois, normas jurídicas incidentes nesses fatos. Os sujeitos-de-direito são portadores de direitos subjetivos, em sentido estrito, e de poderes, faculdades, e de deveres, obrigações de prestações a adimplir. Os sujeitos-de-direitos, ao manifestarem sua vontade, as normas atribuem ao fato da vontade a constituição, modificação, desconstituição de relações.(...)

Um órgão-de-Estado é uma porção constitucionalmente delimitada de competência. Há as normas atributivas, autorizativas, habilitantes, as que conferem poderes; e as normas que impõem deveres, prestações, ações e omissões. Há as normas, os suportes fáticos (declarações de vontade) e os efeitos - os atos legislativos, administrativos e judiciais, imputados à personalidade total do Estado. As normas criadas, os atos de administração e os judiciais, provêm de relações, e incidem sobre fatos, cujos efeitos são relações. A relação-de-imputação é uma relação de causalidade jurídica: sem as normas, os fatos não trariam estes ou aqueles efeitos.(...)

O fato capital é que o Estado forma sua vontade mediante o órgão. Que cada órgão é um centro parcial de imputação e, por isso, nas relações jurídicas comporta-se como sujeito-de-direito, parcelamento da subjetividade total do Estado. Ser sujeito é ser um ponto de convergência de uma pluralidade de normas jurídicas. (...)

A divisão de poderes importa numa repartição de funções a órgãos

diferentes. Os órgãos se tornam centros parciais de imputação, pontos de referência de um complexo de normas (e seus respectivos suportes fáticos). Os órgãos carecem de personalidade própria: a personalidade total do Estado sobrepõe-se-lhes. Mas a cada órgão é distribuído um feixe de atribuições, de faculdades, de deveres, e de meios disponíveis, para a execução de suas funções. Esse plexo de direitos/deveres (para dizer numa fórmula abreviada) é competência repartida. Há uma individualidade em cada órgão, uma diferenciação formal e material, indispensável para demarcar as relações jurídicas interorgânicas.(...)

Num Estado de órgão supremo único, unipessoal, concentrador de funções, não se oferece o fato objetivo que provoca o problema da personalidade do órgão, em face da personalidade do Estado. Mas, repartidas as funções entre órgãos diferenciados, surge o problema. Tais órgãos têm uma individualidade, distinguem-se uns dos outros, entram em relações recíprocas, relação de cooperação, e relações de conflito: tomam posições em relações jurídicas, ora como titulares ativos, ora como titulares passivos. Há relações jurídicas dos titulares ante os órgãos, os titulares têm direitos e deveres de órgãos, que não se confundem com os seus, como não-titulares, pessoas individuais.

Pode ou não haver relações de delegação (entrega de competência própria, ou de parcela de competência concorrente), que são relações jurídicas interorgânicas, diferentes das relações jurídicas intra-orgânicas. Umas, reguladas por normas externas; outras, por normas internas. Irrecusável que há relações e relações cujo suporte fático preenchem os quadros delineados pelas regras jurídicas do sistema. Há relações jurídicas." (Relação Jurídica de Direito Público in RDP 74/44).

Estas considerações, conquanto óbvias e elementares aos Jurisconsultos Publicistas, permitem vivificar a nós outros que o Ministério Público possui capacidade de ser sujeito-de-direito não somente perante o Poder Judiciário, mas também em face de quaisquer outras situações inerentes ao cumprimento de suas atribuições, deveres e poderes constitucionais e legais. Fato jurídico este que explica a possibilidade de o Ministério Público, em sede de inquéritos civis, firmar acordos, inclusive, com a própria pessoa jurídica de direito público da qual seja componente.

Contudo, embora se conclua, em conformidade com os ensinamentos doutrinários trazidos à colação, pelo cabimento de celebração de acordo entre o Ministério Público e o Estado do Amazonas, ao fim do tratado inquérito civil, com vistas a tutela imediata e apropriada dos interesse

público e difuso em pauta, impende advertir que as bases dessa avença não devem invadir ou ofender o âmbito do mérito administrativo, ou seja, o Ministério Público não pode impor cláusula ou condição atinente à matéria de juízo exclusivo do Poder Executivo.

Assim porque, havendo um campo de liberdade suposto na lei para que o Administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação concreta, visando ao alcance da finalidade legal de conservação do patrimônio público e cultural, a escolha da medida a ser implementada compete exclusivamente ao Poder Executivo, não estando autorizados pela Lei o Ministério Público e mesmo o Poder Judiciário a substituí-lo nessa eleição.

Nesse rumo, é de ver a seguinte construção jurisprudencial:

"Cabe ao Poder Executivo o direito e o dever de fixar prioridades de sua administração, sopesando ações outras que, a critério desse mesmo Executivo, possam ser prioritárias. Assim, não podem juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da Administração, sob pena de violação do princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado"(JTJ 145/25).

Essa decisão de mérito administrativo - explica-se - pode estar relacionada v. g. à opção quanto a envergadura da obra a ser implantada no bem imóvel (que segundo as disponibilidades orçamentárias, poderá abranger tão-somente benfeitorias necessárias ou abarcar também benfeitorias úteis - cf. art. 63 do Código Civil), bem assim o regime de sua execução, prazos, autoria do projeto *et alii*.

Por assim dizer, alvitra-se que o Estado do Amazonas, caso decida celebrar o acordo proposto, não se obrigue com o MP, desde logo discriminando projetos e obras em específico, devendo tão-somente firmar o compromisso, se for o caso, fazendo alusão a tempo e forma idôneos, de realização das medidas tendentes à preservação do bem, de par com as possibilidades da Fazenda Pública.

Outrossim, é de se compor cláusula em eventual termo de acordo que ressalve situações de demora ou atraso na realização da medidas administrativas quando haja justo motivo. Assim porque esses fatos nem sempre configurarão inadimplemento ou a responsabilidade do Poder Público. Veja-se v. g. a situação que, segundo o Promotor de Justiça, teria sido exposta pelo Senhor Secretário de Estado de Educação e Cultura: - o Estado do Amazonas já tem um projeto para restauração do imóvel, já realizou um certame, mas, no entanto, houve ausência de licitantes aptos a executarem a obra. Trata-se irrefragavelmente de justo motivo (força maior) que exonera o Estado de qualquer responsabilidade.

Além disso, ante os princípios da indisponibilidade dos bens públicos e da legalidade, não poderá haver no ajuste qualquer cominação de multa em desfavor do Estado do Amazonas, sendo que o inadimplemento dos termos do acordo somente poderá dar azo ao ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público, sem prejuízo a que o Estado do Amazonas possa discutir em juízo, sob o crivo da ampla defesa, não somente sobre o cumprimento do acordo mas também sobre o fato da existência ou não de conservação mínima do imóvel público.

Observa-se que, no caso vertente, as bases propostas pelo Ministério Público para celebração de acordo são as seguintes: “1. Catalogação, registro e avaliação de todos os bens adquiridos pelo Estado com o imóvel; 2. Observância às boas técnicas pertinentes à restauração do imóvel; 3. Estipulação de prazo razoável e determinado para a execução dos trabalhos de restauração.”

Mantidos esses termos no acordo, não se antevê no caso em tela qualquer mácula à discricionariedade administrativa, haja vista a razoabilidade das medidas propostas, a teor das quais sobeja à Administração Pública a escolha da melhor e mais viável alternativa para a satisfação do interesse público, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Contudo - impõe repisar neste parecer - há de se ter em vista que a própria realização de transação neste momento, tal como proposta pelo Ministério Público, constitui decisão de mérito administrativo, a cargo da Chefia do Poder Executivo, pautada nos critérios de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, frisa-se que é possível à Administração se reservar a implementar, independentemente de acordo, os reparos de que necessita o bem imóvel ou mesmo aguardar que o Poder Judiciário se pronuncie sobre a pretensão ministerial, se discordar da conclusão expendida pelo *parquet*, de que o imóvel esteja abandonado.

III - DAS CONCLUSÕES

Em face do quanto se expôs, conclui-se que:

a) O Ministério Público tem legitimidade para promover inquérito e ação civil pública, objetivando apurar a responsabilidade pela conservação do imóvel adquirido pelo Estado do Amazonas ao poeta Thiago de Mello;

b) O Estado poderá vir a ser responsabilizado pela falta da conservação do bem que integra o seu domínio patrimonial e que possui valor artístico, cultural e histórico em sede de eventual ação civil pública;

c) Há possibilidade jurídica da celebração do acordo proposto pelo Ministério Público ao fim da fase inquisitorial, com o escopo de prevenir a formação de litígio e o consequente ajuizamento de ação civil pública;

d) A decisão de celebrar o acordo proposto compete ao Chefe do Poder Executivo Estadual à vista dos critérios de conveniência e oportunidade administrativas.

Sendo assim, RECOMENDA-SE o seguinte encaminhamento:

1. Acusar à Promotoria de Justiça de Barreirinha que o ofício vestibular foi recebido nesta Procuradoria-Geral e que os termos da proposta formulada estão sendo levados à consideração superior das autoridades administrativas competentes;

2. Remessa deste processo ao superior discernimento do Exm^o Senhor Governador do Estado, por intermédio do MD. Senhor Secretário de Estado da Cultura e Estudos Amazônicos para que, à vista das conclusões deste parecer, julguem e informem a esta PGE a possibilidade, conveniência e oportunidade administrativas da celebração de acordo com o Ministério Público Estadual, sendo que, em caso positivo, a SEC, deve declinar se o Estado pode se comprometer a atender as bases e medidas propostas pelo MP (fls. 03-*in fine* e 04), estimando prazos e modo para execução.

É o parecer *sub censura*.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E MEIO AMBIENTE/PGE, em Manaus, 08 de junho de 1998.

RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA

Procurador-Chefe

PROCESSO nº 934/98.

NATUREZA: Inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público Estadual tendo como objeto o imóvel sito no Município de Barreirinha adquirido pelo Estado do Amazonas por desapropriação.

INTERESSADO: Ministério Público do Estado do Amazonas (Promotoria de Justiça da Comarca de Barreirinha-AM)

DESPACHO:

1. **APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, o bem lançado Parecer nº 013/98PPIMA/PGE, emitido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente/PGE, Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, concluindo pela legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública visando à responsabilidade do Estado pela conservação do imóvel em

questão, bem assim pela possibilidade jurídica do acordo alvitado pelo MP, como forma de prevenção de litígio; e, pela necessidade de autorização do Chefe do Poder Executivo para a celebração da avença, caso assim entenda conveniente aos interesses da Administração.

2. Esclareço que ao tomar conhecimento do estado de abandono e depredação do imóvel, no estrito cumprimento do dever legal, fiz encaminhar, em data 21 de setembro de 1994, ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, o Ofício nº 338/94-GPGE, comunicando o fato e recomendando as providências cabíveis, conforme documento anexo.

3. Acorde, pois, com as recomendações constantes do aludido Parecer, determino:

a) expedição de ofício à zelosa Promotoria de Justiça da Comarca de Barrerinha-AM, por intermédio da douta Procuradoria Geral de Justiça, para conhecimento da manifestação e das providências adotadas pela PGE;

b) remessa do Processo à Secretaria de Estado da Cultura e Estudos Amazônicos, a fim de que o titular da referida Pasta, tomando ciência do assunto, de seu interesse peculiar, submeta-o ao exame e deliberação do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, mormente ante a imprescindibilidade da autorização governamental para a celebração de acordo, se tal solução, a critério do Chefe do Poder Executivo, revelar-se conveniente, oportuna e em consonância com os interesses da Administração.

ENCAMINHE-SE este Processo à **Secretaria de Estado da Cultura e Estudos Amazônicos**, com a solicitação de prioridade no exame e submissão da matéria à superior reflexão do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, comunicando a esta PGE a deliberação que vier a ser adotada.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus(AM), 09 de junho de 1998.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

TRABALHOS FORENSES

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DAS CÂMARAS REUNIDAS DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS.

O ESTADO DO AMAZONAS E A SUPERINTENDÊNCIA DE URBANIZAÇÃO E HABITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS - SUHAB, pessoas jurídicas de direito público interno, representadas pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio dos Procuradores do Estado infra-assinados, *ut* procuração em anexo(doc. 1), vêm respeitosamente perante Vossa Excelência, com supedâneo nos incisos IV e V, do art. 485, do Código de Processo Civil, propor a presente

AÇÃO RESCISÓRIA

contra o **ESPÓLIO DE EDUARDO SILVEIRA LIMA**, na pessoa de seu inventariante, na forma do art. 12, inciso V, do mesmo Código Processual, **MARIA LUÍZA DE SANTANA LIMA**, brasileira, viúva, do lar, residente e domiciliada nesta Cidade, na Rua Tucano, c/10, Cidade Nova I, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

1. DOS FATOS

Tramitam perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus os autos de Ação Ordinária de Indenização por Desapropriação Indireta (Processo nº 751/82), movida pelo **Espólio de Eduardo Silveira Lima**, ora Suplicado, contra a **Superintendência de Urbanização e Habitação do Estado do Amazonas - SUHAB**, ora Segunda Suplicante, tendo como interveniente o **Estado do Amazonas**, ora primeiro Suplicante, este, na qualidade de assistente litisconsorcial.

Na aludida ação, a então **SOCIEDADE DE HABITAÇÃO DO AMAZONAS-SHAM**, hoje **SUPERINTENDÊNCIA DE URBANIZAÇÃO E HABITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS**, ora Segunda Suplicante, foi condenada a pagar quantia certa, a título de indenização, pelo apossamento administrativo que se julgou haver ocorrido em imóvel pertencente ao Espólio, aqui Suplicado. O dispositivo da sentença condenatória está assim redigido:

“Em face do exposto e de tudo o mais que dos autos transparece, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DA AUTORA, e em consequência:

- a) - Condeno a Ré ao pagamento da indenização devida à Autora, no valor de CZ\$ 70.660.000,00 (sententa milhões seiscentos e sessenta mil cruzados), correspondente aos 500.000 (quinhentos mil) metros quadrados do terreno de propriedade do Espólio de Eduardo Silveira Lima, representado, nos autos, pela Autora MARIA LUÍZA DE SANTANA LIMA, à razão de CZ\$ 141,52 (cento e quarenta e hum cruzados e cinquenta e dois centavos), o metro quadrado, adotando o que a respeito esclarece o laudo pericial ao avaliar o imóvel;
- b) - dos 500.000 (quinhentos mil) metros quadrados, devem ser deduzidos a área de 7.890 m², vendida que foi a Empédocles Antony e sua mulher Creuza Cavalcante Antony, conforme declara a Autora;
- c) - o valor da indenização determino seja corrigido na forma da lei, a partir de 04 de janeiro de 1987, data em que foi elaborado o laudo técnico;
- d) - A conversão para a atual moeda, dar-se-á oportunamente, quando da execução da sentença.
- e) - Condeno ainda a Ré, ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios, que arbitro em 20% (vinte por cento), sobre o valor da condenação." (p. 16 da sentença n. 151/89, de 24.10.89, da 1ª Vara da Fazenda)."

Após o trânsito em julgado da mencionada sentença, houve, então, naquele Juízo monocrático o procedimento de liquidação por cálculo do Contador do Foro, consoante a antiga redação do art. 604 do Código de Processo Civil, hoje revogada pela Lei nº 8.951/94.

Nessa liquidação, determinou o MM. Juiz presidente que a Contadoria do Foro efetuasse os cálculos do *quantum debeatur*, o que teria de ser feito em absoluta, estrita e inafastável correspondência com o *decisum* liquidando, sem nenhuma possibilidade de alteração de seus precisos termos.

Entretanto, em decorrência da feitura errônea desses cálculos judiciais, a parte ali vencedora, ora Requerida, foi indevidamente contemplada com vultosa verba, a título de **juros compensatórios, na razão de 1% ao mês, desde maio de 1973**, que supostamente seria a data de ocupação do terreno pela SHAM.

Esse oneração extravagante, decorrente do malsinado cálculo judicial, foi objeto de impugnação tempestiva dos ora Suplicantes, ao argumento irrefutável de que **a sentença liquidanda não os condenou ao pagamento de juros compensatórios, como efetivamente não condenou.**

Não obstante, os cálculos foram homologados por sentença, que

expressamente examinou esse questionamento dos Requerentes, sem, no entanto, lhes dar razão.

Inconformados, os Suplicantes dirigiram recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, irresignando-se contra essa inclusão imprópria de juros compensatórios em fase de liquidação.

Porém, o Colendo Tribunal, por sua Primeira Câmara Cível, nos autos da Apelação nº 29400535-8, lamentavelmente negou provimento ao recurso, confirmando em todos os seus termos a r. sentença homologatória, então apelada, ficando mantida, no errado cálculo de liquidação, a volumosa quantia referente a juros compensatórios não deferidos pela sentença condenatória.

Após o julgamento da Apelação, foram interpostos pelo Primeiro Suplicante (observa-se que pela Lei nº 3.330/95 a SUHAB passou então a integrar a Administração Direta, sem personalidade jurídica própria, assim até a vigência da Lei nº 2.395 e 2.409, de 11.07.96), sem sucesso, Embargos de Declaração e Recurso Especial, vindo o v. Acórdão proferido em grau de apelação a transitar em julgado apenas em 06 de junho de 1996, consoante a certidão em anexo. (doc. 02).

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Os ora Suplicantes, com base no art. 485, incisos IV e V, do Diploma Processual Civil, pretendem a rescisão do v. Acórdão proferido em grau de Apelação pela C. 1ª Câmara Cível desse E. Tribunal de Justiça (proc. nº 29400535-8), que manteve ***“integralmente pelos seus próprios fundamentos”*** (cf. voto condutor - fls. 495) a decisão homologatória dos cálculos indigitados, ratificando, desse modo, a inclusão de juros compensatórios na fase de liquidação de sentença (doc. 03).

Assim porque, ao manter integralmente, por seus próprios fundamentos, a sentença homologatória dos cálculos impugnados, o v. Acórdão atacado substituiu a errônea decisão monocrática e, assim fazendo, incidiu no mesmo erro e chancelou o adicionamento de juros compensatórios ao montante da condenação, em fase imprópria, de liquidação, ***perpetrando em flagrante ofensa à coisa julgada e à expressa disposição de lei***, conforme os Suplicantes passam a demonstrar.

2.1. Da Ofensa à Coisa Julgada e da Violação de Literal Disposição de Lei

O v. Acórdão rescindendo contrariou irrefragavelmente o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada, violando as normas que o albergam, a saber: o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República e arts. 467 e 610 do Código de Processo Civil.

De fato. Segundo estatuem em termos gerais e imperativos os dois primeiros dispositivos acima referidos, é defeso ao Judiciário, em qualquer procedimento ou instância, modificar, no todo ou em parte, a prestação jurisdicional consubstanciada em sentença anterior, não mais sujeita a impugnações no mesmo ou em outro processo.

Bem por isso, atento ao alcance das citadas normas o Legislador de 1973 concebeu, como corolário, a regra pormenorizada do art. 610 do Código de Processo Civil, estatuinto especificamente para o procedimento de liquidação de sentença o preceito cogente de que: ***“É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou.”***

Então, na dicção imperativa dessa sobranceira norma processual, não é ilícito ao Julgador, por via de homologação de cálculos de liquidação, ratificar e/ou determinar a inclusão, no *quantum debeatur* liquidando, de quantia ou verba cujo pagamento não foi deferido em anterior sentença condenatória passada em julgado.

Nada obstante, no caso concreto, essa hipótese resta claramente configurada, pois o Acórdão Rescindendo, ao manter a errônea decisão que homologou a inclusão indevida de juros compensatórios no cálculo de liquidação, sedimentou a inovação intolerável, modificando o julgamento proferido no processo de conhecimento que, definitivamente encerrado, está acobertado sob o manto da coisa julgada e não pode jamais ser alterado.

Ora, Cultos Julgadores, é cediço o entendimento de que os juros compensatórios não são mera parte acessória e adesiva à parcela principal indenizatória devida, tal como se afiguram os juros moratórios. Por essa elementar razão o Judiciário não pode incluí-los, seja no procedimento de liquidação, seja no processo de execução, sem que tenha havido a taxativa e/ou expressa concessão pela sentença condenatória precedente, lavrada no processo de conhecimento e nele passada em julgado.

É que os juros moratórios consubstanciam mera remuneração legal da quantia devida até a data do seu efetivo pagamento, motivo pelo qual, aliás, o STF já entendeu legítima a sua inclusão em fase de liquidação de sentença (Súmula 254).

Ao revés, os juros compensatórios, segundo a mais abalizada doutrina e dominante jurisprudência (cf. ***Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência***, José Carlos de Moraes Salles, 3ª ed., p. 526), consistem em verba de ressarcimento, visando especificamente à recomposição de eventuais lucros cessantes, relativamente aos frutos e rendas de determinado bem cuja posse e propriedade foram subtraídas pelo Poder Público. Justamente por isso devem ser fixados expressamente por sentença, à vista de um pedido explícito e específico do Autor da ação, o que não ocorreu no processo de conhecimento em tela.

Logo, a inclusão de juros compensatórios em fase de liquidação, como a operada pelo Acórdão Rescindendo, implica clara ofensa e negativa de vigência ao art. 610 do Código de Processo Civil, por representar, de um lado, a concessão de um direito inexistente e, do outro, uma obrigação sem causa, de pagar verba autônoma de ressarcimento específico, que não foi nem está compreendida no dispositivo da sentença condenatória liquidanda.

Não se pode esquecer que é mesmo incabível a inclusão de qualquer verba adicional, em fase de liquidação, porquanto tal procedimento visa tão-só à apuração das quantias determinadas em anterior sentença genérica condenatória, proferida no processo de conhecimento, sendo defeso à parte formular pedido e ao Juiz permitir alterações que importem diminuição ou acréscimo aos termos do título judicial (decisão liquidanda) sedimentado pela coisa julgada.

Nesse sentido tem se manifestado o E. Supremo Tribunal Federal, devendo-se, neste ponto, v. g. transcrever, ante a similitude com a situação vertente, o acórdão proferido no Rec. Extraordinário nº 93.185-PI (RTJ 99/1.350):

“Desapropriação. Juros compensatórios.

É defeso, na liquidação, incluir juros compensatórios pela ocupação do imóvel, quando eles não foram contemplados na sentença que julgou a ação expropriatória. Ofensa à coisa julgada, pois o acréscimo não importou na atualização da condenação, mas em adicionar nova parcela ao montante da dívida. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(...)

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: A Câmara especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, provendo a apelação do expropriado, mandou em liquidação de sentença que fossem incluídos na condenação os juros compensatórios desde a ocupação do imóvel.

Daí o recurso extraordinário do Estado do Piauí, fundado na letra “a” do permissivo constitucional, alegando que o acórdão desatendeu ao princípio da coisa julgada, consagrado no art. 467 do Código de Processo Civil, combinado com o art. 610 do mesmo diploma legal, que proclamam a inalterabilidade da sentença na fase de liquidação, pois deferiu a inclusão de juros compensatórios que não figuraram na sentença exequenda.

O recorrido impugnou o recurso extraordinário, citando o acórdão da segunda Turma, no RE 81.302, Rel. o eminente

ministro Xavier de Albuquerque, consoante o qual "não infringe lei alguma a decisão que, em processo expropriatório, manda atualizar tanto a indenização quanto os pagamentos intermediários, ou, alternativamente, apenas o saldo aberto."

(...)

VOTO

(...)

A concepção moderna da coisa julgada (RE 87.366/RJ) permite que, na execução, seja atualizada a condenação ou algumas de suas parcelas, inclusive mediante correção monetária, se, depois da sentença e em face do tempo decorrido, surgiram fatos novos que alteraram a situação existente à época da sentença. Não é essa, porém, a hipótese sub judice.

O respeitável acórdão recorrido valorizou fato que não fora considerado pela sentença exequenda e majorou a condenação adicionando-lhe parcela estranha à execução. Considero inafastável à ofensa à coisa julgada e à lei que ela estabelece entre as partes (art. 468 do CPC), em consequência da qual é defeso, na liquidação modificar a sentença que julgou a causa (art. 610 do CPC).

Esta Primeira Turma, no RE-85.381-RJ, sendo Relator o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, decidiu: 'A condenação dos juros compensatórios não se contam virtualmente na sentença.'

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para excluir da indenização os juros compensatórios." (Sem grifos no original).

Outro não é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de

Justiça:

"Liquidação de sentença. - Maltrata o Art. 610 do CPC o Acórdão que, ao apreciar apelação da sentença de liquidação, altera a sentença de cognição. - Recurso conhecido e atendido em parte." (Resp 0057456/RJ Ano:94 Rip:00036594; STJ Acórdão da Quarta Turma, decisão:12-05-1997, In DJU 23/06/1997 p. 29135, Rel. Ministro Fontes De Alencar, decisão: por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte lhe dar provimento).

"Processo Civil - Liquidação de sentença - Cálculo dos juros moratórios e compensatórios - Art. 610 do CPC. 1. A liquidação de sentença tem por escopo determinar o

'quantum' ou individual o objeto da condenação. 2. Na liquidação é vedada a alteração do julgado, de modo a incluir nova parcela, a título de recálculo de juros moratórios. 3. Recurso improvido." (Resp 0039634/SP Ano:93 Rip:00028340, STJ - Acórdão da Primeira Turma, decisão: 29-11-1993, in DJU 07/02/1994, p. 01146, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, decisão: por unanimidade, negar provimento ao recurso).

"Processual. Recurso especial. Execução de sentença. CPC, Art. 610. 1. A sentença transitada em julgado não pode ser modificada na fase de liquidação (Art. 610 do CPC). 2. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, quanto a fixação do valor das verbas devidas. 3. Precedentes." (Resp 0019350/SP Ano:92 Rip:00004639, STJ, Acórdão da Segunda Turma, decisão:01-06-1992, in DJ 29/06/1992, p. 10303, Rel. Ministro Peçanha Martins, decisão: por unanimidade, dar provimento ao recurso. Veja precedentes: Resp 9618-SP, Resp 8107-SP, Resp 8550-SP-STJ).

"Processo Civil. Sentença de conhecimento com trânsito em julgado. Modificação em liquidação. Impossibilidade. Art. 610, CPC. Recurso provido. - Fixado, por decisão cognitiva transitada em julgado, determinado critério de correção monetária, com indicação inclusive dos indexadores aplicáveis, não se mostra possível alterá-la na fase de liquidação." (Resp 0019431 Uf:RS Ano:92 Rip:00004838, STJ, Acórdão da Quarta Turma, Decisão:25-08-1992, DJ 21/09/1992, p. 15697, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, decisão: por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Veja: Resp 479-RJ, RT 658/193 - STJ."

"Processo Civil. Liquidação de sentença. Liquidação procedida em desacordo com o que se decidiu no processo de conhecimento. Ofensa ao Art. 610 do CPC caracterizada. Recurso Especial conhecido e provido." (Resp 0074806/AM, Ano:95, Rip:00047667, STJ, Acórdão da Terceira Turma, Decisão:18-06-1996, DJ 07/04/1997, p.11115, Rel. Ministro Costa Leite, Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento).

"Processual Civil - Execução - Desobservância dos limites

da decisão exequenda. - A execução não pode extrapolar os limites da decisão executada, sob pena de ofensa ao Art. 610, do CPC. - Recurso conhecido e provido." (Processo: Resp 0073659/SP, Ano:95, Rip:00044548, STJ, Acórdão da Quinta Turma, decisão: 18-03-1997, in DJ 05/05/1997, p. 017070, Rel. Ministro Cid Flaquer Scartezini, decisão: por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento).

Confirmando a impossibilidade de contar e incluir juros compensatórios em fase de execução quando não concedidos na sentença liquidanda, veja-se ainda os seguintes arestos: RTJ 96/231, RTJ 99/1.350, Bol. AASP 1.276/128, JTJ 150/181 e TFR - 6ª Turma, AC 77.164-RS, rel. Min. Miguel Ferrante, j. 17.10.83, v.u., DJU 1.12.83, p. 18.959, 2ª col., em.; TFR - 6ª Turma, AC 81.711- Edcl-BA, rel. Min. Américo Luz, j. 19.10.83, rejeitaram os embs., vu, DJU 1.12.83, p. 18.960, 2ª col., em.).

Por conseguinte, os Suplicantes têm como incabível e inadmissível a inclusão de juros compensatórios na fase de liquidação de sentença, pelo Acórdão rescindendo, o qual, desse modo, perpetrou OFENSA À RES JUDICATA e VIOLOU A LITERAL DISPOSIÇÃO DO ART. 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, BEM ASSIM AS DISPOSIÇÕES DOS ARTS. 467 e 610 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, MATÉRIA QUE FICA DESDE LOGO PREQUESTIONADA, PARA FINS DE EXAME E MANIFESTAÇÃO EXPLÍCITOS NO JULGAMENTO DESTA AÇÃO RESCISÓRIA.

Neste passo, quadra aos Requerentes salientar que o ajuizamento da presente Ação Rescisória é diretamente contra o v. Acórdão prolatado pela Egrégia 1ª Câmara Cível, e não contra a r. sentença de primeiro grau que homologou os cálculos de liquidação.

Dessa maneira porque, sob rigor técnico-jurídico-processual, é incontroverso o efeito substitutivo (art. 512 do CPC) da decisão proferida em grau de apelação sobre a anterior sentença de primeiro grau.

Com efeito, o v. Acórdão, ora rescindendo, ao manter a r. sentença de liquidação "*integralmente pelos seus próprios fundamentos*", tornou-se decisão substitutiva, inclusive no que tange ao questionamento da adição de juros compensatórios, que foi expressamente debatido na sentença substituída.

E, como se não bastasse isso, ainda que não houvesse no Acórdão Rescindendo o exame explícito do questionamento acerca da inclusão dos juros compensatórios (*hipótese que se admite só para argumentar, já que a ocorrência de omissão no acórdão, a esse respeito, foi afastada à época por esse próprio Tribunal ao rejeitar Embargos de Declaração opostos pelo Primeiro Requerente*) ainda assim cabível seria a rescisão do Acórdão increpado, pois é mansa e pacífica a jurisprudência no sentido

de que não se exige, em sede de ação rescisória, o requisito do prequestionamento da violação que constitui fundamento da respectiva pretensão.

A propósito do efeito substitutivo e seu reflexo na propositura de ação rescisória, é esclarecedora a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira, *in verbis*:

"Nas hipóteses em que a decisão recorrida, de mérito, se vê substituída pela do órgão ad quem - mediante reforma ou mediante 'confirmação', pouco importa (vide, infra, os comentários ao art. 512) -, a eventual ação rescisória há de dirigir-se contra o julgamento de grau superior, que substituiu o outro (na medida em que o haja feito: a substituição pode ter sido parcial!). Descabido seria, aí, pretender rescindir algo que já não existe como ato decisório. O fundamento, naturalmente, tem de referir-se à decisão substitutiva, não à substituída." (In Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, 7ª Ed., 1998, vol. V, p. 113/114).

Desse sentir não discrepam os seguintes julgados:

"Dirige-se o pedido de rescisão contra o acórdão que negou provimento à apelação e não contra a sentença recorrida. Não havendo neste menção ao fato que, por não ter sido examinado, levou ao erro do julgado, inexistente óbice à admissibilidade da rescisória" (Ac. Unân. Da 2ª Seç. Do TFR de 19.04.88, na AR 1.196-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro; Rev. TFR, vol. 158, p. 7).

"Substituído o pronunciamento singular pelo plural, por força de recurso conhecido, contra o segundo deverá endereçar-se o pedido rescisório. Rescindível, pois, é o acórdão, e não a sentença, que foi substituída por acórdão, ainda que este tenha conteúdo decisório igual ao daquela. (Ac. Unân. Das Câm. Cív. Reun. Do RJ-MT de 16.12.93, na AR 363, rel. Des. Atahide Monteiro da Silva).

"Substituído o acórdão à sentença, a teor do art. 512 do CPC, só ele pode ser o alvo de ação rescisória, revelando-se, aí, a inépcia da inicial, que o ignora, como se jamais tivesse sido proferido, ao voltar-se, no pedido e na argumentação, apenas contra a sentença e seus fundamentos (Ac. Do 2º Gr. De Câm. Do TA-RS de 25.11.88, na AR 187.072.707, rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen; Julgs. TA-RS, vol. 69, p. 142).

"Quando a decisão recorrida é substituída pelo do órgão ad quem, ainda que confirmada integralmente, a ação rescisória deve ser dirigida contra o julgamento substitutivo e não contra o substituído (Ac. Da 3º Gr. De Câms. Reunidas do TA-RS de 22.11.91, no agr. Reg. 191151893, rel. desig. Juiz Tael João Selestre, Julg. TA-RS, vol. 81, p. 95).

"É indiferente que a lei tenha sido invocada ou não no processo principal, porque nem por isso terá deixado de ser violada: o requisito do prequestionamento não se aplica à rescisória (RTJ 97/699-Pleno, 116/451-Pleno, 116/870-Pleno, 124/1.101; STF-Pleno: RT 550/207, 627/117, 2º TASP-Pleno v.u.: Bol. AASP 1.558/255).

Dessarte, demonstrada a saciedade a presença dos permissivos constantes do art. 485, inciso IV e V, do Código de Processo Civil, tem inteiro cabimento a rescisão do Acórdão *sub censura*, a qual haverá de ser decretada por essas doutas Câmaras Reunidas em obediência ao Direito e, especialmente, em homenagem ao princípio constitucional da justa indenização (art. 5º, inciso XXIV).

Aliás, cabe ainda advertir que o princípio da justa indenização não serve de escora à pretensão de incluir juros compensatórios em fase de liquidação com violação ao princípio, também constitucional, (art. 5º, inciso XXXVI), de proteção à coisa julgada.

É que a justa indenização já foi definida soberanamente no caso concreto nos termos pétreos da sentença condenatória com trânsito em julgado, que entendeu por bem não incluir na condenação verba pertinente a eventuais juros compensatórios. Deve-se entender, então, que o juiz prolator da sentença condenatória, proferida no processo de conhecimento, entendeu suficiente à recomposição do dano patrimonial sofrido pelo Suplicado/Expropriado exclusivamente o valor por ele arbitrado no *decisum*, com base no preço de mercado do imóvel.

Deveras, é de inteira propriedade assim pensar, se se põe em relevo o valor atual astronômico da condenação imposta nos termos definidos no processo de liquidação, em última instância, pelo Acórdão Rescindendo.

A execução definitiva do julgado, proposta pelo Suplicado, consoante os termos da petição anexa, foi aparelhada com o requerimento de pagamento da estratosférica quantia de **R\$ 29.972.050,00 (Vinte e Nove Milhões, Novecentos e Setenta e Dois Mil e Cinquenta Reals)**, dos quais, segundo os cálculos em anexo, **R\$ 17.136.277,58 (Dezessete Milhões, Cento e Trinta e Seis Mil Duzentos e Setenta e Sete Reals e Cinquenta e Oito Centavos)** **correspondem a juros compensatórios não concedidos pela sentença condenatória passada em julgado, o que é um rematado absurdo!**

Excelências, diante dessa preocupante situação, em que transparece bem nítida a ameaça de lesão à ordem econômico-financeira do Amazonas, impõe-se ao Judiciário - na observância dos princípios constitucionais, inclusive o da moralidade que deve orientar a vida das Instituições no Estado Democrático de Direito - atentar para o fato de estar em causa a indenização expropriatória de uma gleba que sempre foi improdutiva nas mãos de seu proprietário, situada em local de difícil acesso e pouca infra-estrutura à época do apossamento, na região Lírio do Vale/Ponta Negra, com área equivalente a pouco menos que quinhentos mil metros quadrados, e que jamais seria vendida pelo Suplicado, no mercado imobiliário, sequer pela quarta parte desse absurdo e inaceitável valor fixado em fase de liquidação.

É de se indagar: mesmo que se ignorasse o princípio constitucional da coisa julgada - o que se admite apenas para argumentar -, ainda assim o valor liquidado e executado corresponderia ao real desfalque patrimonial sofrido pelo Suplicado? Corresponde tal valor demasiado ao conceito de justa indenização? E a inclusão indevida de juros compensatórios em fase de liquidação compatibiliza-se com a Lei, a Doutrina e a Jurisprudência? O erário estadual, mantido pela coletividade, está sendo resguardado em nome da supremacia do interesse público sobre o privado, como manda o art. 37 da Constituição da República? A prevalecer o *decisum* rescindendo, onde a legalidade? Onde a moralidade? Onde a missão da Justiça de coibir o enriquecimento injusto?

As respostas, *data maxima venia*, terão que ser dadas por esse E. Tribunal ao decidir esta ação, pois como bem sabem Vossas Excelências a solução da lide será cobrada, não pelo Governo ou pela Procuradoria Geral do Estado, mas, sem dúvida, por todos os cidadãos mantenedores da fazenda pública cujos recursos não podem ser desfalcados com o pagamento de indenizações injustas e imorais, porque milionárias e despropositadas.

Permissa venia, não cabe somente aos Procuradores do Estado e ao Ministério Público a defesa intransigente dos interesses e bens indisponíveis da coletividade. Tal relevante tarefa há de ser realizada também pelos eminentes julgadores, e isso não é difícil, pois o que se controverte essencialmente, *in casu*, são questões inafastáveis da órbita da legalidade, da coisa julgada, da moralidade e da justeza das decisões judiciais.

Com o mais profundo respeito, cabe igualmente à Magistratura, na aplicação do bom Direito e distribuição da verdadeira Justiça abrir os olhos para o problema da indústria das indenizações expropriatórias que se instalou no Brasil e já sentou praça no Amazonas, colocando em xeque o prestígio e a imagem do Poder Judiciário Brasileiro.

A Justiça não pode ficar cega e insensível a essas questões. É preciso ter em vista que o princípio constitucional da justa indenização prega não somente o direito de o expropriado receber o que lhe é devido pelo

desfalque patrimonial sofrido com a desapropriação, mas também, em contrapartida, consagra o direito-dever que assiste ao Poder Público de pagar exclusivamente, nada mais, o justo valor, este, equivalente ao preço de mercado do bem expropriado. É imperioso observar que, no caso de que se cuida, o exato valor foi fixado não pelo Executivo, mas pelo próprio Poder Judiciário, no devido processo legal, mediante prestação jurisdicional acobertada pelos efeitos indestrutíveis da coisa julgada.

Não se pode relegar ao obívio o fato de que o pagamento indevido produz reflexos deletérios nas combalidas e finitas finanças públicas, em detrimento não só das dotações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e Tribunal de Contas, inviabilizando também e principalmente a execução de importantes programas e projetos governamentais que urgem sejam implementados, sobretudo nas áreas mais problemáticas e sensíveis da sociedade, como, por exemplo, as da saúde, educação, segurança, habitação, transporte e saneamento, setores que exigem maiores dispêndios financeiros, em benefício da melhoria das condições de vida das populações carentes do Estado.

Íncultos julgadores, não pode passar despercebido a esse Tribunal que, no caso em tela, são mais de R\$ 30.000.000,00 (TRINTA MILHÕES DE REAIS) só a título de indenização de uma área de apenas 500 metros de frente por 1000 metros de fundos - sem contar consectários de custas e honorários advocatícios - que estão sendo exigidos dos cofres do Estado, o que é mais grave porque isso ocorre numa fase de queda contínua de receita, a gerar insuficiência de recursos para fazer face às legítimas demandas sociais.

Então, é impossível não reconhecer que bastariam tais argumentos para autorizar uma ação pronta, eficiente e moralizadora desse Tribunal, no sentido de coibir a usura e a ganância desmedida que animam os herdeiros do Espólio Suplicado a obstinarem-se no locupletamento injusto consistente em receber o que não lhes é devido.

Portanto, esperam e confiam os Suplicantes que as doudas Câmaras Reunidas do E. Tribunal de Justiça, ao dirimir a presente causa, reconhecerão ter havido, como efetivamente houve, ofensa à coisa julgada, bem assim a violação expressa dos dispositivos legais e constitucionais acima exaustivamente enfocados.

3. DA NECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

É comezinho que, por força do preceituado no art. 489 do Código de Processo Civil, a propositura de ação rescisória não tem o condão de suspender a execução da decisão rescindenda.

Não haveria de ser outra a regra abraçada em nossa Legislação Processual, da feita que a suspensão da execução de sentença com trânsito em julgado ofenderia o princípio da coisa julgada.

Entretanto, de há muito a doutrina e jurisprudência impõem ressalva a essa norma, pois o mencionado dispositivo legal nunca foi interpretado restritiva e literalmente, tendo merecido exegese sistêmica, mormente por força dos princípios constitucionais da efetividade e inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV) e do poder geral de cautela.

Assim é que vários julgados vinham admitindo a possibilidade de que, em sede de ação cautelar inominada, se atribuisse efeito suspensivo à execução da decisão rescindenda, em hipóteses especiais, desde que demonstrados os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Paralelamente a essa evolução jurisprudencial acerca da possibilidade do exercício do poder de cautela em sede de rescisória, a recente reforma processual de 1994, ao dar nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, instituiu em nosso Ordenamento a figura da antecipação dos efeitos da tutela, em que, uma vez demonstrada pelo autor a prova inequívoca, bem como a verossimilhança das alegações e possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, faculta-se ao julgador antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

A partir de então, logo floresceu o entendimento de que é cabível a tutela antecipatória em sede de ação rescisória, para o fim de conceder o efeito prático que adviria, ao final, com a procedência do pedido de rescisão, aí se incluindo a suspensão da execução do *decisum* rescindendo. Assim, a interpretação conjugada dos arts. 489 e 273 do CPC prevalece na doutrina, no sentido de que "a ação rescisória, por si só, de fato não suspende a execução do julgado rescindendo, desde que não se trate de hipótese encartável no art. 273, que, genérico, se aplica a todo o tipo de processo e procedimento. Perfeitamente possível, portanto, que se suspenda a execução até o julgamento da ação rescisória." (cf. Curso Avançado de Processo Civil, Vol. I, Ed. RT, Luiz Rodrigues Wambier, p. 352).

Tal posicionamento, hoje remansoso nos tribunais pátrios, arrima-se, a uma, no mencionado princípio constitucional da efetividade e inafastabilidade da tutela jurisdicional e, a duas, no fato de que a lei processual estendeu, sem ressalvas, a aplicação do novel instituto a todas as ações de conhecimento, onde se inclui a ação rescisória, dessa maneira sempre que presentes estejam os seus requisitos próprios, elencados taxativamente no art. 273 do Diploma Processual Civil.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do eminente Processualista Nelson Nery Júnior:

"Na ação rescisória, em tese, por ser concedida a antecipação da tutela. O relator deverá ter a prudência de observar os requisitos legais para a concessão da medida, atentando

também para o CPC 489, que dispõe não haver suspensão dos efeitos da sentença ou acórdão rescindendo pelo simples ajuizamento da rescisória. Tem-se, entretanto, abrandado o rigor do CPC 489, admitindo-se, por exemplo, medida cautelar em ação rescisória, em casos excepcionais, com o objetivo de impedir a eficácia da decisão impugnada. Vislumbrando o relator que o pedido contido na rescisória é fundado (CPC 273 caput), e que o atraso na entrega da prestação jurisdicional poderá tornar ineficaz o direito do autor (CPC 273, I), pode conceder adiantamento, em nome da efetividade do processo, que deve ser buscada e implementada pelo magistrado”(in Código de Processo Civil Comentado, nota 16 ao art. 273, p. 548, ed. 3ª, Ed. Revista dos Tribunais).

No mesmo sentido, de leitura obrigatória a 6ª Conclusão do IX ETAB - Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em São Paulo, nos dias 29 e 30.08.97, *in verbis*:

“É cabível a concessão de tutela (antecipada) na ação rescisória, visando à suspensão dos efeitos práticos da sentença rescindenda”

Esse discernimento se afigura correto uma vez que a regra do art. 489 do Código de Processo Civil cede sempre que, sem a atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória, se possa prever que o julgamento desta, caso procedente, não terá utilidade nenhuma, ante a irreversibilidade da situação fática consumada no mundo, frustrando a prestação jurisdicional.

Considerando isso, releva demonstrar que, na situação em tela, faz-se indubitosa a necessidade de concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida com a presente ação rescisória, pois presentes estão os requisitos dispostos no art. 273, caput e inciso I, do CPC, a saber, 1. a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações; 2. o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Senão veja-se.

As alegações expendidas nesta petição inicial, no sentido de ter havido inclusão indevida de juros compensatórios em sede de liquidação de sentença nos termos do Acórdão Rescindendo, estão provadas de forma inequívoca e insofismável, uma vez que se positivam em cópias autenticadas dos autos da ação de indenização movida pelo Suplicado contra os Suplicantes perante a 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual.

De igual modo, o fundamento desta ação rescisória, consubstanciado na arguição de violação à coisa julgada e à literal disposição de lei, é de todo plausível e verossímil, calcada na inteligência de imperativos cânones constitucionais, sob à luz ofuscante de incensurável doutrina e

majoritária jurisprudência, pelo que não de merecer a imprescindível análise e aquiescência dessas Egrégias Câmaras Reunidas.

A seu turno, a presença do *periculum in mora* é nitidamente perceptível a partir da constatação de que se está a combater o **cumprimento de uma obrigação sem causa, indevida e injusta**, que impõe ao Estado o desembolso do valor expressivo aproximado de **R\$ 17.136.277,58** (valor atualizado dos juros compensatórios segundo demonstrativo de cálculos em anexo).

Portanto, a requisição iminente desse volumosa e indevida quantia - cuja exigibilidade se avizinha com a expedição de precatório - haverá de ser impedida com o provimento da presente ação rescisória, que tem por escopo o interesse público da defesa do erário, o qual deve ser resguardado contra esse dano gravíssimo, de impossível reparação e atentatório à ordem econômica do Estado.

É que, com a expedição do precatório surge a compulsoriedade de comprometer as correspondentes verbas orçamentárias, em detrimento daquelas outras absolutamente necessárias ao custeio dos programas e investimentos sociais da maior premência, dificultando inclusive os repasses constitucionais aos demais Poderes constituídos.

A ameaça injusta, que poderá de logo concretizar-se pela tardança da decisão final pretendida (*periculum in mora*) é mais que patente, pois a execução, em curso acelerado perante a 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, no valor equivalente a quantia aproximada de **R\$ 30.000.000,00 (TRINTA MILHÕES DE REAIS)** dos quais mais de **17.000.000,00 (DEZESSETE MILHÕES DE REAIS)** são estranhos à condenação, consoante os termos da petição anexa por cópia, está prestes a consumir a requisição judicial dessa insuportável quantia.

Se isso ocorrer, insista-se, será inevitável o comprometimento de recursos financeiros que poderiam ser investidos na execução da política habitacional do Governo, já que é obrigatória a inclusão, no orçamento do Estado, da verba para pagamento dos precatórios-requisitórios.

Tudo isso à conta de uma decisão judicial precária, cuja rescisão é imperiosa e inevitável, em face dos jurídicos e legais fundamentos da presente ação, em que se põe em causa a incolumidade das finanças do Estado.

Por conseqüência, a tutela antecipada ora pedida, fundada em alegações de inegável plausibilidade e verossimilhança, ganha maior envigadura, sobretudo considerando-se os efeitos pecuniários que se quer evitar, assim como o relevantíssimo interesse público em jogo, a exigir uma pronta e eficiente decisão sobre a questão em foco.

Nesse desiderato, a antecipação da tutela é providência desenganadamente apropriada e necessária, constituindo-se em

pressuposto imprescindível para assegurar a efetividade da decisão confirmatória que, a final, será aqui proferida.

Portanto, impõe-se a essas E. Câmaras Reunidas, conceder a antecipação da tutela requerida, para o fim de suspender imediatamente a execução em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual (Proc. nº 751/82), relativamente à parcela de juros compensatórios mandados incluir indevidamente pelo v. Acórdão rescindendo, no valor atual expressivo de **R\$ 17.136.277,58**.

4. DOS REQUERIMENTOS

Diante de todo o exposto, com a juntada dos documentos em anexo, os Suplicantes, desde logo, protestam e requerem a produção de todas as provas em direito admitidas, com as quais demonstrarão a verdade dos fatos e procedência dos fundamentos ora articulados, requerendo:

1) a citação do Suplicado, no endereço acima indicado ou onde for encontrado, para contestar, querendo, os termos da presente ação, em conformidade com o art. 491 do CPC;

2) a **concessão de medida antecipatória da tutela**, de modo que essas E. Câmaras Reunidas determinem a suspensão incontinenti da execução em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual (proc. nº 751/82), relativamente à parcela de juros compensatórios mandados incluir indevidamente pelo v. Acórdão rescindendo, no valor atual de **R\$ 17.136.277,58**;

3) a intimação do douto Representante do Ministério Público Estadual;

4) o provimento da presente ação, com a rescisão do v. Acórdão Rescindendo (*jus rescidens*), proferindo-se novo julgamento ao Recurso de Apelação (*judicium rescissorium*), para o fim de excluir definitivamente, dos cálculos de liquidação, os juros compensatórios indevidos, condenando-se o Requerido no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

O ESTADO DO AMAZONAS/SUHAB, ora Requerentes, deixam de efetuar o depósito a que se refere o art. 488, inciso II, do CPC, *ex vi* do disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo.

Por fim, anexando à presente a certidão de trânsito em julgado

do Acórdão Rescindendo e atribuindo à causa o valor de R\$ 17.136.277,58. (valor atualizado dos juros compensatórios, segundo a planilha de cálculos em anexo),
pedem e esperam deferimento.
Manaus, 12 de maio de 1998.

MARCELO AUGUSTO A. CUNHA
Procurador do Estado
OAB/AM nº 2.538

RUY MARCELO A. DE MENDONÇA
Procurador do Estado
OAB/AM nº 2.751

CARLOS ALEXANDRE M. C. M. MATOS
Procurador do Estado
OAB/AM nº 2.364

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado
OAB/AM nº 970

DESPACHO:

O Estado do Amazonas e a Superintendência de Urbanização Habitação do Estado do Amazonas – SUHAB, ao ajuizar Ação Rescisória visando rescindir o v. Acórdão da 1ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal, que confirmou sentença homologatória de 1º grau dos cálculos do Contador em execução de sentença favorável ao Espólio de Eduardo Silveira Lima, autor da Ação Ordinária de Indenização por Desapropriação Indireta. Pediu a antecipação da Tutela com o propósito de imprimir efeito suspensivo à execução da referida sentença.

Contestando este feito rescisório, o Espólio Requerido sustenta dispensável a antecipação da tutela, na espécie fática, porquanto a combatida execução que ora retrata, já foi suspensa por força de Embargos à Execução opostos pelos ora Autores.

A despeito das relevantes razões expostas pelos Contestantes, destacando-se a notícia de que os Autores desta Rescisória, já alcançaram a suspensão da execução da sentença, entendo possível a concessão da antecipação da tutela posto que além da verossimilhança das alegações dos Autores ao caso (juros compensatórios não previstos na sentença em execução) há fundado receio de dano irreparável aos Autores.

Presentes portanto, os pressupostos do art. 273, do C.P.C. concedo a antecipação da tutela, para suspender a execução da sentença até a final decisão desta Rescisória. Comunique-se de imediato ao M.M. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Comunique-se e Cumpra-se.

Manaus, 12 de agosto de 1998.

Des. ARNALDO C. CARPINTEIRO PÉRES
Relator

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

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado neste ato nos termos do art. 132 da Constituição da República, por seu Procurador subfirmado, nos autos do precatório extraído do processo de execução de Título Judicial por quantia certa movida por CITREQ S/A IMP. EXP. E ADMINISTRAÇÃO contra a extinta autarquia estadual ITERAM – INSTITUTO DE TERRAS DO AMAZONAS, perante a MM. 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, com todo o respeito e acatamento, vem, perante Vossa Excelência arrimado no art. 272 do RITJAM, com o fim interpor, o presente **AGRAVO REGIMENTAL**, nos termos das anexas razões, contra a respeitável decisão, publicada no Diário de Justiça de 06.05.98, que indeferiu o pedido de intervenção da Fazenda Pública Estadual, pelo que requer o recebimento e apresentação do presente recurso ao Tribunal Pleno, na forma regimental, para os fins colimados ao final deste petítório, ao abrigo dos relevantes fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos:

Manaus/AM, em 13 de maio de 1998

ERICK C. L. LIMA
Procurador do Estado

Razões que apresenta o Agravante Estado do Amazonas, em sede de Agravo Regimental, nos autos precatório extraído do processo de execução de Título Judicial por quantia certa movida por CITREQ S/A IMP. EXP. E ADMINISTRAÇÃO contra a extinta autarquia Estadual ITERAM – INSTITUTO DE TERRAS DO AMAZONAS, perante a MM. 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual. Por ele interposto em face de respeitável decisão, publicada no Diário de Justiça de 06.05.98, que indeferiu o pedido de intervenção da Fazenda Pública Estadual.

Colendo Pleno,
Cultos Julgadores.

1. DA ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO

Inicialmente, cumpre destacar que o presente agravo se encontra aviado a tempo e modo. O Agravante se encontra representado por Procurador do Estado, nos termos do art. 132, da Constituição da República, dispensando a juntada de mandato.

A intimação publicada no Diário Oficial, edição de 06.05.98, que circulou em 08.05.98 (sexta-feira), sendo portanto tempestivo o presente recurso. Porquanto interposto no prazo concedido à Fazenda Pública, *ex vi* do exposto no art. 272 do RITJAM.

2. A MEMÓRIA DOS FATOS E A DECISÃO RECORRIDA

Em 07 de novembro do ano passado, a Fazenda Pública Estadual protocolou PEDIDO DE INTERVENÇÃO para assistir a parte devedora, ante as judiciosas razões que declinou, das quais destacamos as seguintes:

A) Modificação dos Critérios de Cálculos Adotados no Título Judicial Exequendo e no Juízo da execução. Infringência ao art. 5º, XXXVI da Constituição e aos arts. 468, 473, 474 do CPC;

B) Inclusão Indevida de Honorários Advocatícios;

C) Inclusão Indevida de Valores a Título de Custas;

D) Inclusão Indevida de Índices de Correção Monetária;

E) Da Imprópria Utilização da TR como Índice de Correção Monetária;

F) Da Indevida desconsideração do Valor Depositado *initio litis* pelo Devedor Expropriante;

G) Correção da memória Discriminada e Atualizada do Cálculo do Débito;

H) Violação ao Devido Processo Legal de Pagamento.

Na ocasião requereu-se que:

a) Fosse oficiado à Agência Central do Banco do Estado do Amazonas, requisitando que fosse informada à Presidência dessa Corte de Justiça, o valor atual constante da conta judicial aberta à ordem do juízo de direito da 11ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho da Capital, no dia 12.06.1980, consoante a guia que fez acostar aos autos;

b) Homologasse os cálculos de atualização do débito apresentado pelo Estado do Amazonas, subtraindo-se desse quantum o valor atual do depósito bancário feito para fins de imissão provisória na posse.

No entanto, a despeito desses judiciosos argumentos a Presidência dessa Corte em respeitável decisão entendeu que:

"I – Cuida-se de Requisitório de Pagamento, decorrente de Ação de Desapropriação, promovida pelo então Instituto de Terras do Estado do Amazonas – ITERAM, que foi sucedido pelo IFAM – Instituto Fundiário do Estado do Amazonas, feito esse que, aliás, já se arrasta por longos 17 (dezessete) anos, sem que o credor tenha recebido o que lhe é devido, por força de expropriação em bem de sua propriedade, localizado na Rua Recife, onde hoje está instalada a Secretaria de Estado da Administração (SEAD).
II – Cuida-se, agora, de atualização da conta de sentença, levando-se em conta a Impugnação, com pedido de Assistência (CPC, 50), formulada pelo Estado do Amazonas, através da Procuradoria Geral do Estado (fls. 181/209).

Nesse sentido, cabe, de logo, rejeitar-se essa impugnação, porque também inteiramente despropositado o pedido de Assistência formulado, por dois motivos fundamentais. A uma, porque a Assistência pressupõe a existência de um processo, regido por um procedimento específico, pendente de decisão judicial, que não é o caso dos presentes autos, que é de cunho administrativo, ou seja, simples cópia do processo de execução, destinada apenas ao acerto do valor a ser pago ao credor. Nesse sentido, a jurisprudência orienta que *"no processo de execução, descabe a assistência, a não ser que haja embargos do devedor."* (TFR 5ª Turma-Ag. 55.037-DF).

Em segundo lugar, porque o que justifica a Assistência é o

interesse jurídico, jamais o mero interesse econômico ou financeiro, tal como pretendido pelo Estado do Amazonas, a exato teor, aliás, do artigo 50 do CPC:

'Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro que tiver interesse jurídico, em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo, para assisti-la.'

No particular, a segura orientação doutrinária:

'Consiste a Assistência simples na intervenção de terceiros no processo entre as partes, visando a sustentar as razões de uma delas contra a outra. É a conceituação que lhe dá o Código de Processo Civil italiano.

O Assistente intervém em auxílio de uma das partes contra a outra, em razão do interesse jurídico que tem na vitória daquele e na derrota desta.' (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil – Moacyr Amaral Santos – p. 51).

E a confirmação Jurisprudencial:

'Não basta o simples interesse econômico para justificar a Assistência.' (STJ – RT 469/170)

'Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como Assistente de uma das partes, há de se indagar se dela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante.' (STJ – Pleno – RT 132/652).

III – Dessa maneira, indefiro o pedido de Assistência, formulado pelo Estado do Amazonas e HOMOLOGO a conta de atualização do crédito reclamado, no valor de R\$7.621.503.23 (sete milhões, seiscentos e vinte e um mil, quinhentos e três reais e vinte e três centavos), levando com base no Parecer de fls. 158/173, observando-se, na respectiva liquidação, o valor do depósito efetuado, no início, da ação, para fins de imissão de posse, existente em conta específica na Agência Central do Banco do Estado do Amazonas S/A.

Intime-se e, oportunamente, expeça-se o respectivo ofício Requisitório.

Manaus, 14 de abril de 1998.

Desembargador **MANUEL NEUZIMAR PINHEIRO**
Presidente"

Essa em breve linhas, é a situação em que se encontram os autos, bem como o motivo ensejador do presente Agravo regimental, i. é, a irresignação do Estado do Amazonas com o não deferimento de seu pedido de intervenção no mencionado feito.

3.OS FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE REFORMA

3.1. DO INTERESSE JURÍDICO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Como ente autárquico que é, o Instituto Fundiário do Estado do Amazonas – IFAM detém personalidade jurídica e patrimônio próprios, respondendo individualmente por suas obrigações e sujeitando-se aos pagamentos a que for condenado, sem responsabilidade – ao menos imediata, mas só subsidiária – da entidade estatal a que pertence.

O presente caso, no entanto, guarda delicada peculiaridade: o inusitado montante indenizatório – hoje, algo que varia em torno de R\$ 4.033.275,96 (quatro milhões, trinta e três mil, duzentos e setenta e cinco reais e noventa e seis centavos) - cálculos da Fazenda Pública - e R\$7.621.503, 23 (sete milhões, seiscentos e vinte e um mil, quinhentos e três reais e vinte e três centavos) – não poderá ser suportado exclusivamente pelo ente autárquico, ainda que se queira exaurir todos os seus recursos orçamentários.

Para referendar esta assertiva, basta verificar que tal *quantum* comprometeria totalmente o orçamento autárquico, com a satisfação da "indenização" aqui em debate.

Logo, como já foi firmado no Pedido de Intervenção, por óbvio o pagamento reclamará do Tesouro Amazonense dispendidos de recursos financeiros, seja mediante repasse de verba orçamentária, seja por pagamento direto, mas sempre com recursos do Erário Estadual, circunstância essa que por si só é bastante para a afirmação do interesse jurídico do agravante para intervir no feito.

De qualquer sorte, temos que somente a leitura do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469, de 10.7.97, esclarece a questão, vejamos:

“Art. 5º (omissis)

Parágrafo Único – As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.” (sem grifos no original).

Assim, a não ser com violação do sobredito dispositivo legal, se poderá deixar de conhecer a impugnação aos cálculos formulada pelo Estado do Amazonas. Justamente, por isso, o recorrente PREQUESTIONA a

violação ao art. 50 do Código de Processo Civil para fins de exame e manifestação explícita no julgamento deste recurso.

Desta forma, (caracterizado o interesse jurídico, moral e econômico), resta indubitado o fundamento legal que ampara a pretensão do Estado do Amazonas, sendo cabível sua intervenção em qualquer fase ou instância processual, inclusive na fase de pagamento mediante precatório-requisitório, como ocorre na hipótese versada.

Além disso, calha à fiveleta, memorável e esclarecedora decisão do STJ, mencionada por THEOTÔNIO NEGRÃO, em nota de nº 04 ao art. 255 do RISTJ, p. 1294, da 29ª edição de seu conceituado Código de Processo Civil e Legislação em Vigor, in verbis:

“O vocábulo causa, inserto no inciso III do art. 105 da CF, deve ser entendido em sentido amplo. Admite-se recurso especial de decisão tomada em sede de agravo regimental apreciando despacho proferido em precatório” (RSTJ 37/354).

Com efeito, não discrepa desta conclusão a melhor doutrina, consubstanciada na lição de WANDELEY JOSÉ FREDERIGHI, *ad litteram*:

“Uma pergunta que comumente se faz, nesse ponto, é se, determinada pelo Presidente do tribunal, a expedição de precatório, sua atividade, nesse momento e nos posteriores, para o controle do cumprimento do pagamento pelo Poder Público é ainda jurisdicional ou meramente administrativa. Parece-me inescapável, contudo, a conclusão de que sua atividade, ainda nesse ponto, é jurisdicional, não se podendo falar em atividade apenas administrativa - uma vez que desobedecida a ordem de pagamentos, poderá o Presidente determinar a tomada de medidas de cunho eminentemente jurisdicional para o cumprimento da ordem. Referir-se a sua atividade como simplesmente administrativa é diminuí-la, é retirar-lhe a autoridade necessária para sua impositividade.”(in Execução contra a Fazenda Pública, Ed. Saraiva, p. 59).

De mais a mais, certo desse acolhimento, o Estado/Recorrente pede *maxima venia*, porquanto preocupado com o aumento das estatísticas de ocorrências de erro material e de cálculos em processos movidos contra a Fazenda Pública, que contam inclusive com precedentes nesta Comarca, para, neste ensejo, alertar respeitosamente a Vossa Excelência, enquanto membro do Eg. Poder Judiciário, que, sob o pálio do que se costuma denominar **“meros cálculos aritméticos de atualização monetária de**

débitos judiciais", bem assim das "*perícias judiciais de avaliação*" vêm se formando em nosso meio, como já ocorre em várias Unidades da Federação, verdadeiras indústrias de indenizações milionárias à custa do Erário. Indenizações essas, verdadeiramente astronômicas, decorrem, na maioria dos casos, de operações aritméticas feitas de má fé, aplicação de índices inidôneos, capitalização de juros e outros artifícios que são usados em cálculos e avaliações com o propósito ilícito de inflar os valores devidos pela Fazenda Pública, para tanto contando-se até mesmo com a conivência de serventuários e peritos.

Tal fato, como freqüentemente há sido denunciado pela imprensa nacional, vem gerando o enriquecimento injusto e ilícito de pessoas inescrupulosas, através da repugnante sangria de recursos públicos, em detrimento de importantes programas e projetos governamentais, sobretudo nas áreas mais problemáticas e sensíveis da sociedade, como, por exemplo, as da saúde, educação, segurança, transporte e saneamento, setores em que o Poder Público precisa realizar maiores dispêndios financeiros, em benefício da melhoria das condições de vida das populações carentes de nosso País. No Amazonas a situação é a mesma e, muitas vezes, o dinheiro que deveria ser destinado a minorar a penúria em que vivem os desassistidos, é desviado para o pagamento compulsório de indenizações fabulosas, flagrantemente injustas, fixadas em valores estratosféricos, incompatíveis com a verdadeira vontade externada pelo Estado/juiz ao decidir e compor essas lides.

Essa prática está a exigir uma maior vigilância e a combatividade não só dos Procuradores dos Estados, que têm travado nesse sentido duras batalhas na defesa intransigente do interesse indisponível da coletividade com esquecimento nos princípios da legalidade, coisa julgada e da moralidade e justiça das indenizações. Com o mais profundo respeito ao Poder Judiciário, cabe igualmente à Magistratura, na aplicação do direito e distribuição da Justiça, real e efetiva, abrir os olhos a esses abusos que se vem cometendo em processos judiciais legitimadores de pretensões desonestas em face do patrimônio público, sob pena de se estimular a disseminação em nossa sociedade dessa prática nefasta, bem assim, de colocar em xeque o prestígio e a imagem do Poder Judiciário Brasileiro.

De qualquer sorte, sob prisma exclusivamente técnico-jurídico, não se pode esquecer que, sobretudo em sede de execuções movidas contra a Fazenda Pública, as questões relacionadas à liquidação e atualização do crédito exequendo afiguram-se de ordem pública, podendo ser examinada a matéria até mesmo de ofício pelo magistrado e a qualquer tempo. Dessa forma porque incide na espécie, por interpretação extensiva, o art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil que, em homenagem ao princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos, afasta o efeito da confissão ficta quanto a matéria de fato, quando ocorrer contumácia ou falta de impugnação específica pela Fazenda Pública.

Dessarte, não afronta os princípios da imparcialidade, da iniciativa das partes e dispositivo, antes cumpre obrigação legal, o juiz que, em sede de execução contra a Fazenda Pública, desempenha função saneadora de ofício, no sentido de promover o exame e aferição da correção dos cálculos de atualização da quantia vindicada, mormente em hipóteses em que se afigurem flagrantemente excessivos.

3.2. DA POSSIBILIDADE DE CONTRADITÓRIO E DE ASSISTÊNCIA NA EXECUÇÃO

A douta Presidência desta Egrégia Corte de Justiça indeferiu o pedido de intervenção da Fazenda Pública, em assistência à autarquia da Administração Estadual, ante a invocação, dentre outros pontos da fundamentação, que a assistência pressupõe contraditório.

Ousamos discordar deste entendimento. Com efeito, no hodierno, por uma não visualização mais correta da sistemática executiva, pensa-se que o controle da mesma é realizado unilateralmente pelo magistrado. Isto porque, nos estreitos limites da interpretação literal que é dada aos dispositivos de nosso *Digesto* Processual, não está prevista a participação direta do devedor, dentro do próprio processo de execução, no mencionado controle executivo.

Contudo se está firmando uma tendência, tanto na doutrina, como na jurisprudência, no sentido de romper ou pelo menos minimizar a rigidez dada ao CPC, para admitir que o devedor, assim como qualquer interessado legítimo, no próprio processo de execução, possam opor às nulidades executivas. Principalmente, quando for o caso de vícios ou falhas relacionadas com a execução.

De fato, partem de uma análise do que o próprio sistema processual vigente oferece, interpretando as normas processuais que regem a execução e outras que a elas pertinem, inclusive e principalmente as de natureza constitucional. Objetivando, sempre, a aplicação mais correta do direito.

Indubitavelmente, no caso em tela, o Princípio Hermenêutico nos fornece a melhor resposta. Porquanto, a interpretação da lei não pode conduzir a um absurdo, infere-se daí; que se o atual CPC “restringe” a participação de terceiro interessado na execução, bem como do próprio contraditório, é porque este pressupõe uma execução normal, com obediência de seus pressupostos legais.

Se estes pressupostos inexistem, ou ocorre grave suspeita neste sentido, constituiria violência inominável, impor-se ao injustamente executado o dano, as vezes irreparável, ou o que é pior, negar-lhe qualquer possibilidade de defesa, expondo o Erário Estadual a sanha de aventureiros, tolhendo-lhe qualquer possibilidade de defesa.

Como acertadamente observa LUIZA. BOJUNGA, “os processos

subordinam-se à inúmeros pressupostos. A verificação dos mesmos deverá rigorosamente ser observada pelo magistrado, ao manter contato com a pretensão executiva, cumprindo ao executado a fiscalização. Quando ocorre violação de um ou mais pressupostos processuais na execução, sem que o juiz tenha condição de perceber o que CALAMANDREI define como vício in procedendo, abre-se ao executado, em qualquer fase do procedimento, a oportunidade de alegá-lo."

É bem verdade, que a parte exequente poderá sustentar que tal instrumento desviaria a execução de seu curso normal de desenvolvimento, constituindo-se, em violação ao devido processo legal.

Mas não é bem assim, se observarmos a origem do devido processo legal, segundo seus textos originários, veremos que ele se constitui numa autêntica igualdade de expressão. Ou seja, o contraditório não é somente o que a doutrina anglo-americana denomina de *equal speech* (idêntica oportunidade de expressão), mas envolve, também, atualmente, o conceito de igual oportunidade de acesso (*equal opportunity*) não tão-só às fases processuais, mas também aos instrumentos carreados aos autos (*equal proof opportunity*), seja pelas partes, seja pelo juiz.

O raciocínio que gerou este sistema é simples e pragmático, estrutura-se na idéia de que se um elemento, um documento, uma alegação constante nos autos pode formar um convencimento, deve ser dada oportunidade às partes para robustecê-la ou enfraquecê-la, em qualquer fase processual, pois o contraditório não se confunde com efetividade e a plenitude deste acesso, mas sim com o acesso em si.

Nesta ordem de idéias, existem memoráveis decisões da Suprema Corte Norte-Americana, merecendo transcrição a seguinte:

"This Court need not, indeed cannot, draw a mathematical bright line between the Constitutionally unacceptable that would fit every case. It can be said, however, that a general concern of reasonableness properly enters into the constitutional calculus. We can not say that the calculus, in this case, was so 'grossly excessive'. **The mathematical disparity is not under controlling in a case of this character.**

What we can say is that the procedural due process requires equal opportunity to the process. It is the essential of the due process of law. Then, the parts of the process must have the opportunity to express their point of view."(negritamos)
(US vs. Detroit Lumber Co., 200US 321,337)

De igual sentido: Albright Vs. Oliver et al., 510 US 266(1994), Waters-Pierce Oil Co. Vs. Texas, 212 US 86; Hurtado Vs. California, 110 US 516,538; *et alii*. Na mesma ordem de idéias tem se manifestado a melhor

doutrina alemã, no ensinamento do grande Eckart Klein, o qual, na sua notável obra de Direito Constitucional-Processual (*Verfassungsprozessrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. AöR 108, 1983) assevera que:

"O contraditório exige a oportunidade de se expressar sobre qualquer instrumento carreado aos autos, pois estes influenciam o espírito do julgador, mesmo quando tenha sido este o produtor da prova. (*Der Widerspruch verlangt die Gelegenheit sich an irgendwelche Beweisinstrumentierung des schleppenden Prozessakten auszudruecken, so wie dieser sich beteiligt, auch so Rechenwerte den Sinn des Beurteilers zu beeinflussen auch wenn der Urheber des Beweises ist.*") (Eckart Klein in *Verfassungsprozessrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. AöR 108, 1983)

Portanto, nota-se que conceitualmente, o contraditório não afasta, não repudia o pedido de intervenção do Estado do Amazonas, muito pelo contrário, o pressupõe como requisito para o exercício de um direito que lhe é constitucionalmente assegurado.

Na verdade, tanto no processo de conhecimento, como em qualquer outro, a parte pode arguir questões de ordem pública, das quais o magistrado não pode furtar o conhecimento. Ademais, o juiz também pode, verificando a existência de vícios ou defeitos nulificadores, total ou parcialmente, da relação processual, indeferir a inicial, ou ainda extinguir a qualquer tempo a relação processual, sem julgamento meritório (CPC, art. 267, § 3º).

Deixando, contudo, o magistrado de reconhecer vício, não há óbice legal que impeça a parte ou qualquer legítimo interessado de comparecer a juízo para alegá-los.

3.3. FUNÇÃO E ESTRUTURA DO PROCESSO EXECUTIVO

Está pacificamente e definitivamente estabelecida, na Teoria Geral do Processo, a classificação tripartida desse último, em três espécies distintas, a saber, Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo Cautelar. Essa classificação, como se sabe, baseia-se no critério da natureza da tutela jurisdicional prestada através do processo.

Com efeito, através do processo cautelar presta-se a tutela cautelar, que visa a garantir a eficácia, seja do processo de conhecimento, seja do processo de execução. Em outras palavras, através do processo cautelar se pretende assegurar a eficácia prática do resultado final de qualquer dos outros tipos de processo, evitando ou mesmo neutralizando a ocorrência de determinadas circunstâncias fáticas que, uma vez verificadas, impediriam ou esvaziariam a utilidade daquele resultado final.

O processo de conhecimento, por sua vez, destina-se a prestar a tutela declaratória, constitutiva ou condenatória, ou seja, é o tipo de processo que tem por fim alcançar uma certeza judicial, da disciplina jurídica, que rege determinada situação concreta, objeto da cognição do juiz.

Finalmente, através do Processo de Execução presta-se à tutela executiva que consiste em proporcionar ao titular de um direito consagrado em um título executivo, um resultado prático igual ou equivalente ao que ele obteria se o titular da respectiva obrigação a cumprisse espontaneamente.

As três apontadas modalidades de processo, embora integrem uma unidade, no sentido de que compõem em seu conjunto, os meios através dos quais se presta a tutela jurisdicional na esfera civil, são formas conceitualmente autônomas por serem irredutíveis umas às outras. Essa autonomia se manifesta tanto no plano funcional, por ser cada um desses processos preordenados a prestar um tipo específico de tutela jurisdicional, como também no plano estrutural, o que é na verdade uma exigência da própria diversidade funcional. Dessa forma, cada uma das referidas espécies de processo é dotada de estrutura peculiar, no sentido de que cada uma é organizada segundo regras próprias e específicas.

Neste diapasão é a mais abalizada doutrina:

"Es corriente mencionar la estructura del proceso, vale decir, cómo está estructurado, organizado, el mismo, desde el punto de vista de la posición de los sujetos y sus respectivas facultades o bien considerando sus etapas, etc (...) sobre tales criterios, pueden efectuarse clasificaciones de las distintas especies del proceso (...). La estructura del proceso, es la organización interna del mismo."(A. GELSI BIDART, El Concepto de Estructura del Proceso, in REPRO 20, PP. 176-177).

A referida autonomia, consagrada no terreno contratual, foi plenamente encampada no direito positivo brasileiro. É o que se percebe facilmente pela leitura de nosso diploma processual Civil, onde se reservaram livros próprios, tanto ao processo de conhecimento (Livro I), como ao processo de execução (livro II) e ao cautelar (livro III).

Com efeito, tendo em vista que, através do processo de conhecimento procura-se obter uma declaração judicial sobre a disciplina jurídica que rege determinada situação concreta, revela-se indispensável, para tanto, que o juiz tenha conhecimento suficiente dessa situação. Tal espécie de processo não poderia deixar de ser dotado de uma estrutura, na qual se garantisse o amplo debate das partes sobre a situação concreta levada a juízo, de modo que os atos que o compõem sejam todos voltados à cognição pelo juiz dessa realidade substancial sobre a qual deve se pronunciar.

Justifica-se, assim, porque o processo de conhecimento é estruturado de tal forma que nele seja garantido o contraditório em toda a sua extensão, conferindo-se idênticas e amplas oportunidades a ambas as partes de formularem suas pretensões e deduzirem suas defesas.

Já no processo de execução, em que se visa a satisfação forçada de um direito substancial, não pode deixar de ser estruturado de tal forma que nele só se inclua a realização de atividades de natureza eminentemente prática, voltadas ao atingimento daquela finalidade. Por isso, seria, tecnicamente inadequado, sob pena de inviabilizar o atingimento de seu fim prático, que na estrutura do processo de execução houvesse lugar para controvérsias quanto a existência desse mesmo direito substancial, para cuja satisfação coativa o processo executivo está voltado.

Dessa forma, a característica marcante da estrutura do processo de execução é que nele inexistem controvérsias quanto à real existência do direito feito valer em juízo ou de qualquer circunstância a ele relacionada (tais como fatos extintivos, modificativos ou impeditivos deste mesmo direito), o que o torna um processo composto predominantemente de atividades materiais destinadas à realização do direito consagrado no título executivo (cf. LIEBMAN, Processo de execução, pp. 28 e ss.).

Essas considerações, sobre a finalidade própria e a estrutura peculiar do processo de execução, acham-se confirmadas, de forma inequívoca, pela disciplina que lhe dá o CPC. De fato, na sistemática do CPC, o processo de execução é, inquestionavelmente dirigido à satisfação de crédito representado por título executivo, independente, ou mesmo contra a vontade do devedor. É o que se depreende facilmente dos dispositivos art. 794, I, arts. 625 e 626, art. 632, art. 646, art. 591 e art. 579, todos do CPC.

Da mesma forma, no que diz respeito à sua estrutura, o processo de execução é disciplinado de forma a, em consonância com sua finalidade eminentemente prática, ser composto, precipuamente, de atos materiais, bem como não tem lugar para controvérsia a respeito do crédito objeto da execução. Não há, portanto, previsão legal de realização de atividade instrutória no processo de execução - fala-se em atividade instrutória em sentido restrito, a denotar, especificamente, a atividade probatória, que prepara (instrui) a decisão da causa, no processo de conhecimento. Qualquer oposição à execução seja em relação ao seu conteúdo (crédito exequendo), seja quanto a aspectos meramente formais (= regularidade do processo de execução e da propositura de ação executiva), só pode ser formulada pelo devedor "fora" do processo de execução, através de outro processo de natureza cognitiva.

3.4. DO CONTRADITÓRIO NA EXECUÇÃO

Nesse contexto, não deixa de ser útil a alusão ao problema da incidência do princípio do contraditório no processo de execução.

É sabido que esse princípio foi objeto de inúmeras pesquisas, tendo sido ampliada, consideravelmente, sua significação. Não mais se concebe o contraditório apenas como o debate entre as partes, típico do processo de conhecimento.

De fato, a melhor doutrina entende que a essência do contraditório pode ser sintetizada na fórmula "informação (necessária) e participação (eventual)". Como anota DINAMARCO, "a doutrina definiu o contraditório como a necessária ciência, por ambas as partes, do que se faz ou que se pretende que seja feito no processo e possibilidade de cooperar e contrariar." (In Execução Civil, p. 168 e ss.).

Nesse sentido, o mesmo autor é incisivo ao afirmar a existência do contraditório em sede de execução contra a Fazenda Pública:

"Superado o irracional mito dos embargos (fora dos embargos não há salvação...), sabe-se hoje que o juiz dispõe de largos poderes decisórios no processo executivo que exercerá numa atividade verdadeiramente saneadora desta, a evitar constrições contrárias à lei ou mesmo sem amparo em título. Como se sabe, o título é a expressão legal da probabilidade de existência do crédito e eticamente não se legitima constranger o patrimônio de um sujeito senão por um crédito existente. Não me canso de invocar a preciosa monografia com que Giovanni Martinetto demonstrou cabalmente a necessidade de exame de toda a matéria de ordem pública, no processo executivo mesmo e até mesmo de ofício pelo juiz. Tanto na execução quanto em qualquer processo, não se tolera o juiz espectador e o ofício jurisdicional não é corretamente desempenhado pelo juiz que se deixe levar pelos atos das partes, sem exercer no processo o fortíssimo poder inquisitivo do que o dota o Estado. Tomada consciência desses conceitos, fica fácil concluir que o juiz tem o poder, senão o dever, de realizar a censura da petição e da memória discriminada e atualizada de cálculo, que a acompanha. Apercebendo-se da existência de erros grosseiros ou exagerada valoração do crédito e, portanto, de um excesso de execução perceptível a olho nu, cumpra-lhe determinar providências destinadas a adequar o valor ao título." (in Atualidades sobre Liquidação de Sentença, p. 24 e ss.).

De igual sentir é a lição de MAIRAM GONÇALVES JÚNIOR, *ad litteram*:

"(...) como decorrência dos princípios constitucionais administrativos, dentre os quais destacamos o princípio da

supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e da legalidade (v. art. 5º, II, 37 e 84, IV, da CF), a execução para satisfação de obrigação a cargo das pessoas jurídicas de direito público processa-se de forma distinta da movida em face das pessoas jurídicas de direito privado, considerando não apenas a intangibilidade do bem público, como também a necessidade da continuidade do serviço público.(...)

Ainda que não sejam opostos embargos, de rigor o exame da conta pelo julzo por tratar-se de direito indisponível, incidindo a regra do art. 320, II, do CPC.”(op. cit. p. 195 e ss.).

Destarte, tendo como premissa tal concepção de contraditório, não há como deixar de reconhecer sua incidência no processo de execução. Desde logo observa-se que assegurada a necessária informação do que ocorre nesse processo, onde também é indispensável a citação inicial e a intimação dos demais atos processuais.

Especialmente sobre este tema, é de consulta obrigatória a obra do cientista jurídico italiano e professor da Universidade de Bologna ANGELO BONSIGNORI, p.44/46 na sua consagrada obra: *L'Esecuzione Forzata*, da qual pedimos vênha para transcrever o seguinte e esclarecedor trecho:

“Il principio del contraddittorio há ricevuto nella dottrina processuale uno sviluppo di pensiero, che si è delineato nel senso di un suo sempre più significativo riconoscimento: infatti, dalla prevalenza dei sostenitori dell'escusione assoluta di tale principio nel processo esecutivo, o almeno di una sua limitazione per quel che concerne il diritto a procedere a esecuzione forzata, sai pure com qualche significativa dissociazione, in questi ultimi anni si è addivenuti alla formulazione di tesi che affermano la vigenza del contraddittorio nel procedimento in esame. Si è argomentato, infatti, dà due aspetti essenziali del principio in questione, consistenti l'uno nell'informazione della propria situazione sostanziale, e l'altro nella reazione alla pretesa altrui, entrambe ipotizzate in una norma generale.” (O Princípio do Contraditório tem recebido na doutrina processual um desenvolvimento de pensamento, que é delineado no sentido de seu sempre crescente reconhecimento: do fato, da prevalência na execução de tal princípio no processo executivo, ou ao menos de uma limitação no que concerne ao direito de proceder a execução forçada. É verdade, com algumas significativas discordâncias, nos últimos anos vieram à lume, a formulação de teses que afirmam a vigência do contraditório na procedimento em exame. São argumentados, de fato, dois aspectos essenciais do princípio em questão, consistente um,

na informação da própria situação substancial, e outro na reação à pretensão de outrem, sendo ambos interpretações de uma norma geral).

Poucas linhas mais adiante, completa com extrema maestria a sua abalizada lição, a qual calha à fiveleta, ao pedido de intervenção do Estado do Amazonas, ora agravante, *ad litteram*:

"Infine, come corollario della dimostrazione tentata nel presente paragrafo, si há che, essendo l'esecuzione forzata fornita di una struttura dialettica, consistente appunto del contraddittorio, inteso come partecipazione non solo degli autori dei singoli atti, ma anche dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla sua preparazione, si può sostenere, che l'esecuzione forzata sai un vero e proprio processo, e non già un semplice procedimento." (Por fim, como corolário da demonstração feita no presente parágrafo, conclui-se que, sendo a execução forçada baseada numa estrutura dialética, consistente exatamente no contraditório, entendido **como participação não só do autor do ato singular, mas também dos destinatários dos efeitos do ato final à sua preparação**, pode-se afirmar, que a execução forçada é um verdadeiro e próprio processo, e não um simples procedimento).

Assim, a subsunção do pedido de intervenção do Estado do Amazonas decorre de uma interpretação teleológica de nosso sistema processual e dos sistemas que o informam, indo além da literalidade das expressões ali empregadas. Porquanto, a participação do Fazenda Estadual é uma garantia do contraditório, entendido naquele seu aspecto de *indispensável à informação aos destinatários da execução*.

Neste passo, é do escólio de ARRUDA ALVIM a lição que o princípio da bilateralidade do atos processuais, ligando as partes ao processo, exige que todas tenham plena ciência dos atos processuais, para que o contraditório não fique definitivamente mutilado.

Por essa razão, não se pode negar a aplicabilidade da norma processual aqui analisada ao processo de execução, como exigência imposta diretamente pela garantia do contraditório. No processo executivo, a efetiva participação de todos que irão sofrer os efeitos da mesma é indispensável à própria existência da relação jurídica de devedor. Surge, assim, a mesma necessidade de se atenuar a virtual 'mutilação do contraditório', como fala ARRUDA ALVIM.

Nesse sentido, observa CELSO AGRÍCOLA BARBI que o essencial na interpretação do texto legal é a motivação e a finalidade da lei.

A certeza de que todos os que sofrerão os efeitos da execução, tenham plena ciência desta, com a mais ampla possibilidade de exercícios de seus direitos constitucionalmente assegurados.

Por oportuno, abre-se um parêntese para asseverar que a presente tese inclusive já foi recebida pelo STF, consoante se nota em voto do percuciente Min. FRANCISCO REZEK, *in verbis*: **"Há por conseguinte, um contraditório no processo de execução, ainda que desprovido de latitude igual àquela com que o princípio é contemplado no processo cognitivo."** (RTJ v. 120/1280).

Por outro lado, se é verdade que no processo executivo o devedor não pode se opor à satisfação do direito do credor, igualmente é certo que o mesmo devedor não pode ser sacrificado além de certos limites, sendo-lhe assegurado, portanto, um certo controle da execução. Esse aspecto do processo executivo depreende-se do princípio consagrado no art. 620 do CPC, segundo o qual *"Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça do modo menos gravoso para o devedor."*

Na mesma ordem de idéias, o devedor participa também no processo de execução controlando diversos atos processuais aí realizados, especialmente aqueles processos que se caracterizam como verdadeiras decisões interlocutórias. É que, embora seja composto preponderantemente de atos (ou atividades) materiais que levam à satisfação do credor, o processo de execução não está isento da realização de alguma "cognição", que bem se pode chamar de instrumental. Na verdade, seria inconcebível, como adverte DINAMARCO, "um juiz *robot*, sem participação inteligente e nem poder decisório."

Impõe-se reconhecer, portanto, que cabe ao juiz desenvolver atividade decisória no processo de execução, porém limitada ao controle (através de decisões interlocutórias) do atendimento seja dos requisitos de admissibilidade da execução, seja dos pressupostos específicos dos diversos atos levados ou a levar a efeito." (DINAMARCO, ob. cit.)

Dessa forma, conclui-se que o contraditório incide claramente no processo de execução, tanto por ser aí garantida a necessária informação sobre todos os atos processuais, como também por estar assegurada a participação do devedor no controle da regularidade da execução. Tal incidência, repita-se, não é de forma alguma incompatível com o já apontado aspecto do processo de execução, segundo o qual é vedada qualquer controvérsia sobre a existência do direito incorporado ao título executivo

4. DA NECESSIDADE DA SUSPENSÃO DO FEITO ANTE A GRAVE LESÃO E SUA DIFÍCIL REPARAÇÃO

A matéria constante nestes autos está, desde logo, a exigir a suspensão do feito. De fato, o presente pedido ganha maior envergadura, sobretudo, se considerarmos que nos próximos meses, o Governo do Estado do Amazonas encaminhará à Assembléia Legislativa Projeto de Lei Orçamentária para o ano de 1999, *ex vi* dos artigos 165 da *Lex Fundamental* e 157 da carta Amazonense, dentro do plano de metas e prioridades eleito pela Administração Pública.

Para tanto, deverá compatibilizar a previsão de receitas às despesas fixadas, reordenando e reorientando recursos para dar atendimento às preeminências econômico-financeiras existentes – dentre as quais se insere o crédito, ora em debate.

Entretanto, como já foi cuidadosamente demonstrado no Pedido de Intervenção, o montante indenizatório apresentado pela exequente, foi tirado de um trabalho técnico contábil falaz, quimérico, irreal, tantos são os equívocos matemáticos e contábeis cometidos.

Nessa linha de raciocínio, tem a Fazenda Estadual certeza no provimento do presente agravo, para admitindo sua intervenção no feito, para reduzir aquele montante indenizatório a um patamar justo e condizente com o prejuízo patrimonial suportado pela exequente, petrifica-se a anunciada lesão à ordem, à economia e às finanças públicas, de difícil e improvável reparação.

Deveras. Em face da necessidade de dispor de recursos orçamentários, o Governo Estadual privará órgãos e Poderes de dotações que se fariam indispensáveis à consecução dos objetivos maiores da administração, soçobrando a implementação de planos e projetos postos ao atendimento de prevalentes interesses da coletividade.

A frente deste quadro, é inafastável o interesse do Estado do Amazonas em intervir no feito, pelo volume do numerário aqui em disputa, bem como pelos projetos e investimentos públicos que haverão de ser necessariamente revistos ou cancelados, tudo por conta de uma "indenização" plena de equívocos, devidamente ventilados no pedido de intervenção. Vê-se, portanto, que o pedido de suspensão do processo é albergado pelo direito, tomando-se imprescindível a suspensão de qualquer ato de executivo no feito em comento, até que se julgue definitivamente o presente Agravo Regimental.

5. DO PEDIDO

Em face ao exposto, espera-se que Vossa Excelência reconsidere a respeitável decisão, ora recorrida, caso contrário, que submeta este agravo

ao Colendo Tribunal Pleno, o qual, de certo, retificará a decisão ora guerreada, para o efeito de admitir o pedido de intervenção do Estado do Amazonas, na forma declinada nos autos, por ser ato de distribuição da mais lúdima,

J U S T I Ç A !

Manaus/AM, em 13 de maio de 1998.

ERICK C. L. LIMA
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DA ADIN N.º 1601.

O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO AMAZONAS, assistido pelo PROCURADOR-GERAL DO ESTADO e pelo PROCURADOR DO ESTADO, subfirmados, nos autos da **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 1601**, proposta pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, vem, nos termos do artigo 170 e parágrafos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, apresentar suas

INFORMAÇÕES

requerendo que Vossa Excelência se digne mandar juntá-las aos autos e processá-las na forma da lei.

I - A POSTULAÇÃO

1 - O Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República desencadeou a presente Ação Direta perante este Excelso Pretório, buscando a declaração de inconstitucionalidade e suspensão liminar da aplicabilidade do **Convênio ICMS n.º 120, de 13 de dezembro de 1996**, que fixou em 12% (doze por cento) a alíquota do ICMS incidente sobre as prestações internas de serviço de transporte aéreo.

2 - É sustentada a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado sob os seguintes aspectos:

a) teria violado o artigo 155, §2º, inciso V, alíneas "a" e "b" da Constituição da República, pois, de acordo com tais dispositivos, a matéria objeto do Convênio atacado somente poderia ser disciplinada através de resolução do Senado Federal;

b) teria, ainda, determinado a aplicação da mesma alíquota (12%) para as *prestações interestaduais* de serviço de transporte aéreo, quando tomado por *contribuinte ou não do ICMS*, neutralizando o disposto na Resolução n.º 95/96, do Senado Federal que fixou a alíquota aplicável a todas as operações interestaduais.

II - DO DIREITO

II.a. DA INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 155, §2º, V, "A" E "B" DA CF/88

3 - Além da base de cálculo, para se determinar o montante do tributo devido, necessita-se da *alíquota*, definida como o fator, a relação percentual, que se aplica à base de cálculo, para se quantificar o montante do tributo, objeto da prestação jurídica tributária.

4 - Como bem observa RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA, alíquota e base de cálculo são fatores de uma única operação aritmética, que se completam e se requerem mutuamente, conjugando-se para o único fim que justifica sua existência, e que é a determinação do *quantum debeatur* da obrigação tributária ("Base de Cálculo", in *Caderno de Pesquisas Tributárias*, n.º 7, São Paulo: Resenha Tributária, 1982, p. 212).

5 - No tocante ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), as normas constitucionais relativas às suas alíquotas sofreram variações, ao longo do tempo.

6 - Com efeito, enquanto vigente a Emenda Constitucional n.º 18/65, apenas a alíquota relativa às operações que destinassem a mercadoria a outro Estado (*operações interestaduais*) estava sujeita a limite fixado por resolução do Senado Federal, preceito reproduzido no art. 23, §5º, da Constituição de 1967 (na redação da Emenda 23/83).

7 - A partir do Ato Complementar n. 40, de 30.12.68, tal exigência foi estendida às alíquotas de todas as operações (*internas, interestaduais e de exportação*). Os Estados, portanto, podiam fixar livremente as alíquotas do ICM, com a única restrição de não excederem os limites estabelecidos pelo Senado Federal.

8 - Com o advento da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, o ICM passou a denominar-se ICMS, e a incidir sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação e também sobre os combustíveis e lubrificantes, minerais e energia elétrica.

9 - A Carta de 1988, ao disciplinar as alíquotas do recém-criado ICMS, dispôs em seu art. 155 que:

"Art.155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto 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;

(...)

§2º. O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte:

(...)

IV - *resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros,*

estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal :

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;" (GRIFAMOS)

10 - Infere-se da leitura do dispositivo constitucional retrotranscrito que existem três grupos de alíquotas para o ICMS, a saber: a) internas, b) interestaduais e c) de exportação.

11 - Frise-se que na atual sistemática, as alíquotas *interestaduais e de exportação* do ICMS devem ser estabelecidas por resolução do Senado Federal, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, nos precisos termos do art. 155, IV, da CF/88.

12 - Cumpre observar, no entanto, que as alíquotas de exportação não mais subsistem, posto que a Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, excluiu do campo de incidência do ICMS todos os produtos (incluindo os primários e os semi-elaborados) e serviços, quando destinados ao exterior, utilizando-se do permissivo constante do art. 155, §2º, XII, "e", da CF/88.

13 - Quanto às alíquotas do ICMS nas *operações internas*, o art. 155, V, da CF/88 faculta ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros.

14 - Não observou, no entanto, o ilustre Procurador Geral da República que um ponto fundamental separa as duas normas que estabelecem a competência do Senado Federal para fixar, via resolução, as alíquotas do ICMS.

15 - É que a Constituição Federal de 1988, ao criar o referido

imposto, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir um imposto integrado de *três fatos geradores distintos*: a) **operações** relativas à circulação de mercadorias); b) **prestações** de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) **prestações** de serviços de comunicação.

16 - Pois bem. O inciso IV do §2º do art. 155, ao disciplinar o regime das alíquotas *interestaduais* do ICMS, determina que a resolução do Senado Federal fixará tais alíquotas aplicáveis às **operações** (de circulação de mercadorias, portanto) e **prestações** (de serviços de transporte e comunicações).

17 - Quando, no entanto, o inciso V do mesmo artigo se refere às alíquotas *internas*, só faz menção às **operações**, nada mencionando quanto às prestações, ao contrário do comando contido no item anterior.

18 - Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir (*"Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus"*), devendo cumprir a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.

19 - Nesse sentido é a lição do festejado mestre CARLOS MAXIMILIANO, que, em obra clássica sobre a interpretação do Direito, assim se manifestou:

"Seria erro generalizar; a regra não é tão absoluta como parece à primeira vista. O seu objetivo é excluir a interpretação estrita; ***porém esta será cabível e concludente quando houver motivo sério para reduzir o alcance dos termos empregados***, quando a razão fundamental da norma se não estender a um caso especial; ***enfim, quando***, implicitamente ou ***em outras disposições sobre o mesmo assunto, insertas na mesma lei*** ou em lei diversa, ***prescrevem limites, ou exceções, ao preceito amplo.***" (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 247)

20 - Poder-se-ia alegar que o termo operações, constante do inciso V do §2º do art. 155 da CF/88, abrange também as prestações (de serviços de transporte e de comunicação)

21 - Tal entendimento, no entanto, é equivocado, e a essa conclusão se chega por via de uma simples interpretação das normas constitucionais que disciplinam as alíquotas do ICMS bem como a incidência do imposto nestas hipóteses.

22 - É que, no presente caso, temos perfeitamente configurada uma das situações previstas pelo autor retrocitado como autorizadora da interpretação restritiva do alcance dos termos empregados na norma constitucional: ***quando em outras disposições sobre o mesmo assunto, insertas na mesma lei, o constituinte prescreve limites ao preceito amplo.***

23 - Com efeito, se o termo "operações" tivesse sido empregado pelo constituinte em sentido amplo, i.e, como abrangendo *também* as prestações, não haveria razão para o mesmo legislador ter empregado no inciso IV do §2º do art. 155 a expressão "operações e prestações", posto que, segundo aquele entendimento, estas últimas estariam já incluídas nas primeiras.

24 - Recorremos, aqui, à aplicação de outro princípio de hermenêutica segundo o qual não se presumem, na lei, palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*) ou, literalmente: "devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia".

25 - Providenciais são, a respeito, as palavras do já citado mestre CARLOS MAXIMILIANO, que uma vez mais são transcritas, *in verbis*:

"As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.

Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. (...)

Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma." (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 250-251)

26 - Não discrepa desse entendimento o Prof. LUIS ROBERTO BARROSO, ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, em obra especializada sobre o tema de interpretação constitucional:

"O intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprio. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má-técnica. ***Idealmente, ademais, deve o constituinte, na medida do possível, empregar as palavras com o mesmo sentido sempre que tenha de repeti-las em mais de uma passagem.*** De toda sorte, a eventual equivocidade do Texto deve ser remediada com a busca do espírito da norma e o recurso aos outros métodos de interpretação." (in *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 123). (GRIFAMOS)

27 - Portanto, partindo do pressuposto lógico que o constituinte emprega as palavras com o mesmo sentido sempre que tenha de repeti-las em mais de uma passagem, temos que o termo "operações" constante do inciso V do §2º do art. 155 tem o mesmo significado do termo "operações" empregado no inciso IV do mesmo dispositivo (abrangendo tão-somente as circulações de mercadorias), onde é colocado ao lado das "prestações", não incluindo estas últimas, portanto.

28 - Logo, não há como se fechar os olhos ao fato de que o constituinte, ao disciplinar as alíquotas do ICMS, não incluiu dentre as faculdades concedidas ao Senado Federal a de fixar as alíquotas internas nas prestações de serviços de transporte e comunicação.

29 - Deste modo, se a norma constitucional (art. 155, §2º, V) estabelece que é facultado ao Senado Federal, mediante resolução, "estabelecer alíquotas mínimas nas **operações** internas" (alínea "a") (GRIFAMOS) e "fixar alíquotas máximas nas mesmas **operações**" (alínea "b") (GRIFAMOS), não se pode pretender incluir neste dispositivo as **prestações**.

30 - Conclusão inexorável é que o Senado não tem nem mesmo a faculdade de estabelecer as alíquotas internas do ICMS nas prestações de serviços, as quais serão fixadas livremente **pelas leis estaduais e do Distrito Federal**, com a única restrição de não excederem os limites estabelecidos pelo Senado Federal para as prestações interestaduais, estas, sim, **as únicas que, obrigatoriamente** somente podem ser fixadas por resolução, por força do disposto no art. 155, §2º, IV, da CF/88.

31 - No entanto, mesmo que se considere que a expressão "operações" do inciso V do §2º do art. 155 da Constituição abrange também as "prestações" - o que somente se admite *ad argumentandum tantum* -, ainda assim não resta caracterizada a inconstitucionalidade do Convênio n.º120/96.

32 - Com efeito, é importante notar que, tratando-se de alíquotas *interestaduais*, a norma contida no dispositivo constitucional é *cogente* e exclui a possibilidade da utilização de outro instrumento legislativo - que não a resolução do Senado Federal (art. 59, VII, CF) - como meio apto a fixar tais alíquotas do ICMS (art. 155, §2º, IV).

33 - No tocante às alíquotas nas *operações internas*, a Constituição diz que ao Senado **é facultado** estabelecer alíquotas mínimas e fixar alíquotas máximas, mediante resolução (art. 155, §2º, V, "a" e "b").

34 - Note-se que a linguagem adotada pelo constituinte é "facultado", donde concluímos que a regra contida no inciso V, ao contrário daquela inserida no inciso anterior, contém apenas uma permissão ao Senado Federal, a quem é aberta a possibilidade de não exercer aquela faculdade.

35 - Se o Senado não usar tal faculdade, as alíquotas internas

serão estabelecidas *pelas leis estaduais e do Distrito Federal*, caso em que as alíquotas não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais (art. 155, §2º, VI).

36 - Vê-se, pois, que os Estados podem fixar livremente as alíquotas internas do ICMS -, com a única restrição de não excederem os limites estabelecidos pelo Senado Federal para as operações interestaduais, estas, sim, **as únicas que, obrigatoriamente** somente podem ser fixadas por resolução, por força do disposto no art. 155, §2º, IV, da CF/88.

37 - E esta única restrição que se apresenta foi plenamente obedecida pelo Convênio ICMS n.º 120/96, que, ao consignar em 12% a alíquota interna nas prestações de serviço de transporte aéreo, fixou percentual superior à alíquota do ICMS de 4% (quatro por cento) aplicável na prestação de serviço de transporte aéreo interestadual de passageiros, cargas e mala postal, fixada por intermédio da Resolução n.º 95, de 13.12.96, do Senado Federal (D.O.U. de 16.12.96).

38 - Uma vez admitida a tese de que os Estados e o Distrito Federal podem estabelecer livremente as alíquotas internas do ICMS, poder-se-ia questionar, no entanto, que somente mediante **ato normativo estadual** poderiam ser as mesmas fixadas, e não mediante Convênio interestadual.

39 - Tal proposição, não obstante procure impressionar à primeira vista, não resiste a uma análise mais acurada e decorre de errônea compreensão dos dispositivos constitucionais que regem a matéria, como se passa a demonstrar.

40 - Discorrendo a respeito das alíquotas internas do ICMS, o Prof. HUGO DE BRITO MACHADO faz as seguintes ponderações:

“As alíquotas internas poderão ter os seus limites mínimo e máximo fixados pelo Senado Federal.

(...)

As alíquotas internas não podem ser inferiores às interestaduais envolvendo as mesmas mercadorias, salvo quando a isto estiver o legislador estadual autorizado: (a) pelo Senado Federal, que tenha fixado alíquota mínima para operações internas inferior à alíquota interestadual; e (b) *por convênio interestadual celebrado nos termos estabelecidos na lei complementar.*” (in *Aspectos Fundamentais do ICMS*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 96) (GRIFAMOS)

39 - Com efeito, dispõe a Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 155.

(...)

VI - *salvo deliberação em contrário dos Estados e do*

Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;" (GRIFAMOS)

40 - A alínea "g" do inciso XII do referido artigo, por sua vez, dispõe:

"Art. 155.

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados."

41 - A figura do Convênio em matéria de ICMS, criada pela reforma tributária de 1965 e regulamentada pela Lei Complementar nº 24/75, objetivou impedir a utilização do então ICM como incentivo de cada Estado, procedimento permissivo de disputas entre as Unidades da Federação, pela localização industrial ou na "guerra fiscal" por maior arrecadação

42 - O constituinte de 1988, no §5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), assegurou a aplicação da legislação anterior, a partir da vigência no novo Sistema Tributário Nacional, isto é, a partir de 1º.03.89, desde que não incompatível com o referido Sistema (princípio da recepção das leis).

43 - Desta forma, a Constituição atual recepcionou a Lei Complementar nº 24, de 07.01.75, que dispõe sobre a celebração de Convênios entre as Unidades da Federação, para fins de concessão ou revogação de incentivos fiscais no âmbito do ICM (atual ICMS).

44 - Vê-se, pois, que a própria Constituição Federal admite expressamente que as alíquotas internas do ICMS possam ser objeto de convênio interestadual celebrado nos termos da LC nº 24/75 (art. 155, §2º, VI, CF/88), como o foi o Convênio ICMS nº 120/96.

45 - Ademais, nenhum prejuízo causam tais atos normativos aos Estados signatários, posto que os convênios devem ser, no prazo até 15 (quinze) dias, contado da data da publicação do Convênio no Diário Oficial da União, ratificados pelos Estados, que publicarão, em seus Diários Oficiais, Decretos ratificando ou não o Convênio celebrado. Somente nesse momento, passam a integrar a legislação tributária de cada Unidade da Federação.

46 - Fica clara a intenção do legislador da LC 24/75: evitar uma disparidade entre as alíquotas de um Estado para o outro, o que poderia gerar a tão temida Guerra Fiscal.

47 - Daí porque a fixação da alíquota nas prestações internas através de Convênio interestadual, além de não se afigurar inconstitucional, representa uma maior segurança para a própria Federação, posto que os Estados não poderão alterar ou reduzir unilateralmente as referidas alíquotas.

II.b. DA CONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DA ALÍQUOTA INTERNA NAS PRESTAÇÕES INTERESTADUAIS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE A CONSUMIDOR FINAL, QUANDO ESTE NÃO SEJA CONTRIBUINTE DO ICMS

48 - A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar o ICMS, dispõe em seu art. 155:

"Art.155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto 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;

(...)

§2º. O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte:

(...)

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;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;"

49 - De acordo com a redação do art. 155, §2º, VII, da CF 88, adota-se, quanto às operações e prestações que destinem bens e serviços *a consumidor final localizado em outro Estado*, a alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do ICMS (art. 155, VII, "a", CF/88). Neste caso, o que acontece é uma distribuição de receita entre o Estado remetente e o destinatário, cabendo ao Estado, onde estiver localizado o destinatário, o imposto resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor da prestação do serviço no Estado de origem (art. 155, VIII da CF/88 e art. 13, §3º, LC 87/96).

50 - Adotar-se-á, no entanto, a **alíquota interna** quando o destinatário não for contribuinte do imposto (art. 155, VII, "b", CF/88), do que resultará a igualdade econômica entre consumidores finais não-contribuintes do ICMS, que pagarão sempre o mesmo tributo, calculado pela alíquota maior (= interna), independentemente da situação geográfica do seu domicílio.

51 - ***Foi o que fez o Convênio n.º 120/96, em sua Cláusula segunda: determinou a aplicação da alíquota interna - fixada em 12% na Cláusula primeira - às prestações de serviço de transporte aéreo interestadual de pessoa, carga e mala postal, quando tomadas por não contribuinte do ICMS ou a este destinada.***

52 - Equivocada, pois, a assertiva do excelentíssimo Procurador-Geral da república, quando diz que:

"O Convênio n.º 120/96 fixa a alíquota de 12% (doze por cento) para as operações internas, como também determina a aplicação da mesma alíquota para os serviços de transporte aéreo interestadual, ***quando tomado por contribuinte ou não do ICMS.***" (GRIFAMOS)

53 - É que, em verdade, o Convênio n.º 120/96 somente determinou a aplicação da alíquota interna para as prestações serviços de transporte aéreo interestadual, ***quando tomado por não-contribuinte do ICMS*** (Cláusula segunda).

54 - Em nenhum momento o ato impugnado determinou a aplicação da referida alíquota para os serviços de transporte aéreo interestadual, ***quando tomado por contribuinte do ICMS***, pois aí sim, estaria violando dispositivo constitucional que afirma que, em se tratando de prestações que destinem serviços a *consumidor final localizado em outro Estado*, adotar-se-á a alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do imposto (art. 155, VII, "a", CF/88).

55 - Equivoca-se ainda, uma vez mais, o ilustre Procurador Geral da República, quando afirma que:

"os vários Estados da Federação, respaldados no Convênio n.º 120, de 1996, fixaram a alíquota de 12% (doze por cento) aplicável não só ao transporte aéreo intermunicipal, mas também à quase totalidade das prestações do transporte interestadual, neutralizando o disposto na Resolução n.º 95/96, do Senado Federal ***que fixou a alíquota aplicável a todas as operações interestaduais (...)***" (GRIFAMOS)

56 - É que, em verdade, não há que se confundir duas realidades

distintas: (a) a alíquota interestadual; e (b) a alíquota aplicável à operação interestadual.

57 - É que nem sempre a alíquota aplicável à operação interestadual é a alíquota interestadual, mas a alíquota interna, como no caso das prestações de serviços de transporte aéreo interestadual, quando tomado por não-contribuinte do ICMS (art. 155, VII, "b", CF/88).

58 - O que a Resolução n.º 95/96, do Senado Federal estabeleceu não foi "a alíquota aplicável a todas as operações interestaduais", como erroneamente pensa o Ilustre Procurador-Geral da República, mas tão somente a **alíquota interestadual**, esta aplicável unicamente às prestações interestaduais quando o destinatário for contribuinte do ICMS.

59 - Não há, portanto, nenhuma inconstitucionalidade no procedimento adotado pelo Convênio ICMS n.º 120/96 ao estabelecer, em sua Cláusula segunda que se aplica a alíquota interna às prestações interestaduais quando o destinatário não for contribuinte do imposto:

"Cláusula segunda - Nas prestações de serviço de transporte aéreo interestadual de pessoa, carga e mala postal, **quando tomadas por não contribuinte do ICM** ou a este destinadas, **adotar-se-á a alíquota prevista para a operação interna.**" (GRIFAMOS)

60 - Referida cláusula, aliás, é desnecessária, pois, ainda que inexistente, a sua finalidade seria atingida por força do que dispõe o próprio texto constitucional:

"Art. 155. (...)

§2º. O imposto previsto no inciso II atenderá o seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final **localizado em outro Estado**, adotar-se-á:

(...)

b) **a alíquota interna**, quando o destinatário **não for contribuinte dele;**" (GRIFAMOS)

61 - Referida cláusula é, assim, mera explicitação que o legislador faz, para maior clareza, do que já consta do retrotranscrito dispositivo constitucional. Assim, em regra, a norma que faz tal explicitação poderia deixar de existir sem que nada se alterasse.

62 - Vê-se, pois, diante de tudo quanto foi aqui exposto, que é a própria Carta Magna que autoriza a adoção da alíquota interna nas prestações que destinem serviços a consumidor final **localizado em outro Estado**, desde que o destinatário **não seja contribuinte do imposto.**

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, confia e requer o REQUERIDO e os PROCURADORES DO ESTADO DO AMAZONAS que a esta também subscrevem, o reconhecimento da constitucionalidade do Convênio n.º 120/96, pela translúcida juridicidade das razões fundamentadas nestas INFORMAÇÕES, julgando-se, assim, IMPROCEDENTE a ADIn n.º 1601 proposta pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República para afirmação da mais ampla e lúdima

JUSTIÇA FISCAL!

De MANAUS para BRASÍLIA, em 16 de janeiro de 1998.

ALFREDO PAES DOS SANTOS
Secretário de Estado da Fazenda,
em exercício

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado,
em exercício

CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª. VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS

O INSTITUTO DE TECNOLOGIA DA AMAZÔNIA - UTAM, representada nesse ato, pela Procuradoria Geral do Estado, por seu Procurador infra-assinado, (Procuração em anexo) na forma prevista na Constituição da República, art. 132 c/c com o Código de Processo Civil, art. 12, I, nos autos de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** (processo nº. 0129808084-0), ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS**, por sua Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, vem, nos termos do Código de Processo Civil, artigos 297 e segs. c/c 188, oferecer a presente **CONTESTAÇÃO**, pelos fatos e fundamentos a seguir escandidos:

SÍNTESE DO PEDIDO

Pretende a Autora, na condição de substituta processual, suspender a exigibilidade da cobrança de taxa de matrícula por parte do Instituto de Tecnologia da Amazônia - UTAM, bem como, a devolução dos pagamentos já efetuados pelos alunos e a cessação da respectiva obrigação.

Alega que, conforme declaração do Diretor Geral da UTAM, o valor é utilizado para pagamento da matrícula, guia de transferência, solicitação de vaga, colação de grau especial, expedição de diploma, histórico escolar, reopção e aproveitamento de estudos, entre outras situações.

Argúi que a cobrança em epígrafe é ilegal, pois, não há previsão em lei para tal taxa, ferindo, assim, o princípio da legalidade tributária, pois, consoante o disposto na Constituição da República, art. 5º. c/c art. 150, I, toda imposição de natureza tributária é obrigatoriamente precedida de lei.

Salienta ainda, que consoante a Carta Magna, art. 206, IV, o ensino público é gratuito.

Cita doutrina e jurisprudências para fundamentar as hipóteses de incidência das taxas.

No mais, exalta o princípio da legalidade, insurgindo-se contra a cobrança das taxas ultimadas pela UTAM, argumentando que está sendo ferido tal princípio constitucional.

Em suma é o pedido.

Concessa venia, não existe direito a amparar a pretensão da Autora da Ação, porquanto, como veremos, sua posição, não obstante parece impressionar à primeira vista, não resiste a uma análise jurídica minuciosa, como passaremos a demonstrar nas linhas que se segue.

PRELIMINARMENTE

Ilegitimidade de parte

Preliminarmente é de se questionar a legitimidade do Ministério Público para funcionar no pólo ativo desta ação. Na tela judiciária, deparam-se, com freqüência, ações civis públicas, ajuizadas pelo Ministério Público com *fundamento no Código de Defesa do Consumidor*, em matéria tributária, em torno da constitucionalidade da incidência de certos tributos ou a discussão acerca da legalidade da cobrança de determinada taxa.

Todavia, é de se ressaltar, por oportuno, que, no ordenamento jurídico brasileiro, o manejo da ação civil pública, em matéria tributária, desborda, a um só tempo, do espectro e da finalidade da ação civil pública.

Com efeito, a Lei nº 7.347, de 24.07.1985 (que disciplina a ação civil pública), em seus arts. 10, II e 5º, preceitua peremptoriamente, que:

Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação Popular, as ações de responsabilidade pelos danos causados:

(...)

II - ao consumidor;

Art. 5º - A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:"

Assim, a legitimidade do Ministério Público - e esta consideração se aplica aos demais legitimados ativos - por força dos dispositivos transcritos acima, circunscreve-se àquela área coberta pelos vários incisos do art. 1º dentre os quais a defesa do consumidor.

Desde logo, urge fixar uma premissa essencial para o correto entendimento do tema, qual seja: **contribuinte não é consumidor, para efeito de ação civil pública.**

Independentemente de qualquer esforço exegético, vê-se pois que a ação civil pública, como no caso em tela, onde se pretenda discutir do cabimento ou não de cobrança da chamada, *taxa de matrícula*, pela UTAM, portanto matéria tributária, não se amoldaria e tampouco se ajusta ao figurino legal, estampado nos cinco incisos do art. 1º da Lei nº 7.347/85, porquanto a defesa de interesses, v. g., de contribuintes da taxas, repita-se, desborda da esfera de incidência da ação civil pública.

Mostra-se manifesta, assim, a impertinência da via eleita pelo

parquet Estadual na condição de Autor. Demais disso, não satisfazendo requisito constitucional e da lei específica, à toda evidência, não exibiria o autor (Ministério Público Estadual) legitimidade para postular, em Juízo, objetivando a desconstituição da cobrança já mencionada, em nome dos alunos que seriam os legitimados para a ação.

É do eminente José Carlos Barbosa Moreira a esclarecedora lição sobre a *legitimatío ad causam*, onde, em síntese, preleciona que:

"Legitimação é a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimamente prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretenda assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre considerando "in statu assentiones"- isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará -, coincidem com as respectivas situações legitimantes".¹

O Ministério Público, em tais casos, é carecedor do direito de ação, por lhe faltar legitimidade ativa *ad causam*, razão pela qual se requer, desde já a extinção do processo da ação civil pública, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

É que a pretensão deduzida pelo Ministério Público, inclusive de restituição dos valores já pagos à guisa de taxa de matrícula, entre outras situações, *não se configura na condição de consumidor*, reitere-se, absolutamente não se acomoda nos limites e objetivos da ação civil pública.

Tenha-se, ainda, presente, na lição de **que a ação civil pública não se presta à obtenção de ressarcimento por supostos prejuízos individuais** - assim entendida, por exemplo, a repetição de indébito de determinada taxa federal, estadual ou municipal contribuintes individuais, preço público -, só sendo admissível a defesa coletiva quando se tratar, ontologicamente, de *interesses ou direitos difusos ou coletivos, vinculados a relação de consumo* (que, naturalmente, não é a hipótese aqui versada).

Pinto Ferreira é firme no magistério de José Celso de Mello Filho, sobre os interesses difusos, quando ensina que:

"Os interesse difusos constituem valores cuja titularidade transcende a esfera meramente individual das pessoas - São direitos que pertencem a todos, reunidos em comunhão social. Deles, ninguém, isoladamente, é o sujeito. Não se concentram

¹In *Ensaio e Pareceres Direito Processual Civil, Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, Ed. Borsoi, pág. 59

num titular único, simplesmente porque inerentes a todos e a cada um de nós, enquanto membros participantes da coletividade".²

No mesmo teor de idéias, Kazuo Watanabe, após salientar que entidades privadas ou públicas, *incluído* o Ministério Público, não estão legitimados para a tutela de interesses individuais agrupados, observa, em feliz síntese, que:

"essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inciso III do art. 129 da Constituição da República, sob pena de transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto dos arts. 127 e segs. da Constituição da República. Em linha de princípio, só os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do parquet".³

Não discrepa o entendimento dos nossos tribunais do qual constitui amostra expressiva e eloqüente o acórdão, unânime, da 5ª Câmara Cível do E. Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, proferido no julgamento do MS 609.362/3, sendo Relator o Juiz Nivaldo Balzano, encimado da seguinte ementa:

*"Ação Civil Pública - Proposição pelo Ministério Público - Desconstituição de Tributo sob o Argumento de Inconstitucionalidade. Pode se concluir estar a defesa dos contribuintes da alegada taxa, fora do alcance do conceito de interesse difuso ou coletivo, porque o defendido é **individual plúrimo, patrimonial e disponível, abrangendo apenas uma parcela da comunidade. Logo, a ação civil pública não se presta à demonstração do assunto discutido e consequentemente o Ministério Público é carecedor de legitimidade para promovê-la**".⁴*

Na mesma rota, averbe-se o acórdão, unânime, da Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 57.465-01-PR, sendo Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, sintetizado na ementa seguinte:⁵

² in *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, vol. 5º p. 142

³ in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 3ª ed., p. 510 e 511

⁴ *Boletim COAD* 74.061

⁵ publicado no DJU de 19.06.1995, p. 18.643

"Processual Civil. Ação Civil Pública visando impedir Aumento de Imposto Predial. Ilegitimidade do Ministério Público. A Lei nº 7.437/85 que disciplina o procedimento da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, inclui sob a sua égide, os interesses e direitos individuais homogêneos, entretanto, todavia a lei de regência, somente tutela os "direitos individuais homogêneos", através da ação coletiva, de iniciativa do Ministério Público, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores".

De se ver, o Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa do *contribuinte* da "taxa" questionada, vez que *não se equipara ao consumidor*; na expressão da legislação pertinente, desde que, nem adquire, nem utiliza produto como destinatário final e não intervém, por isso mesmo, em qualquer relação de consumo.

Ainda que se pretenda tributo, como objeto a ação civil pública, o valor cobrado pela UTAM, que alcança considerável número pessoas, (os alunos da Universidade), inexistente a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, para perlar a legitimização do Ministério Público.

No mesmo diapasão, confira-se, o acórdão, unânime, da Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial no 74.445/MG, sendo Relator o Ministro Helio Mosimann, materializado na ementa seguinte:⁶

"Ação Civil Pública. Taxa de iluminação- Inconstitucionalidade. Revogação da Lei que a Instituiu. Extinção do Processo. Apuração dos Valores Cobrados Indevidamente. Ação Própria. Revogada a lei instituidora do tributo questionado, os pedidos se esvaziaram, a nível de ação civil pública resultando na correta extinção do processo sem exame do mérito".

Não se prestando a ação civil pública a amparar direitos individuais e nem se destinando a reparar particulares em restituição de valores pagos por contribuintes, devendo ser pleiteada em ação autônoma.

Destaque-se, por oportuno, nessa trilha, acórdão, unânime, da Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 97.455/SP, sendo Relator o Ministro Demócrito Reinaldo,⁷ com a seguinte ementa:

⁶ publicado no DJU de 02.09.1996, p.31.064

⁷ publicado no DJ de 10.03.1997, p. 5.903

"Processual Civil. Ação Civil Pública. Empréstimo Compulsório. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Interesse Individuais Homogêneo Impropriedade da Tutela na Espécie, Contribuinte Consumidor. Diferença Falta de Legitimidade Ativa.

I - O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) não tem legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública combinado com responsabilidade civil, por danos provocados a interesses individuais homogêneos, contra a União Federal objetivando obrigar a esta indenizar todos os contribuintes do empréstimo compulsório sobre combustíveis, instituído pelo Decreto-lei nº 2.288/86.

II - Os interesses e direitos individuais homogêneos somente hão de ser tutelados pela via da ação coletiva, na hipótese em que os seus titulares, sofrerem danos como consumidores.

III - O contribuinte do empréstimo compulsório sobre o consumo de álcool e gasolina não é consumidor, no sentido da lei, desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço como relação de consumo. Contribuinte é o que arca com o ônus do pagamento do tributo e que, em face do nosso direito, dispõe de uma gama de ações para a defesa de seus direitos, quando se lhe exige imposto ilegal ou inconstitucional.

IV - Quando a Lei nº 7.347/85 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente".

O entendimento em sentido diverso, sublinhe-se, violaria, frontalmente, as normas contidas no art. 8º, I, parágrafo único e inciso III, da Lei Federal nº 8.078, de 1990, e no art. 21, da Lei Federal nº 7.347, de 1985.

Por outro prisma, constituiria ofensa à Constituição Federal outorgar-se legitimidade ativa ao Ministério Público - ou às entidades catalogadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85, para, na espécie vertente, ajuizar ação civil pública.

De efeito, a Constituição da República, em seu art. 129, inciso III, estabelece, *ipsis litteris*, que:

"Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos".

Visto, com olhos de ver, a Constituição Federal, em sua espessa camada competencial, definida no art. 127, *caput*, não emprestou ao Ministério Público legitimidade para substituir quem quer que seja da defesa de seus direitos ou interesses individuais, circunstância que tonifica o argumento segundo o qual o Código de Defesa do Consumidor (lei ordinária) não poderia fazê-lo, sem vulnerar o texto constitucional e o princípio da autonomia da vontade individual.

Relembre-se, além disso, que *não* se caracterizam como consumidores, para fins do disposto no inciso II, do art. 2º da Lei nº 7.347/85, as pessoas, físicas e/ou jurídicas, que pagaram determinado tributo. Tais pessoas, na realidade, são *contribuintes*, com direito, em tese, à eventual propositura de ação de repetição de indébito, porque titulares de direitos individuais.

Por necessário, insista-se no ponto: não se pode identificar como consumidores - mas, sim, como contribuintes -, aqueles que pagaram as taxas impugnadas.

Preleve-se, para o correto enfoque do tema, o aspecto nodal, repousa na circunstância de que os interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 21 da Lei nº 7.347/85, introduzido pela Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor) somente podem ser resguardados, através de ação civil pública, quando os seus titulares sofram danos na condição de *consumidores*. Não é outra a conclusão que se extrai da remissão, explícita, que o art. 21 da Lei nº 7.347/85 faz ao Código de Defesa do Consumidor

Numa ação civil pública, onde se discuta a constitucionalidade e legalidade de certa utilização de taxas, como no caso vertente, não se cogitaria, por óbvio, de relação de *consumo*, razão pela qual descaberia falar-se, com seriedade, em fato que tenha vinculação direta com o *consumidor*, destinatário, exclusivo, da proteção legal.

Nesse campo de relação de consumo, donde salta, impetuosa, a figura do consumidor, *não* se inserem as taxas, de quaisquer espécie, agasalhadas no terreno das relações de natureza tributária, entre o Poder Impositivo (sujeito ativo) e o *contribuinte* (sujeito passivo).

A propósito da definição de tributo e do conceito de contribuintes,

confira-se as normas contidas nos arts. 30 e 121, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

"Art. 30 - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Art. 121 - Sujeito Passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária."

Parágrafo único - O sujeito da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador."

Não há espaço para dúvidas no que se refere a tributos, pois, no desenho de seu fato gerador, soa trivial, prescinde-se de qualquer atividade estatal ou paraestatal específica. Por outra parte, a taxa, cuja hipótese de incidência, contemplada no art. 145, II, da C.E e no art. 77, do CTN, está relacionada ao desempenho de uma atividade estatal específica atinente ao contribuinte, quer corresponda ao chamado poder de polícia, quer tenha como referibilidade a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos prestados ao contribuintes ou posto sua disposição.

Por sua vez, o conceito legal de consumidor, exsurge da norma contida no art. 2º da Lei nº 8.078, de 11.09.1990, *verbis*:

"Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

O que se pretende sublinhar é que, para fins de ação civil pública, o contribuinte (sujeito passivo da relação jurídica de direito tributário, que suporta o ônus do pagamento do tributo) não se confunde com o consumidor (titular de direitos ou interesses exurgentes de relação de consumo), cujo conceito legal lê-se acima.

Com efeito, a noção de contribuinte está ligada, umbilicalmente, à idéia dos tributos ou de receitas de natureza fiscal ou parafiscal, auferidas pelo Estado, em razão de atividades que florescem sob o pálio de sua soberania.

Outro traço distintivo entre as categorias jurídicas de contribuintes e de consumidores é que, nesta, prevalece o elemento volitivo, de regra vinculado a negócio jurídico, ao passo que, naquela, avulta a nota essencial da compulsoriedade do tributo. A prestação tributária deita raízes na lei e

exibe natureza obrigatória, enquanto que as relações de consumo se irradiam do contrato, comumente oneroso e envolvendo lucro.

É de sabença geral que, no ordenamento jurídico brasileiro, o contribuinte tem, à sua disposição, um variado leque de medidas judiciais, para tutelar os seus direitos, quando vulnerados pelo sujeito ativo, desde o mandado de segurança, passando pela ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, embargos à execução, até a ação de repetição de indébito, na hipótese de pagamento indevido.

Se o contribuinte - titular de direito individual, certo, patrimonial, identificável, divisível e disponível -, pode lançar mão desse formidável arsenal de instrumentos legais, não se afigura admissível, na espécie retratada, a demanda coletiva, em matéria tributária, traduzida na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

Se assim é - e assim efetivamente o é - inexistente, na espécie, interesse difuso ou coletivo a ser protegido através de ação civil pública, posto tratar-se de pretensão indenizatória gerada sob a alegação de suposta ilegalidade no parâmetro dos valores questionados, razão pela qual somente os alunos da UTAM teriam, em tese, legitimidade para integrar o pólo ativo da ação pertinente.

Ademais, é de curial importância salientar que se isso não bastasse - tais direitos, eminentemente patrimoniais, serem disponíveis - ***não se vislumbra ainda a indivisibilidade do objeto e a indeterminação dos sujeitos, características e notas essenciais dos interesses difusos***, sabendo-se que a ação civil pública não se destina a ressarcir sujeito individualmente lesado, cabendo, para tanto, aos próprios supostos prejudicados a propositura da ação de repetição de indébito ou de outra natureza.

Revela-se, portanto, manifestamente imprópria a ação civil pública, através da qual se almejasse a tutela de direitos individuais, patrimoniais, disponíveis e divisíveis, quando esta via processual apenas é admissível para a defesa de interesses difusos ou coletivos, que constituem verdadeiro *numerus clausus*, não se admitindo, assim, interpretação extensiva, nem analógica. **Os interesses difusos ou coletivos, convém enfatizar, não se confundem com o mero interesse de grupos ou mesmo com o somatório de interesses privados.**

É unânime na doutrina esse entendimento, como de resto, se colhe da lição do saudoso Hely Lopes Meirelles: ⁸

"A ação civil Pública, disciplinada pela lei 7.347, de 24.07.85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos

⁸ in *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*, Malheiros, 16ª ed., p. 119

ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 10), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva do réu. (grifou-se)

Pelo mesmo diapasão, afina-se o magistério do mestre Arnaldo

Wald:⁹

"Descabe, assim, a ação civil pública, entre outros casos, para: a) recuperação de imposto pago indevidamente (defendendo-se interesse individual homogêneo tributário do contribuinte); e relevante a jurisprudência existente no sentido da interpretação que ora defendemos. Há vários acórdãos e sentenças que consideram o IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) parte ilegítima ad causam e a ação civil pública como sendo imprópria no caso de discussão de questões fiscais, de financiamentos e de complementações de correção monetária."

Por tudo o quanto se expôs, conclui-se a preliminar com as seguintes formulações:

a) ao Ministério Público não exhibe legitimidade *ad causam*, para o ajuizamento de Ação Civil Pública, no terreno pretendido – cobrança da taxa de matrícula - com fulcro na defesa do Consumidor, pela manifesta impropriedade do meio.

b) é ostensiva a impropriedade eleita, de vez que a pretensão como quer o autor, do princípio da legalidade e da reserva absoluta da lei é de tributo e não de consumo, conforme deduzida pelo Ministério Público, não se ajustando, portanto, aos objetivos da ação civil pública, posto que, nesta sede, não se afigura admissível a tutela de direitos individuais, certos, patrimoniais e disponíveis;

c) a ação civil pública tem por fito a defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, alicerçados na indivisibilidade do objeto e na indeterminação dos sujeitos, quando, na espécie enfocada, ao revés, cuidar-se de mero interesse individual, divisível, patrimonial e disponível;

d) contribuinte não se equipara a consumidor, para fins de ação civil pública;

Por tudo isto é de se requerer, a V. Exa., culto e sábio magistrado

⁹ in Usos e Abusos da Ação Civil Pública (Análise de sua patologia), Ajuis 61/93

que julgue extinto o processo da ação civil pública, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por falta de legitimidade postulatória.

Todavia, se vencida essa preliminar, o que se admite, *ad argumentandum tantum* e pelo princípio da eventualidade, passa a deduzir,

NO MÉRITO

É de se rejeitar por inteiro a tese do Autor de que a cobrança da taxa de matrícula é ilegal, pois, tais valores, como dito alhures estão regularmente constituídos, encontrando supedâneo em dispositivos legais e constitucionais, tais como, as seguintes Leis:

- a Lei nº. 1.237, de 10 de outubro de 1977, em seu art. 10, inciso V, que dispõe:

"Art. 10. Os recursos financeiros do Instituto serão constituídos por:

omissis

V. Rendas provenientes das anuidades e taxas escolares." (grifo nosso)

- E a Lei nº. 1.060 de 14 de setembro de 1972, no art. 8º, § 1º.:

"Art. 8º. A manutenção dos cursos e dos serviços administrativos a cargo da Universidade de Tecnologia da Amazônia deverá alcançar o regime de auto-suficiência financeira.

§ 1º. O ensino e outras prestações de serviços serão pagos pelos usuários."

Além disso, o próprio regulamento da UTAM, aprovado pelo Decreto nº. 11.686/88, no art. 45, inciso V, reclama que integram os recursos financeiros do Instituto, dentre outras, "***as rendas provenientes das anuidades e taxas escolares***". (grifamos)

Vale ressaltar que os dois diplomas legais que legitimam essas cobranças (Lei nº. 1.237/77 e Lei nº. 1.060/72), não foram revogadas na edição da Lei posterior nº. 1.650, de 19 de julho de 1984, uma vez que não estavam presentes nenhuma das três hipóteses em que a lei posterior revoga a anterior, quais sejam: (a) quando expressamente a declare; (b) quando seja com ela incompatível, ou; (c) quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º.).

Outro fato importante é que as Leis nºs. 1.060/72 e 1.237/77, por serem leis especiais não poderiam ser revogadas pela Lei geral nº.

1.650/84. É que a lei especial inutiliza, afasta, a incidência de norma geral quando se refere ao mesmo tema, como bem destaca Carlos Maximiliano:¹⁰

"Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habeatur quod ad speciem directum est - em toda disposição de direito o gênero é derogado pela espécie e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie."

Como se percebe, não há como prosperar, *concessa venia*, o frágil argumento do Autor, Ministério Público, segundo o qual houve desrespeito ao princípio da legalidade.

Da Constitucionalidade da cobrança

A Lei nº. 1.650, de 19 de julho de 1984, que proíbe a cobrança de taxa de matrícula em estabelecimentos escolares do Estado e a ele vinculados, aplica-se apenas aos colégios de 1º. e 2º. graus, uma vez que tinham o intuito de coibir os abusos cometidos por alguns professores e diretores de estabelecimentos de ensino estaduais.

Encontramos substrato para a assertiva acima afirmada na própria Constituição da República, quando ao instituir a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 205, IV), como um princípio do ensino, e ao enumerar os deveres do Estado para com a educação (art. 208), distingue, no inciso I, do art. 208, a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental, e, no inciso II, a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do **ensino médio**, não se reportando em momento algum ao ensino superior.

Assim, o Instituto de Tecnologia da Amazônia- UTAM, está fora dessa exigência, por se tratar de órgão de ensino superior, sujeito ao cumprimento da legislação do ensino superior e as normas ditadas pelo Conselho Federal de Educação.

No concernente ao assunto, leciona, com maestria, o ilustríssimo professor José Afonso da Silva:¹¹

"O art. 206, IV, assume o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, devendo o Estado assegurá-lo, desde já, ao ensino fundamental e garantir a progressiva extensão

¹⁰ in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª. Ed., p. 135

¹¹ in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª. Ed., Editora Malheiros, p. 768

da gratuidade ao ensino médio (art. 208, I e II). O princípio do art. 206, IV, significa que onde o ensino oficial, em qualquer nível, já é gratuito não poderá passar a ser pago. Onde é pago, se for fundamental, deverá passar imediatamente a ser oferecido gratuitamente, e se for médio, a entidade pública mantenedora deverá tomar providência no sentido de que, progressivamente, se transforme em gratuito."

É ampla a jurisprudência, nesse sentido, em nossas Cortes, citaremos apenas alguns casos, por respeito ao conhecimento jurídico de V. Exa.:

RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÚMERO: 85297 DATA DO JULGAMENTO: 25.10.1977

EMENTA:

ENSINO UNIVERSITÁRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DA TAXA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL INSTITUÍDA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO, MEDIANTE PREVIA AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE. SEGURANÇA CONCEDIDA A REVELIA DOS DISPOSITIVOS DE LEI APLICÁVEIS A ESPÉCIE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

INDEXAÇÃO: TR0425, TAXA DE ASSISTÊNCIA ESCOLAR, COBRANÇA

INDEXAÇÃO: TRBT, ENSINO SUPERIOR. TAXA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (LEGITIMIDADE).

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO-MG.

REFERÊNCIA LEGISLATIVA:

LEGISLAÇÃO FEDERAL - PORTARIA 778 ANO: 1969 ART. 5

LEGISLAÇÃO FEDERAL - DECRETO Nº. 65559 ANO: 1969

OBSERVAÇÃO:

VOTAÇÃO: UNANIME.

RESULTADO: CONHECIDO E PROVIDO.

PRV 11 PP. ANO: 77 AUD. 7.10.77 ALTERAÇÃO: 29.11.95, (ARL).

ORIGEM: MG - MINAS GERAIS

PUBLICAÇÃO: DJ DATA 12.12.77 EMENT VOL-01082.02 PG-00713

RTJ VOL-00084.03 PG-00985

RELATOR: LEITÃO DE ABREU

NÚMERO DO RELATOR: 126 SESSÃO 2 - SEGUNDA TURMA

E ainda:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

TRIBUNAL: TR4 ACORDÃO RIP.4286751 DATA DA DECISÃO:
29.02.1996

PROC: AG NÚMERO DO PROCESSO 428675 ANO: 93 UF: RS
TURMA. 5 REGIÃO. 4 AGRAVO DE INSTRUMENTO
FONTE DE PUBLICAÇÃO: DJ DATA: 27.03.96 PÁG: 19372

EMENTA:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CONCURSO VESTIBULAR. TAXA DE INSCRIÇÃO. UNIVERSIDADE PÚBLICA. GRATUIDADE.

1. A CLÁUSULA DA GRATUIDADE DO ENSINO SUPERIOR EM ESTABELECIMENTOS OFICIAIS (ART-206, INC-4, DA CF). DEVE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE, CONSIDERANDO-SE A ESCALA DE PRIORIDADE NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS DESTINADOS A EDUCAÇÃO, QUE PRIVILEGIA O ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES DO ENSINO OBRIGATÓRIO, OU SEJA, O FUNDAMENTAL E, PROGRESSIVAMENTE, O MÉDIO (CF, ART. 208, INC 1, E INC 2, E ART. 212, INC 3).

2. A CLÁUSULA DA GRATUIDADE DO ENSINO SUPERIOR OFICIAL NÃO SE ESTENDE A INSCRIÇÃO AO CONCURSO VESTIBULAR, NEM AOS MANUAIS DE INSTRUÇÃO.

ORIGEM:

TRIBUNAL: TR4 ACORDÃO RIP 4286751 DATA DA DECISÃO: 29.02.1996

PROC: AG NÚMERO DO PROCESSO 428675 ANO: 93 UF: RS
TURMA. 5 REGIÃO. 4 AGRAVO DE INSTRUMENTO

JUIZ RELATOR: TEORI ALBINO ZAVASCKI

DECISÃO: UNANIME."

Da mesma maneira:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

TRIBUNAL: TR 5 ACORDÃO RIP. 5161004 DATA DA DECISÃO: 02.03.1993

PROC: AMS NÚMERO DO PROCESSO 513471 ANO: 92 UF: PE
TURMA. 2 REGIÃO. 5 APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

FONTE DE PUBLICAÇÃO: DJ DATA: 20.08.93 PÁG. 33120

EMENTA:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. TRANSFERÊNCIA. TAXA. LEGALIDADE.

1. INEXISTE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NO ATO DE COBRAR A TAXA PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSFERÊNCIA DE MATRÍCULA.

2. APELAÇÃO IMPROVIDA.

TRIBUNAL: TR 5 ACORDÃO RIP. 5161004 DATA DA DECISÃO: 02.03.1993

PROC: AMS NÚMERO DO PROCESSO 513471 ANO: 92 UF: PE
TURMA. 2 REGIÃO. 5 APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

JUIZ RELATOR: PETRUCIO FERREIRA

REFERÊNCIA LEGISLATIVA:

INEXISTÊNCIA, ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER, UNIVERSIDADE, COBRANÇA, TAXAS, PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, TRANSFERÊNCIA, MATRÍCULA.

CATALOGO: RA 1260 TAXA SERVIÇO RB 4243 ENSINO SUPERIOR MATRÍCULA

DECISÃO: UNANIME

No mesmo sentido:

NÚMERO: 45411 TIPO DE PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO
RELATOR: DES. SILVA WOLFF COMARCA: LONDRINA - 2ª CÍVEL
ORIGEM: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Ementa:

DECISÃO: ACORDAM, OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, DAR PROVIMENTO AO AGRAVO, PARA REFORMAR A R. DECISÃO RECORRIDA, CASSANDO, DE CONSEQUÊNCIA, A LIMINAR CONCEDIDA.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE INSCRIÇÃO AO VESTIBULAR UNIFICADO DE 1993, COBRADA PELA UEL. LIMINAR DE SUSPENSÃO DA COBRANÇA. INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS LEGAIS (ART. 2.º E 3.º, DA LEI FEDERAL Nº 8.437/92.

1. SENDO A UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA (UEL) UMA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO INTERNO, INSTITUÍDA PELA LEI ESTADUAL Nº 9.663/91, IMPUNHA-SE QUE SEU REPRESENTANTE JUDICIAL FOSSE OUVIDO NO PRAZO PREVISTO PELO ART. 2.º, DA LEI FEDERAL Nº 8.437/92, ANTES DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR PLEITEADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A INOBSERVÂNCIA DESSE PRECEITO LEGAL COMPROMETE, IRREMEDIABILMENTE, A CONCESSÃO DA LIMINAR.

2. TENDO, A AÇÃO CIVIL PÚBLICA INTENTADA, POR OBJETO COMPELIR A UEL A NÃO COBRAR A TAXA DE INSCRIÇÃO PARA ACESSO AO VESTIBULAR UNIFICADO DE 1993, COM A EVENTUAL RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS, A TÍTULO DE TAXA, JÁ RECOLHIDAS, E INTUITIVO QUE RESULTOU FERIDO O PRECEITO INSITO NO PARÁGRAFO 3.º, DO ART. 1.º, DA LEI Nº 8.437/92, SEGUNDO O QUAL "NÃO SERÁ CABÍVEL MEDIDA LIMINAR QUE ESGOTE, NO TODO OU EM PARTE, OBJETO DA AÇÃO".

RECURSO PROVIDO. DECISÃO: UNANIME

Observa-se, assim, que a cobrança das taxas pelo Instituto de Tecnologia da Amazônia - UTAM, encontra suporte legal no Direito Positivo Brasileiro e que a pretensão do autor é rechaçada pela jurisprudência pátria.

Da adequação da taxa à cobrança questionada

Cumpra-se ainda, discorrer breves entendimentos sobre a taxa, para caracterizar a cobrança objeto da lide em epígrafe.

Primeiramente, importaria saber o que vem a ser e o que significa a palavra taxa. O Código Tributário Nacional em seu art. 77, define da seguinte maneira:

"art. 77- As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição." (grifo nosso).

21. A Carta Magna, art. 145, II, institui:

"art. 145- A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

omissis

II. taxas, em razão do exercício de poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. (grifo nosso).

Sabe-se, assim, que a taxa é uma espécie do gênero tributo, arrecadada para custear os gastos com os serviços públicos, utilizados específica e individualmente pelo contribuinte.

É sabido, ainda, que numa sociedade de economia monetária toda pessoa interessada em adquirir algum bem ou serviço deverá pagar o preço pedido pelo respectivo fornecedor, mesmo que este fornecedor seja o Estado.

É de Aurélio Pitanga Seixas Filho,¹² a observação de que:

"os bens que serão fornecidos pela iniciativa privada e quais ficarão ao encargo do Estado é uma opção que depende de critérios políticos, sendo certo, entretanto, que quanto mais encargos o Estado assumir ou lhe forem impostos, mais necessidade haverá de receitas públicas, sendo a recíproca verdadeira.

Nestas condições, quando uma pessoa tiver interesse em usufruir de bens ou serviços fornecidos pelo Estado, deverá pagar o seu preço, em uma relação jurídica semelhante à que envolve qualquer venda de bens ou serviços.

¹² in *Taxa, doutrina prática e jurisprudência*, 1ª Ed., Editora Forense, 1990 p. 7

O preço público, assim, é o preço obtido por um órgão do Estado ao fornecer bens ou serviços a quem estiver interessado em recebê-los".

Existindo volitividade, por parte do usuário, em receber o bem ou serviço, fornecido pelo Estado, não há qualquer razão jurídica em se alterar o regime jurídico da relação entre o Estado e o usuário, que deve ser aquele o mais próximo possível do regime jurídico, de direito privado, que vigora entre qualquer comprador e vendedor de bens ou serviços. Isto porque, já sendo compulsório o pagamento do preço público pelo simples fato de ser utilizado o serviço prestado pelo Estado (ou comprado um bem), não há necessidade de uma nova lei reforçar a compulsoriedade deste pagamento e, só com isso, transformar o preço público em taxa. (grifamos)

Se a prestação do serviço pelo Estado pode depender da livre vontade do usuário, que o utilizará porque tem interesse no mesmo, o regime jurídico desta prestação de serviço pode permanecer assemelhado ao de direito privado, em que a pessoa que usa um serviço ou adquire um bem por sua livre e espontânea vontade tem que pagar, compulsoriamente, o preço avençado, sob as penas da lei.

Incluir, o legislador tributário, uma atividade estatal que é utilizada voluntariamente por quem tem interesse nela, como fato gerador de uma taxa, não altera a substância da relação jurídica, afetando-a somente no aspecto formal, como ponderou o Professor Flávio Bauer Novelli:¹³

"Acontece, porém, que se a compulsoriedade é, sem temor de dúvida, o mais distinto e característico sinal da tributabilidade duma receita, não cabe, certamente, nem mesmo nos colocando num estrito ponto de vista jurídico, reputá-la o único e infalível princípio de tal distinção. De fato, ao rigor desse critério, enquanto isoladamente adotado, a distinção entre receitas originárias e derivadas, e assim, entre preços e tributos (taxas), findaria por esvaziar-se de toda substância e por reduzir-se a um expediente meramente formal e arbitrário, o da definição ou qualificação, quando não o da simples denominação datada pela lei. Por outras palavras, em tais condições, a só compulsoriedade se rebaixaria de fato a um critério distintivo quase que puramente nominal e, por conseguinte, praticamente inútil".

¹³ in *Tenfa Básica de Limpeza Urbana*", publicado na *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 34, p. 360.

Nestas condições, para transformar um preço público em taxa, e reciprocamente, basta ao legislador simplesmente mudar o seu regime jurídico, como já lecionou o professor Geraldo Ataliba:¹⁴

"Para a doutrina de muitos países, a taxa não é arrolada entre os tributos (Portugal, Espanha, Alemanha etc.). Em outros, só parte dos autores a estudam como tema de Direito Tributário (Itália, França). E assim mesmo não merece maior cuidado. É tratada entre as generalidades e depois olvidada.

Ela nada é em si mesma. Não é algo que exista em si mesma.

A taxa é mera forma. Um pagamento que juridicamente configura o preço ou a taxa, conforme seu regime jurídico.

Ora, tal matéria está no arbítrio puro e simples do legislador. Ele, de modo efetivamente arbitrário, dá ou não forma de taxa - vale dizer estrutura tributária - ao pagamento. Ele é absolutamente livre para criar uma entidade, como preço ou como taxa. Da mesma maneira é livre para transformar qualquer taxa em preço, ou qualquer preço em taxa (basta-lhe modificar o regime jurídico da relação que tem por objetivo o pagamento). (grifamos)

O que o legislador vai disciplinar é o pagamento de uma utilidade. Conforme ele o discipline, estar-se-á diante de taxa ou preço."

É do professor Aurélio Pitanga Seixas Filho o arremate do tema onde:¹⁵

"A irrelevância da taxa em inúmeros países significa, isto sim, que os serviços públicos (remunerados por taxa nos países em que tal espécie é regida pelo direito tributário), ou não são serviços prestados pelo Estado, por desincumbir-se desta tarefa a iniciativa privada com real satisfação para todos, ou, sendo prestados por algum órgão estatal, os seus usuários, conscientes da utilidade ou necessidade desses serviços, não se negam a utilizá-los (voluntariamente), nem se furtam de remunerá-los devidamente, sendo certo, também, que o prestador do serviço não majorará o preço do serviço abusivamente.

Existindo, então, voluntariedade na utilização do serviço público e, conseqüentemente, compulsoriedade no seu pagamento, não há justificativa para a mudança do regime jurídico de preço público, para taxa, como, também, no basta criar uma sociedade de

¹⁴ In Teoria jurídica da Taxa, na Revista de Direito Público nº 9, p.51

¹⁵ in Taxa, doutrina prática e jurisprudência, 1ª Ed., Editora Forense, 1990 p. 9

economia mista para que, por delegação, preste serviço público (remunerável por taxa) para transformar este tributo em preço público.

Em conclusão, está no discrimine do poder público criar um ente para prestação de serviço, que pode ser realizado por particular, e cobrar, tanto taxa quanto preço público, sendo, todavia, mais recomendado a utilização do último, pela falta de obrigatoriedade na utilização e, principalmente, pela opção de outros serviços da mesma natureza.

Assim, a UTAM tanto pode cobrar um preço pelos serviços que está prestando, como o nome de taxa, como, perfeitamente, poderia ser chamado de preço público, tendo em vista sua natureza opcional.

Por fim, mister se faz ressaltar o descabimento de liminar pretendida pelo Autor.

Da liminar pretendida

Renovata venia, não obstante os argumentos expendidos na inicial, entendemos que a medida liminar pretendida tem, na verdade, por objeto o próprio mérito da causa, o que esvaziaria, desta forma, o provimento judicial definitivo consubstanciado na sentença final.

Nesse sentido se manifestou o Excelso Supremo Tribunal Federal, em acórdão assim ementado:

"GARANTIA - Eficácia - Provimento final - Autoriza-se a concessão de liminar em mandado de segurança, se essa não tem por objetivo o mérito da causa, mas garantir a eficácia do julgado, caso esse seja favorável ao impetrante" (,STF - MS 20.900-3 - Pleno - Rel. Min. Rafael Mayer - J 1. 2.89 - v. u. - RT 645/198).

Em trecho do voto do relator, Min. RAFAEL MAYER, no mesmo processo, encontra-se a seguinte lição:

"Como é curial, a decisão da medida cautelar não envolve a apreciação do mérito da causa, mas apenas assegura a inalterabilidade de uma situação no suposto da concessão da segurança."

Com efeito *concessa maxima venia* a pretensão da suspensão liminar da cobrança dos valores - como pretendido pelo *parquet* estadual - além de inviabilizar o serviço da instituição de ensino, (o que seria um desserviço à comunidade estudantil da UTAM como um todo), enveredaria pela apreciação do próprio mérito da ação civil pública, não respeitando os

estritos limites nos quais deve se conter, qual seja, a garantia da utilidade e eficácia do julgado.

É em razão da possível "frustração" futura, que se faria necessária a Medida Liminar. A medida que garanta que a solução final da ação civil pública, qualquer que seja ela, produza os efeitos devidos, e não se torne inane ante as consequências do ato impugnado, que já eram sentidas no momento do ajuizamento do remédio constitucional.

Além do mais, é mister frisar, que na concessão de uma liminar, seja em sede de ação civil pública seja de mandado de segurança ou de medida cautelar, o que se vislumbra é o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, ou seja, algo que se concedida apenas no mérito da questão, torne impossível sua reparação.

No mais o processo deve seguir seu curso normal, pois, e se a sentença de mérito não for favorável ao autor?, não estaria configurado o *periculum in mora inverso*?

Logo, não se pode antecipar, em afronta a todo um procedimento sujeito a regras bem definidas, o próprio mérito de uma decisão de um processo que padece de vícios já no nascedouro, conforme exposto exaustivamente na preliminar.

Assim, não procede o pedido de liminar aduzido na exordial pelo que deve ser afastado por V.Exa. vez que ausentes os pressupostos mínimos necessários à sua concessão.

DO PEDIDO

É indubitável que, da mesma forma como os Agentes Públicos, inclusive o Instituto de Tecnologia da Amazônia – UTAM, apontada como ré, devem observância aos princípios constitucionais, entre os quais se sobrelevam o da estrita legalidade e da reserva absoluta da lei, deve, também, o órgão Jurisdicional obediência ao Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, o qual pressupõe o cumprimento das disposições e normas processuais estabelecidas, bem como a utilização dos instrumentos hábeis a possibilitar a adequada prestação jurisdicional, o que não se apresenta no caso *sub analysis*.

Posto isto, considerando-se as normas processuais aplicáveis e, ainda, que, em caso de procedência, o que se considera apenas por amor ao debate, haverá sérios reflexos aos cofres da instituição de ensino, ratifica o entendimento exposto anteriormente nestes autos;

Considerando ainda a ilegitimidade *ad causam*, carência de ação e a consideração fundamental da inexistência de *fumus boni juris*, *periculum in mora* ou até mesmo verossimilhança a amparar a pretensão de liminar deduzida em juízo pelo Autor – Ministério Público Estadual - e da inexistência de qualquer ilegalidade na cobrança da taxa de matrícula ou de outro título,

que os inquine de vício formal, inconstitucionalidade, conforme fartamente demonstrado, espera-se, após a manifestação do Representante do Ministério Público junto a essa especializada, seja:

Extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por falta de legitimidade *ad causam*.

Se entender diferente, e for ultrapassada a preliminar, no mérito, requer o julgamento antecipado da lide por tratar-se de questão só de direito, com amparo no art. 330, I do CPC, propugnando-se pela total improcedência dos pedidos formulados na inicial, pelos fatos e fundamento jurídicos trazidos à colação.

Por derradeiro e *ad argumentandum*, se V. Exa discordar do julgamento antecipado da lide, protesta-se provar o alegado por todos os meio de prova em direito admitidos, sem exclusão de nenhuma.

Neste termos,

Pede e espera deferimento.

Manaus, 30 de setembro de 1998

VITOR HUGO MOTA DE MENEZES

Procurador do Estado

EXMº SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por sua Procuradora, infra-assinada, nos autos de **AÇÃO ANULATÓRIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO** que lhe move **TEXACO BRASIL S.A. – PRODUTOS DE PETRÓLEO (proc. nº 0129711570-5)**, vem, respeitosamente, perante V. Exª apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, expondo e requerendo o que segue:

SÍNTESE DO PEDIDO

1. Pretende a Autora, em síntese, seja anulado o crédito fiscal decorrente do auto de infração Nº 044169/95, que fora lavrado contra aquela por infração ao art. 57, inc. IX do RICMS/AM, o qual trata da antecipação do ICMS.

2. Antes de intentar a presente ação, a Autora ingressou com medida cautelar inominada, cujo escopo era obstar o ajuizamento da ação de execução fiscal relativa ao crédito ora em discussão. Deferida a liminar, a Autora efetuou o depósito garantidor do julzo.

3. É absolutamente improcedente a ação, não merecendo prosperar as alegações da Autora, como se passa a demonstrar.

PRELIMINARMENTE

I - INTIMPESTIVIDADE DA AÇÃO PRINCIPAL

4. Estabelece o art. 806, do CPC, que o prazo para propositura da ação principal é de trinta dias, contados da efetivação da medida cautelar de procedimento preparatório.

5. A liminar fora concedida em 22/08/97 (fls. dos autos da medida cautelar), sendo que a Autora efetuou o depósito em 29/08/97 (fls. dos autos da medida cautelar).

6. Portanto, o prazo para propositura da ação principal esgotou-se em 21/09/97, impondo-se a extinção do presente processo sem julgamento do mérito, eis que aquela só fora ajuizada em 29/09/97.

7. O dispositivo legal que cuidou da matéria é de transparência hialina: o prazo de trinta dias para propositura da ação principal começa a correr da efetivação da medida, não cabendo ao intérprete ou aplicador da lei distinguir onde o legislador não o fez.

8. A respeito, merece destaque a seguinte lição de VICENTE GRECO FILHO¹:

"As medidas cautelares conservam sua eficácia, enquanto requeridas antes da ação principal, por trinta dias contados da sua efetivação, prazo dentro do qual deve ser proposta a ação principal (art. 806). Proposta essa, a eficácia da medida perdurará enquanto a principal estiver pendente. Se não for a ação principal proposta nesse prazo, a medida caducará. O prazo portanto, é de caducidade e é improrrogável. A efetivação da medida é o momento em que ela alcança o seu objetivo, tenha sido concedida em caráter liminar ou não. Se concedida em caráter liminar, ainda que o processo cautelar não tenha sido decidido, ainda assim a ação principal deve ser proposta no prazo."
(grifos da Ré)

9. Merecem destaque as seguintes decisões:

"Medida cautelar - Ação principal - Prazo.

A simples concessão da liminar já importa ordem capaz de tornar efetiva a medida. Com efeito, cumprido o decreto inicial, os bens se subtraem ao poder de disposição do réu, a coerção já se torna atuante, e é exatamente essa situação que não pode permanecer se o autor não instaurar o processo principal no prazo do art. 806, nas hipóteses de incidência desse dispositivo.
(TJSC, Ac. unân. da 1ª CC in ADV 1988, n. 37.103)."

"Conta-se o prazo do art. 806 do momento em que surge uma restrição ao direito da parte contrária; se houve concessão de medida liminar, é a partir de sua efetivação que correm os trinta dias" (STJ-4ª T., Resp 1.446-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, J. 28.11.89, negaram provimento, v.u., DJU 5.2.90, p. 457, 1ª col., em.; RT 473/113, 475/132, 490/129, 496/111, 503/141, 506/132, 608/66, 624/191, RF 284/263, 291/243, RJTJESP 89/198, JTA 35/162, 35/215, 37/210, 41/97, 49/94, 61/51, Bol. AASP 865/237, 1.406/289).²

"MEDIDA CAUTELAR - Prazo para propositura da ação principal
- Fluência a partir da efetivação da medida, independentemente

¹ Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 3, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 162.

² Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, nota 5a ao art. 806, p. 553.

de citação da parte - Propositura além do lapso de 30 dias - Cessação da eficácia - Extinção do processo decretada 'ex officio' - Admissibilidade - Desnecessidade de requerimento da parte, por ser o prazo decadencial - Aplicação dos arts. 806 e 808, I, do CPC.

Ementa oficial: Medida cautelar. Prazo. Ação principal. Inteligência do art. 806 do CPC. Extinção do processo.

O prazo para a propositura da ação principal começa a correr a partir da efetivação da medida cautelar, independentemente da citação da parte, razão pela qual não há que se cogitar da data da juntada do respectivo mandado ou da carta precatória, após o seu cumprimento, como termo inicial desse prazo.

A decretação da extinção do processo, por falta da ação principal dentro do prazo decadencial previsto no art. 806 do- CPC, não depende de requerimento da parte, podendo ser ordenada de ofício pelo juiz.

Ap. 30.879 - 2ª C. - j. 12.9.86 - rel. Juiz Leonídio Doepler.³

10. Isto posto, espera seja acolhida a presente preliminar, para o fim de decretar a extinção do processo, sem julgamento do mérito, sob pena de se infringir o disposto no art. 806 do CPC, cuja vigência não pode ser negada, condenando-se a Autora nos ônus sucumbenciais.

II - CARÊNCIA DE AÇÃO

11. É cediço que para se poder exigir o provimento jurisdicional, afigura-se imprescindível a concorrência das condições da ação, sem as quais não pode ser esta exercida.

12. No caso vertente, encontram-se ausentes duas das três condições da ação, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual, como se verá a seguir.

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

13. O pedido aduzido na inicial é juridicamente impossível, uma vez que o crédito da Fazenda foi regularmente constituído, encontrando supedâneo na legislação estadual que trata da matéria e que se acha fundamentada no § 7º, do art. 150, da Constituição Federal.

14. Em que pese os argumentos expendidos pela Autora, não logrou esta demonstrar a ilegalidade da cobrança do tributo, impondo-se, deste modo, o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, sendo

³ In RT 624/191

a Autora carecedora da ação, uma vez que o crédito fiscal atacado encontra amparo em dispositivo legal, cuja vigência não pode ser negada e em comando constitucional que não pode ser afrontado.

15. A respeito, a jurisprudência assim se manifesta:

"Deve ser declarado extinto o processo, sem julgamento do mérito, quando a pretensão do autor perde qualquer possibilidade jurídica (Ac. unân. da 1ª Câm. do 1º TACiv.-SP, de 23-11-76, na apel. 225.254, rel. juiz ÁLVARO MARTINIANO DE AZEVEDO; Rev. dos Tribs., vol. 501, p. 145)."⁴

"Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa (STJ-RT 652/183, maioria)."⁵

16. Assim sendo, o pedido é juridicamente impossível, pois a pretensão da Autora não encontra amparo no nosso ordenamento jurídico, que estabelece a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS ANTECIPADO, nos moldes da legislação que rege a matéria.

17. Face o exposto, não tendo a Autora provado a ilegalidade da cobrança do ICMS ANTECIPADO, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no artigo 267-VI do CPC, condenando-se a Autora nas verbas sucumbenciais.

DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

18. De outro turno, verifica-se que autora é carecedora da ação por faltar-lhe interesse processual. Com efeito, o provimento que deseja obter por meio da presente ação de conhecimento poderia ser perfeitamente alcançado em sede de embargos à execução, uma vez que o débito já se encontra regularmente inscrito em dívida ativa.

19. Cabe aqui refutar o argumento da Autora, segundo o qual se "fosse molestada através de executivo fiscal", a discussão ficaria restrita a "mera oposição de embargos de devedor, precedidos da violência da penhora de seus bens". Acontece que a Autora parece ter-se esquecido que o título executivo, supedâneo da execução fiscal não é de natureza judicial, mas sim, extrajudicial.

20. Ora, o artigo 745, do CPC, é claro:

"Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor

⁴ Ibidem, p. 129.

⁵ Theotônio Negrão, obra citada, nota 33 ao art. 267, p. 239.

poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento."

21. Da simples leitura do artigo transcrito ressaí a conclusão por demais lógica de que, ao contrário do que quer fazer crer a autora, a discussão em sede de embargos opostos a execução fiscal é a mais ampla possível; tendo-se por indiscutível que, na eventual procedência destes, o embargante-executado pode perfeitamente alcançar o mesmo desiderato que obteria por meio de ação anulatória.

22. Além disso, não procede a alegação da Autora de que para opor embargos teria que necessariamente sofrer a "violência da penhora de seus bens", haja vista que a penhora constitui-se apenas uma das modalidades de garantia da execução, nos termos do art. 9º, da Lei Nº 6.830/80. O inciso I, do citado artigo, indica que o depósito em dinheiro (efetuado pela Autora em sede de cautelar preparatória) também pode ser feito em garantia da execução, para efeito de embargos.

23. A conclusão que se extrai do exposto, portanto, outra não pode ser senão a de que falta à Autora *interesse processual*, na presente ação cognitiva, uma vez que o mesmo objeto mediato perseguido nesta, poderia perfeitamente ser alcançado por meio dos embargos à execução, em sendo julgados procedentes.

24. Acerca do interesse de agir, lecionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO:

"Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada."

25. Desse modo, não havendo utilidade prática na provocação do Judiciário com a presente ação, cujo objetivo poderia ser atingido por meio da ação incidental dos embargos do devedor, verifica-se, inexoravelmente, ser a autora carecedora da ação por ausência de interesse processual; impondo-se a necessidade de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC.

MERITORIAMENTE

26. *Ad argumentandum tantum*, caso sejam superadas as

preliminares argüidas, no mérito, melhor sorte não tem a Demandante, como se passa a demonstrar.

27. Insurge-se a Autora contra a cobrança do ICMS ANTECIPADO com o argumento de que a legislação estadual instituidora da antecipação teria ferido os princípios da legalidade e da anterioridade.

28. Apesar do devotado esforço da Autora em tentar, de forma objetiva, desconstituir o crédito da Fazenda, regularmente inscrito, não consegue atacá-lo convincentemente, sendo patente a fragilidade de que se reveste o seu arrazoado, frente aos dispositivos legais e constitucionais que legitimam a aludida cobrança.

29. De se rejeitar por inteiro a tese da autora de que o ICMS ANTECIPADO não fora instituído por lei em sentido formal, pois o dispositivo que prevê a obrigação de recolher o ICMS sob o regime de antecipação, quando o contribuinte adquire mercadorias para comercialização procedentes de outras unidades da federação, não é outro, senão o § 3º, do art. 7º, da Lei Estadual Nº 1.320/78, *verbis*:

“Art. 7º - Ocorre o fato gerador do imposto:
(omissis)

§ 3º - O imposto devido na primeira operação interna, relativa às mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, será pago por antecipação pelo contribuinte importador, na forma como dispuser o regulamento.”

30. Como se percebe, não há como prosperar o frágil argumento da autora, segundo o qual houve desrespeito ao princípio da legalidade, o que denota apenas que intentou induzir em erro este Douto Julzo, ao tentar convencê-lo de que o regime de antecipação foi instituído por norma não editada pelo Poder Legislativo.

31. E aqui é interessante notar que a própria citação doutrinária trazida a lume pela demandante não se presta a corroborar sua tese; pelo contrário, vem reforçar, isto sim, a constatação da estrita obediência ao princípio da legalidade na instituição do regime de antecipação do ICMS, senão vejamos.

32. O insigne JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO ensina que a “intromissão do poder público nos bens dos particulares, obrigando-os a recolher dinheiro aos cofres públicos, só pode decorrer de seus representantes legislativos (...)”. Ora, no caso em tela foi o Poder Legislativo Estadual, por meio de lei formal, que obrigou o contribuinte a recolher antecipadamente o imposto devido na primeira operação interna, relativa às mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação; achando por bem, ele mesmo – Poder Legislativo – deixar a cargo de legislação hierarquicamente inferior a regulamentação da forma como seria cobrado o pagamento do tributo.

33. Portanto, não há como ser sustentada a assertiva da autora de que houve ofensa ao princípio da legalidade, na instituição do regime de antecipação do ICMS, neste Estado.

34. Quanto à alegação de que houve violação ao princípio da anterioridade na instituição do ICMS Antecipado, pode-se vislumbrar o soerguimento de verdadeiro sofisma por parte da Autora, uma vez que quer levar o intérprete e aplicador da lei ao convencimento de que foi o Decreto do Poder Executivo que instituiu o citado regime. Segundo este capcioso argumento, como o Decreto foi publicado em 28 de abril de 1993, não poderia naquele mesmo ano cobrar-se o imposto que se havia instituído.

35. Entretanto, a proposição aduzida pela autora não pode ser considerada, haja vista que construída sobre um falso argumento, pois ao contrário do que insiste em asseverar, não foi o Decreto nº 15.367/93 que instituiu o regime de antecipação do ICMS, e sim a Lei nº 1.320/78.

36. Ora, Exa., é de transparência hialina que a cobrança do ICMS, sob o regime da antecipação, levada a efeito em 1993, não teria como ofender o princípio da anterioridade, uma vez que o referido regime fora instituído em 1978; quinze (15) anos, portanto, antes da sua cobrança.

37. Neste ponto, para corroborar a afirmação supra, pedimos venia para novamente servir-nos de escólio colacionado na exordial pela Autora às fls. 7, tópico 20, *ad litteram*:

"(...) e também diz com a própria eficácia da lei tributária o princípio da anterioridade consagrado no art. 150, III, b, que não podem ser cobrados no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. A necessária previsibilidade da ação estatal vem garantida, reforçada, pelo princípio da irretroatividade da lei tributária e pelo princípio da anterioridade da lei tributária." (*destaque nosso*)

38. Inclito julgador, a lição supra, de clareza solar, não deixa margem a dúvida. O princípio da anterioridade obsta a cobrança do tributo no mesmo exercício em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou. Se a lei instituidora foi publicada em 1978, como poderia a cobrança efetuada em 1993 violar aquele princípio constitucional? Irrefragavelmente, não haveria como.

39. Neste passo, não se afigura ocioso salientar que o Decreto Nº 15.367, de 28.04.93, foi editado tão-somente com o propósito de instituir os procedimentos a serem adotados na cobrança do ICMS Antecipado, com o escopo de torná-la mais eficiente. Entrementes, a figura do regime de antecipação fora instituída por meio daquela lei, publicada em 1978.

40. Cumpre, nesse diapasão, repisar que a própria lei instituidora expressamente delegou ao Poder Executivo a regulamentação da aludida cobrança, quando disse: "... na forma como dispuser o regulamento".

41. Dessarte, restando amplamente demonstrada a legalidade da cobrança do ICMS Antecipado e, tendo em vista que a Autora deixou de satisfazer a prestação jurídica a que está obrigada, requer seja julgado improcedente o pedido contido na inicial.

DO PEDIDO

Isto posto, espera seja acolhida uma das preliminares argüidas, para o fim de extinguir o processo sem julgamento do mérito, ou, caso superadas, seja julgado totalmente improcedente o pedido, condenando-se a Autora nas verbas sucumbenciais.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exclusão de nenhum.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Manaus/AM, 06 de agosto de 1998.

SUELY XAVIER LIMA
Procuradora do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por intermédio de sua Procuradora infra-assinada, nos autos de **AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO** cumulada com **COMPENSAÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO**, que lhe move **J.G. RODRIGUES & CIA. LTDA. - Processo nº 01.2.98.08538-9**, comparece respeitosamente à presença de V. Exª para apresentar, na guarda do prazo legal, sua **CONTESTAÇÃO**, expondo e requerendo o que segue:

I – DOS FATOS

A Autora, na condição de concessionária, comercializa veículos automotores, adquiridos diretamente do fabricante. A rigor, caberia-lhe proceder o pagamento do ICMS, imposto de competência estadual, previsto no inciso II, art. 155, da Constituição Brasileira, incidente por ocasião da revenda de suas mercadorias ao consumidor final.

Ocorre que, por expressa determinação constitucional (§7º, art. 150), permite-se atribuir ao fabricante, na qualidade de substituto, o encargo de recolher esse imposto, facilitando sobremaneira o processo de fiscalização e arrecadação da receita tributária. Para tanto, o fisco, de acordo com as leis de mercado, estima a base de cálculo para a incidência do ICMS.

Agora, a Postulante, argumentando ter sofrido o ônus dessa carga tributária e a salda de veículos com base de cálculo inferior da prevista, busca, mediante a propositura de repetição de indébito, reaver os valores que, no seu entender, foram recolhidos a maior, esquecendo-se de que, conforme disposto no §7º, art. 150, do CF/88, a restituição somente é possível quando da inoccorrência do fato gerador presumido.

II -DA TEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO

Estabelece o art. 297 do Código de Processo Civil, o prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento de contestação. Sem prejuízo de sua natureza consumativa, o mesmo diploma legal, no art. 188, defere tratamento privilegiado à Fazenda Pública, permitindo o cômputo em quádruplo do prazo para contestar, como bem esclarecem NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY¹, ao comentar o Código de Processo Civil:

¹ *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3ª ed. Ver. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 577.

"No procedimento comum ordinário, o prazo para a apresentação da resposta do réu é de quinze dias, frisando-se que, para a fazenda pública e MP, este prazo se quadruplica (CPC 188) e é contado em dobro para o defensor público (LAJ 5º §5º) e co-réus com procuradores diferentes (CPC 191).

Ademais, diz o parágrafo único, art. 173, do Código de Processo Civil, iniciar-se o prazo para contestação após o término das férias forenses. Nesse sentido, é a manifestação da jurisprudência pátria:

PRAZO – FERIADO – FLUÊNCIA – PRORROGAÇÃO; FÉRIAS FORENSE – SUSPENSÃO

"Processual Civil. Prazo. Feriados. Fluência. Prorrogação. O feriado apenas prorroga o prazo, que nele se encerra, para o primeiro dia útil seguinte ao seu término. Os prazos só são suspensos em razão de férias forenses e em excepcionais hipóteses de justa causa, inócurrentes na espécie. Recurso especial não conhecido." (Ac un da 4ª T do STJ – REsp 34.953-SP – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – j 08.10.96 – Recte.: Cargil Agrícola S/A; Recdo.: Joaquim Aser de Souza Campos – DJU 1 18.11.96, p. 44.898 – ementa oficial)²

Destarte, à luz do entendimento legal e jurisprudencial, resta demonstrada a tempestividade da contestação, formulada para contradizer, sob os fatos e fundamentos jurídicos abaixo, o pretenso direito invocado pela Autora.

III – PRELIMINARMENTE

QUESTÃO PREJUDICIAL AO DESENVOLVIMENTO DA RELAÇÃO PROCESSUAL: DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

O exercício do direito de ação pressupõe o alcance de uma providência jurisdicional recepcionada pelo direito posto.

Para ser atendida, a pretensão do autor deve conforma-se, ainda em abstrato, ao direito objetivo. À sua falta, isto é, se a providência solicitada não for tutelada pelo sistema jurídico, ao magistrado caberá tão-somente, sem adentrar na análise das questões meritórias, declarar o autor carecedor da ação. Nesse sentido, é o inciso VI, art. 267, do Código Processual Civil,

² *Repertório IOB de Jurisprudência*. 2ª quinzena de fevereiro de 1997, nº 4/97, caderno 3, p. 64

que prevê a extinção do processo sem julgamento de mérito, quando ausente uma das condições da ação que, *in casu*, é a possibilidade jurídica do pedido.

Da inicial, infere-se que a autora, na promoção de sua atividade comercial, adquire veículos automotores para revenda.

Buscando simplificar e favorecer a arrecadação da receita tributária, o fisco impõe ao fabricante, na qualidade de substituto tributário, a obrigação de recolher o ICMS devido nas etapas posteriores de circulação da mercadoria até o consumidor final.

Entretanto, para restar tributada essas demais etapas, a Fazenda Estadual necessita estimar a base de cálculo, ou seja, o valor da operação, antes mesmo da efetiva comercialização das mercadorias. E assim o faz sob presunção indubitosa de que o comprador, ao adquiri-las para composição de seu estoque, irá certamente revendê-las. De fato, ilógico seria uma empresa, com fins lucrativos, comprar mercadorias para mantê-las em seu estabelecimento.

No concernente, a Constituição Brasileira (§7º, art. 150), a Lei Complementar nº 87/96 (art. 10) e a de nº 19/97, que instituiu o novo Código Tributário do Estado do Amazonas, são, nessa ordem, conclusivos ao dizer da repetição de valores apenas quando não ocorrido o fato gerador, *in verbis*:

“Art. 150 – *caput*

§7º – A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, ***caso não se realize o fato gerador presumido.***”

“Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

“Art. 68 – É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar, observado o disposto no artigo anterior.”

Ora, no caso vertente houve a efetiva realização do fato gerador. Assim sendo, a providência solicitada escapa da proteção do direito objetivo, vez que por ele não é tutelada.

Posto isto, à falta de possibilidade jurídica do pedido, pois inexistente um dos pressupostos necessários ao conhecimento da ação, impõe-se,

nos termos do inciso VI, art. 267, do CPC, reconhecer a extinção do processo sem o julgamento do mérito.

IV - MERITORIAMENTE

1. DA TUTELA ANTECIPADA

In casu, pretende a Autora utilizar-se do *novel* instituto inserido no Código de Processo Civil, para o fim de requerer a antecipação da tutela de mérito; sem, no entanto, preencher, ou sequer tentar identificar os requisitos indispensáveis para a concessão da medida.

Por antecipar os efeitos da tutela jurisdicional pretendida, é de se concluir ser perigosa a inovação trazida pelo artigo 273, do CPC. De fato, por adiantar, *iter litis*, os efeitos da própria sentença, permite a execução provisória, conferindo eficácia ao futuro pronunciamento de mérito nas ações de cognição. Assim é que sua admissão em face da Fazenda Pública requer exame cuidadoso.

Exige o artigo suso, por ocasião do deferimento da tutela antecipatória, a observância de certos pressupostos, a saber: *requerimento da parte, produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial, convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, e possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa*.

Desponta como elemento nuclear para a sua concessão, a verossimilhança do direito alegado, vez que, por antecipar a tutela final, necessita o magistrado alicerçar seu convencimento em prova inequívoca.

Nesse sentido, magistral é a lição inserida na obra de PONTES DE MIRANDA³, atualizada por SÉRGIO BERMUDEZ:

" Deve haver prova inequívoca das alegações do autor, isto é, insuscetível de gerar perplexidade quanto ao fato constitutivo do direito alegado. Se a prova é dúbia, se não esclarece a justeza da pretensão diante da regra jurídica que o juiz deve aplicar (art. 126), o caso é de indeferimento."

Com efeito, por se tratar de medida satisfativa, a legislação processual exige a presença de requisitos que vão além dos reclamados

³ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4ª edição, São Paulo: Forense, 1997, p. 536.

pelas medidas cautelares. A antecipação precisa apoiar-se em prova idônea e preexistente, hábil a autorizar a prolação de sentença de mérito favorável à parte que a invoca.

Porquanto esse instituto guarde semelhança com a medida cautelar, dela distancia-se devido à natureza efêmera da cautelar, eficaz apenas enquanto tramita o processo principal (art. 807, do CPC), ao passo que a tutela antecipada traz a possibilidade de eficácia permanente, senão vejamos:

TUTELA ANTECIPADA – PRESSUPOSTO

“Processo Civil. Tutela antecipada. Para a concessão da antecipação da tutela é necessário que já seja possível a tutela definitiva, que é *antecipada*, isto é, o juiz a concede *antes do tempo previsto*. Adianta-se a tutela. Para isso é preciso que haja prova inequívoca da alegação, ou seja, não se faz necessária mais nenhuma prova, pois demonstrada já está, e de maneira clara, evidente, certa, a alegação do autor. A decisão de mérito, por conseguinte, já é possível.” (Ac un da 3ª T do TRF da 1ª R – Ag 1997.01.00.052602-0-MG – Rel. Juiz Tourinho Neto – j 10.02.98 – Agte.: Instituto Cultural Newton Paiva Ferreira; Agdos.: INSS e outros – DJU 2 06.03.98, p. 254 – ementa oficial)⁴

Impõe-se perceber então ser insuficiente a razoabilidade do direito alegado. Indispensável é a sua verossimilhança, vale dizer, a antecipação da tutela reclama quadro fático capaz de formar juízo de convencimento que traduza a aparência da verdade.

Quando figura a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios no polo passivo, mais preocupante toma-se o seu cabimento, vez que, se a própria sentença proferida contra estas entidades requer o reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, na simples qualidade de decisão interlocutória, concede o direito pretendido pelo autor. Há concluir, portanto, que contra a Fazenda Estadual a decisão interlocutória não pode ser mais eficaz do que a própria sentença.

A respeito, merece destaque a seguinte decisão:

TUTELA ANTECIPADA - FAZENDA PÚBLICA – INADMISSIBILIDADE.

“Agravos de Instrumento – Tutela Antecipada – Fazenda Pública –

⁴ *Repertório IOB de Jurisprudência*. 1ª quinzena de abril de 1998, nº 7/98, caderno 3 – p. 130.

Inadmissibilidade – Provimento do Recurso. É inadmissível a antecipação da tutela (CPC, art. 273), contra a Fazenda Pública, pois a própria sentença se sujeitará a reexame necessário, e, portanto, não se pode antecipar efeitos que ela não possui, e, além disto, há norma proibitiva explícita (art. 1º, §4º, da Lei nº 5.021/66). 2 agravo provido (TJ/RS – Ag.de Instrumento n. 59604764 – 3ª Câ. Civ. – Rel. Des. Araken de Assis – j. em 2.5.96 – DJRS, 96.008525-4 – Rel. Des. Alcides Aguiar – j 20.02.97 – Agte.: Estado de Santa Catarina; Agda.: Costa Sul Pescados Ltda. – DJ SC 19.03.97, p 07 – ementa oficial).⁵

Assim, admitir tese contrária, implica em prejudicar o duplo grau de jurisdição, posto que a providência buscada pelo autor, materializada na antecipação da tutela, foge a esta regra. Consequência: formalmente a sentença é sujeita ao duplo grau de jurisdição, enquanto materialmente ela é afastada pela decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela na medida em que será executada de logo.

Da impossibilidade da concessão de tutela para permitir a compensação de tributos, a jurisprudência pátria é convergente, vejamos:

COMPENSAÇÃO – TUTELA ANTECIPADA – INCABÍVEL.

“Processual Civil e Tributário. Ato judicial. Tutela Antecipada. Compensação de Créditos tributários. Impossibilidade. Incabível a obtenção de compensação de créditos tributários por meio de tutela antecipada.

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 164.743-SP – Registro nº 98/0011877-2)⁶

COMPENSAÇÃO – TUTELA ANTECIPADA – IMPOSSIBILIDADE.

“Processual civil. Agravo de Instrumento. Compensação de Créditos Tributários. Tutela Antecipada. Impossibilidade.

1. A compensação de créditos tributários não se pode dar por meio de medida liminar ou de tutela antecipada. Precedentes da Corte.
2. Agravo provido.

(TRF da 4ª Região – 2ª Turma. Agravo de Instrumento nº 1997.01.00.0129203-2/MG)”

COMPENSAÇÃO – TUTELA ANTECIPADA – INADEQUAÇÃO.

⁵ Repertório IOB de Jurisprudência. 2ª quinzena de maio de 1997, nº 10/97, caderno 3 – p. 177.

⁶ In Revista Dialética de Direito Tributário nº 34, São Paulo: Oliveira Rocha, julho/98.

"Processo Civil – Agravo de Instrumento – Antecipação de Tutela – Deferida Compensação.

1 – A concessão de antecipação de tutela em ação de rito ordinário é inadequada, haja vista a ausência dos pressupostos, considerando que sempre haverá para a autora a possibilidade de efetivar a compensação.

2 – O aguardo do término da ação ordinária, não dá ensejo à existência de dano irreparável ou de difícil reparação, a justificar a antecipação da tutela.

3 – Agravo provido.

(TRF da 3ª Região – 2ª Turma – Agravo de Instrumento nº 58921-SP).

COMPENSAÇÃO – LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – DESCABIMENTO – SÚMULA

"Descabe a concessão de liminar ou de antecipação de tutela para a compensação de tributos. Petição nº 97.04.66790-6/RS – Rel. Juiz Vladimir Freitas. Precedentes: - EAC 95.04.10144-5/SC, DJ 05.03.97, Rel. Juiz Teori Zavascki; - EAC 95.04.62944-0/RS, DJ 11.12.96, Rel. Juiz Volkmer de Castilho – AG 96.04.07008-8/PR, DJ 26.06.96, Rel. Juiz Vladimir Freitas – AC 95.04.12590-5/RS, DJ 07.08.96, Rel. Juiz Gilson Dipp – MS 95.04.47299-0/RS, DJ 17.04.96, Rel. Juiz João Surreax Chagas – AG 95.04.51420-0/PR, DJ 95.04.59888-9/PR, DJ 16.04.97, Rel. Juiz Teori Zavascki – AC 95.04.58572-8/PR, DJ 02.10.96, Rel. Juiz Wellington de Almeida – G 95.04.19583-0/PR, DJ 03.07.96, Rel. Juiz Jardim de Camargo – AC 95.04.10144-5/SC, DJ 02.05.96, Rel. Juiz Vilson Darós" (Súmula da Jurisprudência predominante nº 45, aprovada pela Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – DJU 2 14.01.98, p. 329)⁷.

Com efeito, pretende a autora a repetição do indébito mediante a compensação tributária. Todavia, à luz dos provimentos acima, resta afastada a viabilidade do pleito.

Demais a mais, a Fazenda Estadual encontra-se adstrita, no que se refere a prestações pecuniárias, ao disposto no art. 100, da Constituição Brasileira. Em síntese, estabelece este artigo a necessidade dos entes políticos observarem, por ocasião do pagamento de suas obrigações, a ordem cronológica dos precatórios.

⁷ Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de fevereiro de 1998, nº 3/98, caderno 1, p. 60

Permitir a expedição de precatório com base em decisão que adianta a eficácia da sentença, importa em contrariar o artigo supra. Conquanto a tutela antecipada conceda a proteção que se busca no processo cognitivo, não é sentença. Pelo contrário, somente lhe faz as vezes.

In casu, a autora requer a restituição de suposto indébito, sob o argumento de quitação a maior de tributo do que o efetivamente devido. Para tanto, cita o parágrafo 7º, art. 150 da Constituição e art. 10 da Lei Complementar nº 87/96., esquecendo-se de que ambos asseguram apenas a devolução de valores recolhidos na hipótese da não materialização do fato gerador presumido.

2. DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: INEXISTÊNCIA DE DIREITO A CRÉDITO FISCAL NA HIPÓTESE DE OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR DIVERSO DO PRESUMIDO

Como já dito, a teor do §7º, art. 150 da Constituição Brasileira, permite-se, pela facilidade oferecida na arrecadação da receita tributária, atribuir a pessoa diversa do contribuinte, o dever de, por conta deste, efetuar o recolhimento do tributo; garantindo-lhe, contudo, a devolução da quantia paga na hipótese de não realização do fato gerador presumido.

Assim, na substituição tributária *para frente*, hipótese que se dá com as revendedoras de veículos, o fabricante, face expressa disposição legal, assume a responsabilidade de recolher, desde a saída da mercadoria de seu estabelecimento, o imposto incidente na ulterior operação com o consumidor final.

O Superior Tribunal de Justiça, quanto à legalidade da cobrança, já pronunciou-se favoravelmente, senão vejamos:

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE – VEÍCULOS – LEGALIDADE.

"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 nº 3/93. III – Constituição, art. 155, §2º, XII, b; E.C. nº 3/93. CTN, art. 128. Convênio 66/88 e 107/89. IV – Embargos de Divergência conhecidos e recebidos." (Ac un da 1ª T do STJ – EDiv no Resp. 69.311-SP – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 11.6.97 – Embte.: Fazenda do Estado de São Paulo;

Embda.: Caric Companhia Americana de Representações, Importação e Comércio – DJU 1 30.6.97, p. 30.821 – ementa oficial)⁶.

Para melhor alcance da matéria, convém primeiramente identificarmos a figura do contribuinte e do responsável, na forma inserida nos arts. 121 e 128, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 121. *Omissis*

Parágrafo único: O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – *Omissis*.

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

De acordo com as definições trazidas pelo CTN, contribuinte é a pessoa que goza de relação direta e pessoal com o fato gerador incorrido. Conquanto, a rigor, caiba-lhe o recolhimento do tributo, a legislação, visando facilitar o processo de fiscalização e arrecadação de receita, atribui à pessoa diversa o ônus de dar cumprimento à obrigação tributária. Nesse passo, surge a figura do substituto, espécie de responsável tributário que, à vista dessa imposição legal, assume com exclusividade a responsabilidade de recolher o ICMS pelos adquirentes de suas mercadorias.

Há de se concluir então que o substituto, chamado a responder antecipadamente pelo tributo incidente nas etapas posteriores de circulação, afasta por completo a responsabilidade das concessionárias pelo pagamento, hipótese que se dá com a Autora.

Caso o substituto, melhor dizendo, o fabricante dos veículos não recolha o tributo por ocasião da venda dos mesmos, nada sofrerá o substituído, isto é, o comprador, embora integre o mesmo processo econômico. Em sendo assim, a relação jurídica resta estabelecida apenas entre o fisco e o substituto, posto que este, para fins de tributação, ocupa efetivamente o lugar do substituído.

Como se sabe, o ICMS, na qualidade de imposto indireto, está

⁶ In Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª Quinzena de agosto de 1997, nº 15/97, caderno 1, pg. 348.

sujeito à repercussão legal. Subtraindo-se o tributo devido pelo pago anteriormente e consignado nos livros fiscais como crédito, busca-se incidir o imposto tão-somente sobre o valor acrescido em cada operação envolvendo a circulação da mercadoria.

Disso resulta, em se tratando especificamente da substituição tributária, ser impróprio o creditamento fiscal. Como as demais fases de comercialização assumem a natureza de *já tributadas*, não cabe ao substituído pagar qualquer sorte de ICMS. Noutro falar, por não haver débito, também não há crédito, pois, como restou dito, o imposto já se contra recolhido até o consumidor final; inexistindo, portanto, valores a serem compensados.

Para alcançar a condição de *já tributada*, o fisco estima o valor da operação. Assim é que, na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido, garante-se a imediata restituição da quantia paga.

In casu, conquanto a Autora admita a materialização do fato gerador, aduz ter sido a venda final dos veículos com preço diverso daquele estimado como base de cálculo do imposto recolhido pelo substituto, razão pela qual requer a restituição da diferença paga a maior.

Destaque-se que, para minimizar os efeitos da substituição tributária, o legislador busca adequar a base de cálculo estimada com a efetivamente praticada pelo substituído, vale dizer, o valor da operação comercial levada a efeito com o consumidor final. Percebe-se, então, haver uma preocupação do Fisco em ajustar o seu valor às leis de mercado, posto que não pretende onerar o contribuinte, nem tampouco prejudicar-se com a fixação de base de cálculo inferior à praticada em efetivo.

Repita-se que, na salvaguarda dos interesses do erário, institui-se a substituição tributária, cuja finalidade, além de garantir a arrecadação, consiste em criar óbice à evasão fiscal. Com efeito, retira-se da Administração Fazendária o ônus de perquerir o imposto incidente sobre cada operação comercial. Basta dirigir-se ao substituto legal que, além da obrigação principal, responde também pelas acessórias, previstas para favorecer a fiscalização.

Assim é que, a despeito da possibilidade dos contribuintes substituídos praticarem preço com margem de lucro superior ao estimado como base de cálculo, prefere o fisco, pela segurança acima apontada, suportar eventual prejuízo na arrecadação e dispensar o recolhimento de diferença a seu favor.

De mais a mais, a Constituição da República e Lei Complementar 87/96, respectivamente, no §7º, art. 150 e art. 10, estabelecem tão-somente ser possível a restituição na hipótese da não ocorrência do fato gerador presumido.

À evidência, exclui-se a repetição de indébito quando o fato gerador, embora incorrido, tenha base de cálculo inferior à estimada. Se a

empresa revendeu os veículos adquiridos do fabricante, resta materializada a hipótese de incidência; sendo impertinente qualquer ulterior devolução de valores.

De fato, viabiliza-se a cobrança antecipada do ICMS por substituição em face da *presunção indubitosa* de que operações subsequentes vão ocorrer. É claro que, por ser relativa, impõe-se, sob pena de confisco, a devolução do imposto pago quando não configurada a situação hipotética.

É de se dizer, ressalvada essa específica situação, ser indevida qualquer repetição de valores. Se a intenção do legislador fosse estender a restituição aos fatos geradores incorridos em circunstâncias diversas da originariamente prevista, simplesmente o teria expressamente dito. Se não o fez, é porque excluiu essa possibilidade.

Tendo a Constituição Brasileira, a Lei Complementar nº 87/96 e a nº19, de, que instituiu o novel Código Tributário do Estado do Amazonas -, silenciado a respeito, infere-se que o legislador não recepcionou a restituição quando da revenda de mercadorias com base de cálculo reduzida, até porque sua estimativa observou as leis de mercado. Caso contrário, habitual seria o prejuízo do fisco ao fixar valor de operação inferior ao efetivamente praticado pelo substituído. Noutro falar, comum são as perdas sofridas pelo fisco, vez que comum é a comercialização da mercadoria com valor superior ao previsto.

Registre-se, ainda, que, conquanto entenda a Autora ser legítima a sua pretensão, precisa, na forma do art. 166, do Código Tributário Nacional, demonstrar que a mercadoria veio gravada pelo ICMS, senão vejamos:

“Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Desse dispositivo resulta ser a repetição de impostos indiretos condicionada à demonstração, mediante prova inequívoca, do ônus suportado pela parte interessada. À sua falta, descabida é a restituição, sob pena de causar enriquecimento ilícito.

Assim, impõe-se concluir, por absoluta falta de previsão, ser incabível a providência solicitada. A repetição de valores, na hipótese da substituição tributária, somente ocorrerá quando da não ocorrência do fato gerador presumido. Como no caso em tela houve a comercialização dos carros estocados pela Autora, resulta cristalina a ocorrência do fato gerador.

DO PEDIDO

Ex positis, espera a Ré seja acolhida a preliminar argüida, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, na forma prevista no inciso VI, art. 267, do CPC, ou, na sua inadmissibilidade, seja a pretensão da Autora julgada improcedente, condenando-lhe 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), 31 de agosto de 1998.

ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE DE MENEZES
Procuradora do Estado

**EXMº SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
ESTADUAL.**

Ref. Proc. nº 01.2.91.01065-0.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Procurador do Estado que adiante assina, em conformidade com o art. 132 da Constituição da República, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, na guarda do prazo disposto no art. 730 do Código de Processo Civil e com base no art. 741, inciso V, combinado com o art. 743, inciso I, do referido diploma legal, opor **EMBARGOS À EXECUÇÃO** de sentença condenatória por quantia certa, que lhe move **GIACOMO IVAN NOVELLINO MENECHINI, MARIA ELSA FREIRE MENECHINI, MARIO NICO NOVELLINO MENECHINI, TEREZA D'AVILA DE SOUZA MENECHINI, JOSÉ ALDO NOVELLINO e ELAINE VIANA MENECHINI**, anteriormente qualificados nos autos, consoante as razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. DOS FATOS

Cuida-se de Ação de Execução definitiva movida pelos Embargados em face do Estado do Amazonas, ora Embargante, fundada em sentença condenatória proferida nos autos do Processo nº 01.2.91.01065-0 - Ação de Desapropriação Indireta -, cujo objeto é um imóvel com área aproximada de 94.604,50 metros quadrados, localizado nesta Cidade, no Bairro da União.

Por esse título judicial, o Estado do Amazonas, foi condenado a pagar aos Embargados, a título de indenização, a quantia certa de Cr\$ 505.771.739,77 (Quinhentos e Cinco Milhões, Setecentos e Setenta e um Mil, Setecentos e Trinta e Nove Cruzeiros e Setenta e Sete Centavos), devidamente atualizada pelo IGP/FGV a contar de 15.06.1992; acrescida de juros compensatórios e moratórios, este último a partir do trânsito em julgado da sentença e aquele primeiro desde "a data do esbulho, dezembro de 1987", sendo ambos na razão de 12% a.a.; bem como honorários advocatícios na base de 10% sobre o valor da condenação.

Razão pela qual os Embargados apresentam memória discriminada e atualizada do débito, postulando obter o pagamento da importância de R\$ 50.775.517,31 (Cinquenta Milhões, Setecentos e Setenta e Cinco Mil e Quinhentos e Dezessete Reais e Trinta e Um Centavos).

2. DO EXCESSO DE EXECUÇÃO

Senhor Juiz de Direito, percebe-se mesmo a olho nu que essa quantia pretendida, por consubstanciar cifra fabulosa e exorbitante, revela-se deveras longínqua da real prestação deferida pelo título exequendo, bem estando a indicar o excesso de execução, conforme a previsão insita no art. 741, inciso V, combinado com o 743, inciso I, do *Digesto Processual Civil*.

Com efeito, da análise da memória discriminada de atualização do débito exequendo apresentada pelos Embargados, torna-se mesmo indubitosa a existência deste excesso, haja vista o discernimento das a seguir enfocadas incorreções materiais e erros de cálculo. Falhas estas que lamentavelmente estão a supedanear uma pretensão ilegítima e descomunal, tendente ao pagamento sem causa de uma fortuna imaginária à custa dos minguados e indisponíveis recursos públicos.

Para bem salientar essas incorreções, primeiramente, pede-se vênha para transcrever o seguinte trecho do dispositivo da sentença exequenda, *in verbis*:

"JULGO PROCEDENTE A AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO (...) para mandar pagar a título de indenização por DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, a quantia de Cr\$ 505.771.739,77 (Quinhentos e Cinco Milhões, Setecentos e Setenta e um Mil, Setecentos e Trinta e Nove Cruzeiros e Setenta e Sete Centavos), valor obtido tendo por base o preço de Cr\$ 5.346,17 m2, por metro quadrado, na data de 15.06.1992, a partir da qual deverá ser corrigido pelo Índice Geral de Preços - IGP (...)" (grifei).

Observe-se, pois, desses termos, que o valor da condenação deveria sofrer atualização monetária mediante o uso do Índice Geral de Preços da Fundação Getúlio Vargas - IGP/FGV.

Não obstante, vê-se, da memória do cálculo de atualização apresentada, que os Embargados negaram cumprimento a essa determinação.

É que muitos dos percentuais de reajuste mensal discriminados pelos Embargados em sua memória de cálculo não correspondem às autênticas variações mensais divulgadas pela Fundação Getúlio Vargas para o Índice Geral de Preços - IGP/FGV.

Para demonstrar essa divergência, o Embargante traz à colação os percentuais que verdadeiramente representam as variações mensais do IGP/FGV, no período em que se procedeu à atualização monetária do débito, conforme constam das seguintes fontes oficiais em anexo:

Informativo ADCOAS (ed. dez./97) e Revista SUMA ECONÔMICA (ed. dez/94, dez/96, jan./98).

Nesse sentido, do cotejo das variações mensais discriminadas nas fontes ora carregadas com aquelas dispostas na memória de cálculo dos Embargados, Vossa Excelência pode perceber claramente a distorção dos percentuais aplicados, os quais propiciaram a atualização excessiva do débito.

Todavia, impende salientar que a discrepância ingente entre os valores devido e pretendido *in casu*, deve-se preponderantemente a um segundo erro grave e crasso perpetrado nos bisonhos cálculos de atualização que instruíram a ação proposta, qual seja, o termo inicial considerado para a incidência de correção monetária sobre o valor da condenação.

Sublinhe-se, a respeito, que a sentença fixa expressamente como termo inicial de incidência da correção monetária sobre o valor da condenação o dia 15 de junho de 1992, data que coincide com a de realização da perícia de avaliação do imóvel expropriado.

Ocorre que, olvidando displicentemente o comando do título judicial, os Embargados fizeram incidir correção monetária a contar da remota data de 01 de dezembro de 1987, conforme discriminado a fls. 258 na memória de cálculo.

Somente dessa maneira equivocada e para os olhos menos atentos é que os Embargados tornaram-se supostos credores de uma indenização milionária, infinitamente maior que a quantia devida pelo Estado/Embargante por força da sentença exequenda.

Ora, tanto é assim que, consoante a memória discriminada e atualizada do cálculo da condenação que segue em anexo, em que foram desvanecidas essas incorreções e observados estritamente os comandos do título judicial, o Embargante conclui que o valor devido aos Embargados, a janeiro de 1998, importa em R\$ 820.950,28 (Oitocentos e Vinte Mil, Novecentos e Cinqüenta Reais e Vinte e Oito Centavos), inclusive honorários advocatícios.

Sendo assim, importa na expressiva e horrenda quantia de R\$ 49.954.567,03 o irrefutável e combatido excesso que haverá de ser suprimido desta execução mediante o inexorável acolhimento destes embargos.

Certo desse acolhimento, o Estado/Embargante pede *maxima venia*, porquanto preocupado com o aumento das estatísticas de ocorrências de erro material e de cálculos em processos movidos contra a Fazenda Pública, que contam inclusive com precedentes nesta Comarca, para, neste ensejo, alertar respeitosamente a Vossa Excelência, enquanto membro do Eg. Poder Judiciário, que, sob o pálio do que se costuma denominar "*meros cálculos aritméticos de atualização monetária de débitos judiciais*",

bem assim das *"perícias judiciais de avaliação"* vêm se formando em nosso meio, como já ocorre em várias Unidades da Federação, verdadeiras indústrias de indenizações milionárias à custa do Erário. Indenizações essas, verdadeiramente astronômicas, decorrem, na maioria dos casos, de operações aritméticas feitas de má fé, aplicação de Índices inidôneos, capitalização de juros e outros artifícios que são usados em cálculos e avaliações com o propósito ilícito de inflar os valores devidos pela fazenda pública, para tanto contando-se até mesmo com a convivência de serventuários e peritos.

Tal fato, como freqüentemente há sido denunciado pela imprensa nacional, vem gerando o enriquecimento injusto e ilícito de pessoas inescrupulosas, através da repugnante sangria de recursos públicos, em detrimento de importantes programas e projetos governamentais, sobretudo nas áreas mais problemáticas e sensíveis da sociedade, como, por exemplo, as da saúde, educação, segurança, transporte e saneamento, setores em que o Poder Público precisa realizar maiores dispêndios financeiros, em benefício da melhoria das condições de vida das populações carentes de nosso País. No Amazonas a situação é a mesma e, muitas vezes, o dinheiro que deveria ser destinado a minorar a penúria em que vivem os desassistidos, é desviado para o pagamento compulsório de indenizações fabulosas, flagrantemente injustas, fixadas em valores estratosféricos, incompatíveis com a verdadeira vontade externada pelo Estado/juiz ao decidir e compor essas lides.

Essa prática está a exigir uma maior vigilância e a combatividade não só dos Procuradores dos Estados, que têm travado nesse sentido duras batalhas na defesa intransigente do interesse indisponível da coletividade com esboço nos princípios da legalidade, coisa julgada e da moralidade e justiça das indenizações. Com o mais profundo respeito ao Poder Judiciário, cabe igualmente à Magistratura, na aplicação do direito e distribuição da Justiça, real e efetiva, abrir os olhos a esses abusos que se vem cometendo em processos judiciais legitimadores de pretensões desonestas em face do patrimônio público, sob pena de se estimular a disseminação em nossa sociedade dessa prática nefasta, bem assim, de colocar em xeque o prestígio e a imagem do Poder Judiciário Brasileiro.

Ademais, sob prisma exclusivamente técnico-jurídico, não se pode esquecer que, sobretudo em sede de execuções movidas contra a Fazenda Pública, as questões relacionadas à liquidação e atualização do crédito exequendo afiguram-se de ordem pública, podendo ser examinada a matéria até mesmo de ofício pelo magistrado e a qualquer tempo. Dessa forma porque incide na espécie, por interpretação extensiva, o art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil que, em homenagem ao princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos, afasta o efeito da confissão ficta quanto a matéria de fato, quando ocorrer contumácia ou falta de impugnação específica pela Fazenda Pública.

Nesse sentido, é incisivo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

"Superado o irracional mito dos embargos (fora dos embargos não há salvação...), sabe-se hoje que o juiz dispõe de largos poderes decisórios no processo executivo que exercerá numa atividade verdadeiramente saneadora desta, a evitar constrições contrárias à lei ou mesmo sem amparo em título. Como se sabe, o título é a expressão legal da probabilidade de existência do crédito e eticamente não se legitima constranger o patrimônio de um sujeito senão por um crédito existente. Não me canso de invocar a preciosa monografia com que Giovanni Martinetto demonstrou cabalmente a necessidade de exame de toda a matéria de ordem pública, no processo executivo mesmo e até mesmo de ofício pelo juiz. Tanto na execução quanto em qualquer processo, não se tolera o juiz espectador e o ofício jurisdicional não é corretamente desempenhado pelo juiz que se deixe levar pelos atos das partes, sem exercer no processo o fortíssimo poder inquisitivo do que o dota o Estado. Tomada consciência desses conceitos, fica fácil concluir que o juiz tem o poder, senão o dever, de realizar a censura da petição e da memória discriminada e atualizada de cálculo, que a acompanha. Apercebendo-se da existência de erros grosseiros ou exagerada valoração do crédito e, portanto, de um excesso de execução perceptível a olho nu, cumpre-lhe determinar providências destinadas a adequar o valor ao título." (in Atualidades sobre Liquidação de Sentença, p. 24 e ss.).

De igual sentir é a lição de MAIRAM GONÇALVES JÚNIOR, *ad litteram*:

"(...) como decorrência dos princípios constitucionais administrativos, dentre os quais destacamos o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e da legalidade (v. art. 5º, II, 37 e 84, IV, da CF), a execução para satisfação de obrigação a cargo das pessoas jurídicas de direito público processa-se de forma distinta da movida em face das pessoas jurídicas de direito privado, considerando não apenas a intangibilidade do bem público, como também a necessidade da continuidade do serviço público.(...)

Ainda que não sejam opostos embargos, de rigor o exame da conta pelo juízo por tratar-se de direito indisponível, incidindo a regra do art. 320, II, do CPC." (op. cit. p. 195 e ss.).

Dessarte, não afronta os princípios da imparcialidade, da iniciativa das partes e dispositivo, antes cumpre obrigação legal, o juiz que, em sede de execução contra a fazenda pública, desempenha função saneadora de ofício, no sentido de promover o exame e aferição da correção dos cálculos de atualização da quantia vindicada, mormente em hipóteses em que se afigurem flagrantemente excessivos.

Excelência, com essa exposição, a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, quer deixar bem claro, não está a defender que, em nome da segurança dos Cofres Públicos, deva o Judiciário protelar invariavelmente a prestação da tutela jurisdicional, presumindo sempre a má-fé do exequente; nem muito menos, por outro lado, pretende tecer disfarçada crítica a atual conduta deste douto Juízo Especializado. Nada disso.

Sem pestanejar, por assim dizer, com o devido respeito a PGE tão-somente alerta e propugna, por entender que o processo, enquanto instrumento técnico de composição de litígio, nunca pode propiciar a realização de injustiça e iniquidade, que também o Judiciário deva estar atento para reprimir às não raras investidas daqueles que intentam obter prestação superior àquela conferida por intermédio de sentença

Veja-se que, no caso concreto, instala-se o imperdoável: postula-se obter dos cofres públicos o pagamento sem causa da escandalosa quantia de R\$ 50.775.517,31 (Cinquenta Milhões, Setecentos e Setenta e Cinco Mil e Quinhentos e Dezesete Reais e Trinta e Um Centavos) em vez de R\$ 820.950,28 (Oitocentos e Vinte Mil, Novecentos e Cinquenta Reais e Vinte e Oito Centavos), utilizando-se, para tanto, de título executivo outorgado pelo próprio Poder Judiciário.

Conduta dessa jaez, por representar procedimento temerário, de alto potencial lesivo, que se revela na gigantesca quantia que se pede sem título, demanda, além do necessário acolhimento dos presentes Embargos, o decreto de má-fé processual dos Embargados e, por conseguinte, a sua condenação nos termos do art. 18 do Código de Processo Civil e art. 1.531 do Código Civil.

Sanção essa, cuja a aplicação o Estado do Amazonas/Embargante não somente suplica, antes, confia a Vossa Excelência, haja vista conhecer a vossa aguçada e costumeira sensibilidade com que tem aplicado o direito e distribuído a justiça.

Sem dúvida, dessa maneira, Vossa Excelência haverá de por bom termo a essa situação esdrúxula afigurada nos autos, imprimindo-lhe a devida e exemplar reprimenda, assim desestimulando futuras postulações imprudentes e arrojadas perante este Juízo e em face da fazenda pública.

3. DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Por fim, faz-se interessante positivar, neste ensejo, que não merece guarida, por manifesto incabimento da medida, o pedido de antecipação da tutela formulado na inicial da tratada execução.

Além dos argumentos debatidos acima, que estão a refutar, quase por completo, os cálculos de atualização do débito e, com eles, o exigível *fumus boni iuris*, é de se observar a existência de fundamentos jurídicos elementares que constituem óbice intransponível a essa pretensão.

Cumpra desde logo salientar, a bem da verdade, que esse pleito insólito vai de encontro mesmo ao próprio esquema conceitual que se tem da técnica da antecipação de tutela, consoante concebida no Direito Processual Pátrio, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil.

Assim porque é entendimento cediço entre os eminentes juristas que o instituto da antecipação da tutela, enquanto instrumento ou técnica de efetividade da tutela jurisdicional, constitui-se em modalidade de provimento de cognição sumária incidental, cujo substrato próprio é a ação de conhecimento, em que a sua atuação objetivará justamente antecipar os efeitos de uma eventual sentença de mérito favorável ao autor. É a inteligência que se abstrai dos termos do parágrafo 5º do art. 273 do Código de Processo Civil.

E isso se discerne, sem grande esforço intelectual, da observância de disposição do instituto da antecipação de tutela no Código de Processo Civil, haja vista a sua acertada inserção (art. 273) no Livro I do Código, que trata do PROCESSO DE CONHECIMENTO.

Nesse sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI, *in* A Antecipação da Tutela, 3ª ed. p. 40, elucida que:

"A tutela antecipatória produz o efeito que só poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito."

Esta mesma direção se perfilha ao consultar os comentários de ARAKEN DE ASSIS acerca dos arts. 273 e 461 do CPC:

"Tais dispositivos se aplicam ao rito comum, ou seja, aos procedimentos ordinários e sumário, e sua localização no Livro que trata do processo de conhecimento, acentua Moniz Aragão, revela a tomada de posição do legislador de não querer atribuir natureza cautelar à antecipação da tutela." (in Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, p. 14/15).

Infere-se o mesmo entendimento da obra do eminente HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"(...) o direito processual brasileiro, aos poucos, foi introduzindo no processo de conhecimento alguns mecanismos de 'antecipação de tutela', mas sempre como medida excepcional e restrita aos procedimentos especiais (...) Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte."(op. cit. p. 187).

Também NELSON NERY JÚNIOR:

*"Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução *latu sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento."*(op. cit. p. 383).

Dessarte, em consonância com esses abalizados ensinamentos doutrinários, conclui-se pela manifesta impossibilidade jurídica do pleito, ante a inaplicabilidade do art. 273 do Código de Processo Civil em sede de Ação de Execução.

Frise-se, outrossim, que a doutrina e jurisprudência trazidas à colação pelos Embargados não se aplicam à espécie tratada e representam tentativa de fazer com que Vossa Excelência incida em erro.

A uma, os precedentes jurisprudenciais a que se referem os Embargados defendem tão-somente a possibilidade jurídica de se executar provisoriamente a fazenda pública. Não é o caso tratado.

E, a duas, a doutrina citada apenas sustenta a aplicabilidade do instituto da antecipação da tutela em face da fazenda pública, o que não se discute aqui.

Portanto, essas fontes, de maneira alguma, afirmam ou autorizam inferir a possibilidade da concessão de antecipação de tutela em sede de ação de execução por quantia certa baseada em título executivo judicial, seja aquela movida contra devedor particular, seja contra a Fazenda Pública.

O Estado do Amazonas desconhece decisões judiciais que tenham ao menos reconhecido a admissibilidade de requerer-se a antecipação da tutela em sede de ação de execução.

Justamente por isso, com a devida vênia, questiona, desde já, que a eventual concessão de antecipação da tutela, conforme requerida, o que se admite ocorra só para argumentar, consistirá ato verdadeiramente teratológico, ofensor de direito líquido e certo sufragado pela cláusula constitucional do devido processo legal (art. 5º LIV e LV) e, ainda, contrário

ao disposto nos art. 273 e 730 do Código de Processo Civil e, ainda, art. 100 da Constituição da República.

4. DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto pede e espera o Estado do Amazonas/
Embargante:

1. O indeferimento do pedido de antecipação da tutela por manifesto incabimento;
2. o processamento dos presentes embargos, determinando-se a intimação à Embargada para, querendo, impugná-los no prazo legal;
3. a produção de provas admitidas em direito, especialmente a realização de perícia contábil para que seja ratificada por técnico contador a procedência da conta de atualização em anexo;
4. o final acolhimento dos presentes embargos, para o efeito de expurgar da execução a quantia que excede o título exequendo em conformidade com os cálculos ora apresentados;
5. a condenação dos Embargados ao pagamento de custas e honorários advocatícios no valor de 20 % sobre o valor da causa, bem assim nas penas por litigância de má-fé de acordo com o art. 18 do CPC e o art. 1531 do Código Civil.

Dando à causa o valor de R\$ 49.954.567,03.

Pede deferimento.

Manaus, 19 de março de 1998.

RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA
Procurador do Estado do Amazonas

Documentos em anexo:

* Memória de cálculo de atualização do débito seguido de cópia das fontes das variações do IGP/FGV usadas em 09 fls. rubricadas.

* Cópia do título exequendo e da certidão de trânsito em julgado em 15 fls.

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 1ª
VARA DA COMARCA DE PARINTINS/AM.**

**O DELEGADO DA DELEGACIA REGIONAL II - PARINTINS, DA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA**, nos autos do Mandado de
Segurança - Processo nº 031/98, impetrado por **EIDAI DO BRASIL
MADEIRAS S.A.**, comparece, em atenção ao Mandado de Notificação
expedido em data de 29.07.98, à presença de V. Exª, no decêndio legal,
para apresentar suas

INFORMAÇÕES
I - DA POSTULAÇÃO

EIDAI DO BRASIL MADEIRAS S.A., impetrou o presente
Mandamus contra o Delegado da Delegacia Regional II - Parintins, da
Secretaria de Estado da Fazenda, aduzindo ter sofrido lesão a direito seu
líquido e certo, eis que pretende pagar ICMS alusivo a madeiras em tora,
com base de cálculo e alíquota idênticas às das operações internas.

Aduz a Impetrante que "as autoridades fiscais coatoras" pretendem
a cobrança de ICMS excessivo ou em dez vezes em decorrência do aumento
em décuplo da base de cálculo nas operações interestaduais de circulação
de madeiras em tora, com base em PAUTA DE PREÇOS MÍNIMOS DE
PRODUTOS *IN NATURA* TRANSPORTE ICMS, editada pela Secretaria de
Estado da Fazenda (PAUTA 04/98 a 06/98).

Sustenta que referida Pauta é ilegal e inconstitucional, vez que o
valor do ICMS que está sendo cobrado excede em muito o valor da
mercadoria.

Afirma ter a indigitada autoridade coatora contrariado o disposto
nos artigos 150, incisos I e V, da Constituição Federal e 97, II e 1º do Código
Tributário Nacional.

Requeru a concessão de liminar, a teor do artigo 7º, II, da Lei nº
1533/51, a qual, entretanto, foi indeferida.

Requeru, por fim, a concessão da segurança, para que cessem
os atos de ilegalidade e coação quanto à cobrança do ICMS em décuplo
relativamente às madeiras em tora.

II - DO MÉRITO
PRELIMINARMENTE
I - DA CARÊNCIA DE AÇÃO
AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL

Relativamente ao pedido de extensão dos efeitos da sentença às

Pautas de Preços sucessivas (futuras), que contiverem a mesma determinação de aumento em décuplo na base de cálculo do imposto, verifica-se que a Impetrante é carecedora da ação, por faltar-lhe interesse processual. Com efeito, a via eleita afigura-se inadequada a ensejar o alcance da referida pretensão.

A respeito do assunto, leciona Cintra, Grinover e Dinamarco¹:

"Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (...), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser".

A via estreita do Mandado de Segurança não se presta a criar, modificar ou extinguir direitos, como sói ser a ação declaratória. De fato, quanto a futuras relações tributárias, não pode a Impetrante pretender que os efeitos do julgamento proferido no caso *sub judice* venham a alcançar fatos jurídicos futuros.

Assim sendo, sendo inadequado o pedido retromencionado, verifica-se, inexoravelmente, ser a Impetrante carecedora da ação, por ausência de interesse processual; impondo-se a necessidade de extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC.

II - DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Por ocasião da notificação da Autoridade Coatora, foram-lhe entregues tão somente a contrafé e cópia do despacho que indeferiu a liminar. As cópias dos documentos indispensáveis à propositura da ação, que são citados pela Impetrante em sua exordial são de total desconhecimento da indigitada Autoridade Coatora, eis que não lhe foram entregues, conforme determinam os artigos, 282, VI, 283 e 396 da Lei Adjetiva Civil e artigo 7º, I, da Lei nº 1.533/51, cuja redação é a seguinte:

"Art. 7º. Ao despachar a inicial, o Juiz ordenará:

¹ Teoria Geral do Processo, 13ª ed., Malheiros, 1996, São Paulo, p. 260.

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações que achar necessárias". (destacamos).

Considerando a peculiaridade do *Mandamus*, na qual a prova há de ser necessariamente pré-constituída, está a Autoridade Coatora impossibilitada de manifestar-se acerca de outras preliminares acaso existentes, e que resultariam no pedido de extinção do processo sem julgamento do mérito, tais como defeito de representação, ou cópias reprográficas não autenticadas dos possíveis documentos juntados aos autos, requisitos processuais que devem ser obrigatoriamente observados pela Impetrante.

Tendo em vista que a análise e manifestação acerca dos documentos carreados ao processo pela Impetrante é fundamental para que as informações prestadas pelo Coator sejam precisas, cerceado está seu direito de ampla defesa, restando violado o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, requer, com base no artigo 267, I, do CPC, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

NO MÉRITO

Ad argumentantum, caso sejam superadas as preliminares arguidas, no mérito melhor sorte não tem a Impetrante, face a carência de fundamentos em sua pretensão, não existindo direito líquido e certo violado, como se passa a demonstrar.

1. DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DA SEGURANÇA

No entender de SÉRGIO FERRAZ², direito líquido e certo é uma especial *condição da ação* de segurança, posto que, para a sua concessão, imprescindível é a demonstração de sua liquidez e certeza.

CELSONO RIBEIRO BASTOS³, em análise mais acurada, afirma que, a despeito da existência fática da situação jurídica contra qual se insurge a Impetrante, a concessão da segurança subordina-se ao enquadramento dos fatos invocados à norma.

Com efeito, a pretensão aduzida ante esse r. Juízo não merece

²FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p.12

³BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 219

acolhida, vez que o procedimento fiscal adotado não se afasta da legislação aplicável. Despido de arbítrio ou abuso de poder, a cobrança do ICMS fundamentada na base de cálculo discriminada na PAUTA DE PREÇOS MÍNIMOS, suporte fático da segurança pleiteada, deu-se devido a determinações legais, como restará demonstrado.

Ressalte-se, ainda, que, no esclarecimento do Des. CARPENA AMORIM⁴ direito líquido e certo é **“direito manifesto cujo entendimento é evidente e exsurge da simples leitura da lei. Deve ser entendido como líquido o direito sobranceiro a qualquer dúvida razoável e maior do que qualquer controvérsia sensata, dispensando maior aprofundamento na sua avaliação”**. (MS 785/88, DOE-RJ, 7.12.89, parte III, p. 144).

Adotando essa mesma vertente, CARLOS MAXIMILIANO⁵ declara:

“Direito líquido é aquele contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis, e sim, meras e vagas alegações, cuja improcedência o magistrado logra reconhecer imediatamente sem necessidade de exame demorado, pesquisas difíceis”.

Destarte, infere-se que o direito invocado precisa ser evidente e incontroverso, uma vez que o Mandado de Segurança não comporta discussões em torno de questões que exijam análise profunda e dilações probatórias.

2.DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 150, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nos termos da postulação *sub exame*, defende a Impetrante que o procedimento do Gerente da Delegacia Regional II - Parintins esbarra na vedação legal de não poder ser fixada a base de cálculo do imposto por meio de pautas de valores mínimos, além de o tributo somente poder ser majorado por meio de lei, nos moldes inseridos nos artigos 97, II, § 2º do CTN e 150, I, da Carta Magna de 1988.

Resta cristalino que o Fisco Estadual não violou em momento algum o princípio constitucional de vedação ao tráfego de pessoas ou bens, por meio da tributação (artigo 150, V, da CF/88). O Estado do Amazonas, **A EXEMPLO DO QUE VIGORA NO PRÓPRIO ESTADO DO PARÁ**, no qual encontra-se sediada a Impetrante, apenas adotou o caráter de extrafiscalidade do imposto, quanto a sua finalidade, pretendendo, por este

⁴ Mencionado por SÉRGIO FERRAZ, Mandado de Segurança, op. cit.

⁵ Mencionado por SÉRGIO FERRAZ, Mandado de Segurança, op. cit.

mecanismo legal, desestimular a pura e simples aquisição de madeiras em tora, que somente serão beneficiadas em outros Estados, o que resulta na ausência de geração de empregos no Estado do Amazonas, notoriamente no interior do Estado, onde são adquiridas estas mercadorias, agravando-se imensamente a crise econômica e o carente quadro social nessas cidades.

Do exposto, não houve qualquer restrição a esse direito de livre tráfego, com a limitação da circulação de mercadorias, ou à prática de medidas que importassem na configuração de cobrança de ICMS de forma excessiva, como procurou demonstrar **EIDAI DO BRASIL MADEIRAS S.A.**, inclusive ao mencionar a Súmula 569 do STF, que sequer é aplicável ao caso em apreço, eis que a Impetrante, conforme dispõe o artigo 155, § 2º, VII, alínea "a", da Constituição Federal, está sujeita ao pagamento da alíquota interestadual, na qualidade de substituto tributário por diferimento.

A Súmula n.º 569 do STF, que dispõe ser "inconstitucional a discriminação de alíquotas do imposto de circulação de mercadorias nas operações interestaduais, em razão de o destinatário ser, ou não, contribuinte", deve ser considerada com cautela, tendo em vista o fato de ter sido editada em época anterior à EC n. 23/83 (Emenda Passos Porto), que fundamentou a redação contida na CF/88 e corrigiu a equivocada interpretação judicial.

Com efeito, RICARDO LOBO TORRES recorda que "o Pretório Excelso, apegando-se ao só critério geográfico na interpretação do princípio da uniformidade da tributação interestadual, entendeu, ao declarar a inconstitucionalidade de inúmeras resoluções do Senado Federal⁶ (Súmula 569, p. 344), que era proibido o discrimine entre contribuinte do ICM e não-contribuinte situados no Estado destinatário, com o que garantiu a igualdade naqueles casos mas instituiu a desigualdade econômica entre consumidores finais não-contribuintes do ICM domiciliados em Estados diferentes.

Agora com a redação do art. 155, §2º, VII, da CF 88, adotar-se-á, quanto às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, a alíquota interestadual quando o destinatário for contribuinte do ICMS.

Se o destinatário não for contribuinte do imposto, a alíquota será a interna, do que resultará a igualdade econômica entre consumidores finais não-contribuintes do ICMS, que pagarão sempre o mesmo tributo, calculado pela alíquota maior (= interna), independentemente da situação geográfica do seu domicílio. Em consequência da aplicação da alíquota interestadual ao consumidor final contribuinte do ICMS no Estado destinatário, o Fisco da localização do destinatário captará o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual (art. 155, §2º, VIII).

⁶ Resoluções 65/70, 129/79 e 7/80 do Senado Federal.

Em contrapartida, o Estado remetente apropriará o tributo correspondente às saídas para o consumidor final não-contribuinte localizado em outro Estado, desaparecendo o injustificável privilégio que em favor deste a jurisprudência do STF havia criado.”

Tal distinção havia sido julgada inconstitucional pelo STF. Para mantê-la foi promulgada a EC n.º 23/83, que foi incorporada ao texto da Carta de 1988.⁷

3. DA LEGALIDADE DA FIXAÇÃO DO VALOR DA OPERAÇÃO (BASE DE CÁLCULO) DO IMPOSTO POR MEIO DA EDIÇÃO DE PAUTA DE PREÇOS MÍNIMOS

A Impetrante em diversos trechos da petição inicial traça argumentos distorcidos de institutos jurídicos distintos, quais sejam, a base de cálculo e a alíquota, apesar de ser nítida a dissociação entre ambas.

Enquanto a base de cálculo constitui o elemento básico, a efetiva grandeza da materialidade tributária, a alíquota representa parte, quota ou fração desse determinado montante⁸.

A base de cálculo não vem determinada no plano normativo, havendo somente uma referência abstrata - o valor da operação, o valor venal do imóvel, etc. Somente com a norma individual do ato administrativo do lançamento é que o agente fazendário, aplicando a lei ao caso concreto, individualiza o valor.

Ora, este é o procedimento adotado pela Autoridade Coatora. Tanto que a Pauta de Valores foi editada nos exatos termos do disposto no artigo 16, § 1º a 3º da Lei nº 1.893, de 30 de dezembro de 1988.

Reza o artigo 16, §§ 1º a 3º:

“Artigo 16 - A base de cálculo nas operações que envolvam produtos primários e outros indicados no regulamento, não será inferior aos preços de mercado praticados no domicílio do contribuinte.

§ 1º - O preço de mercado será apurado pela Secretaria da Fazenda com base na média ponderada dos preços utilizados em transações comerciais efetivamente realizadas no mercado interno, coletados através de informações financeiras obtidas em órgãos oficiais, instituições financeiras e empresas que operam no respectivo setor.

⁷ Kiyoshi Harada, *Direito Financeiro e Tributário*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Atlas, 1996, p. 199.

⁸ MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS Teoria e Prática, Dialética*, 1ª ed., São Paulo, 1

§ 2º - O preço de mercado de que trata este artigo será publicado pela autoridade fiscal competente, através de auto (sic) normativo específico”.

Assim, à luz dos dispositivos retrotranscritos, percebe-se que não ocorreu a suposta ilegalidade apontada pela Impetrante.

Relativamente aos tipos de alíquota, o saudoso mestre GERALDO ATALIBA assim discorre:

“Evidentemente só tem cabimento a alíquota *ad valorem* quando a base imponible seja o valor da coisa posta como aspecto material da hipótese de incidência. Quer dizer, se a perspectiva dimensível do aspecto material da hipótese de incidência for um valor, expresso em dinheiro, então a alíquota poderá ser um percentual. Se, como é raro - a base imponible for outra (peso, volume, tamanho, capacidade, etc.) - já a alíquota deverá ser multiplicada pela base imponible. Assim, por exemplo, a lei tributária dirá: pague Cr\$ 1,00 “por quillo” ou “por metro””.

A Impetrante é contribuinte do ICMS na qualidade de substituto tributário por diferimento, nos termos do artigo 24, *caput*, § 1º, 3º e 5º da Lei Complementar nº 19, de 29.12.97 (Código Tributário Estadual).

O diferimento, assim, implica na postergação da exigência tributária para momento ulterior do ciclo mercantil.

4. DO CARÁTER EXTRAFISCAL DO ICMS

A finalidade da tributação no caso *sub judice* implica, além da obtenção de receitas públicas derivadas, na intervenção na ordem econômica e social. Neste diapasão, o ICMS persegue fins fiscais e extrafiscais.

O brilhante mestre BERNARDO RIBEIRO DE MORAES manifesta-se com precisão acerca do tema:

“Impostos extrafiscais, são, pois, impostos de ordenamento, buscando finalidade no âmbito da política econômica e social. Enquanto que os impostos fiscais se esgotam num campo relativamente estreito - obter receitas para o gasto público -, os impostos extrafiscais possuem outros fins, podendo abranger os de política econômica e social, ou de política administrativa, de

⁹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. Malheiros, 1993.

política demográfica, de política sanitária, de política cultural, etc. Esta evolução moderna das finanças de ordenamento data desde fins da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), tendo alcançado pleno êxito nos diversos campos, notadamente nos setores **econômicos** (efeitos sobre a economia nacional, enquanto favorece ou prejudica a sua produtividade; sobre a formação de preços; proteção de artigos nacionais, nos impostos sobre o comércio exterior; desencorajar a entrada no país de bens supérfluos; cultivar as terras, no imposto territorial; estimular setores da indústria, etc), **sociais** (restringir o uso do álcool, a compra de objetos de luxo, e a proliferação dos jogos de azar; desestimular o consumo supérfluo; favorecer a natalidade ou a expansão da família; edificar áreas de terrenos improdutivos, etc) e **políticos** (suprimir ou atenuar desigualdades sociais, promovendo uma distribuição equitativa das riquezas; compensar desigualdades individuais, etc)".

Mais adiante, assevera:

"Quem tem competência para decretar imposto, através de legislação específica, tem competência também para estimular ou combater atos e fatos ligados ao tributo. Uma política financeira jamais poderá ignorar os efeitos extrafiscais do imposto"¹⁰.

Além dos aspectos sociais e econômicos supracitados, outro aspecto merece destaque quanto ao caráter de extrafiscalidade do ICMS: a política ambiental estadual.

É sabido que dada a imensidão do território amazonense, o maior estado do Brasil, é expressiva a burla à legislação estadual de proteção ambiental, no que concerne a venda de madeira *in natura*, sem origem em área manejada, a compradores de outros estados, notoriamente do vizinho estado do Pará.

Esta irregularidade obsta o alcance dos objetivos de adequado controle de exploração florestal, colocando as empreendedoras locais em situação de desvantagem competitiva, eis que estas são obrigadas a arcar com os custos do manejo florestal, diferentemente dos concorrentes nos outros estados, que se abastecem de madeira oriunda do Amazonas, sem manejo, ainda que sejam de procedência legal.

Neste contexto, nada obsta sejam a alíquota e a base de cálculo diferentes para as operações internas e as interestaduais.

¹⁰ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, Primeiro Volume, p. 443/444).

5. DA INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

Dentre os princípios norteadores da Administração Pública, vislumbra-se o da legalidade, mediante o qual a conduta de seus agentes fica adstrita ao enunciado da lei, em sentido lato. O interesse coletivo prevalece sobre o particular, tornando os atos administrativos regrados, vinculados aos dispositivos legais.

Neste sentido, divergente não é a lição ministrada por HELY LOPES MEIRELLES, ao destacar o poder vinculado como instrumento de viabilização dos interesses sociais:

"O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de praticar com todas as minúcias especificadas em lei" (In Direito Administrativo Brasileiro, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 101).

Inobstante a vinculação existente para a prática de certos atos, a Administração dispõe ainda da discricionariedade, na qual permite-se, por gozar de faculdade, a liberdade de cometer determinado ato, segundo sua conveniência e oportunidade, como bem evidencia o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES:

"Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei" (op. cit., p. 103).

Com efeito, não se caracterizou, na exigência do recolhimento do ICMS com base de cálculo apontada na Pauta de Preços Mínimos de Produtos *In Natura* e ICMS Transporte nº 04/98 a 06/98 qualquer espécie de ilegalidade ou abuso, mas apenas o cumprimento de uma determinação textualmente prevista em lei, qual seja, a Lei nº 1.893/88. Assim, as pautas de valores editadas são legais e aptas a produzir seus efeitos jurídicos, eis que preenchidos todos os requisitos do ato administrativo.

Como se vê, Excelência, nas claras disposições legais mencionadas, não resta dúvida que a indigitada autoridade coatora, ao determinar o recolhimento do ICMS com a base cálculo discriminada na Pauta nº 04/98 a 06/98, exerceu seu mister em estrita observância à legislação.

DO PEDIDO

Ex positis, confia e requer o Impetrado, ante a translúcida juridicidade das razões fundamentadas nestas informações, a extinção do processo, sem julgamento do mérito, eis que configurada a inexistência de direito líquido e certo, bem como de qualquer ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder, esperando seja denegada a segurança, para a afirmação da mais ampla e lúdima

JUSTIÇA!

Parintins, 10 de agosto de 1998.

JOSÉ MARIA BELÉM DE SOUZA

Delegado da Delegacia Regional II - Parintins

AUTORIDADE COATORA

ANGELA BEATRIZ GONÇALVES FALCÃO DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESTADO DO
AMAZONAS.**

O **ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, representado por seus Procuradores *in fine* subscritos, na conformidade do art. 132 da Constituição da República e art. 12, inciso I, do CPC, vem à presença de Vossa Excelência, com supedâneo no art. 4º da Lei Federal n.º 8.437/92, formular pedido de **SUSPENSÃO DA MEDIDA LIMINAR** concedida pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito-Auxiliar do E. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO AMAZONAS, nos autos da **REPRESENTAÇÃO N. 38/98**- Classe VI, proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL**, através do Exmo. Sr. Dr. Procurador Regional Eleitoral no Estado do Amazonas, contra o Senhor **AMAZONINO ARMANDO MENDES**, Governador do Estado do Amazonas, sob os fundamentos adiante articulados e submetidos à sábia apreciação de V. Exa., no curso deste arrazoado.

**DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM
DO ESTADO DO AMAZONAS**

É imperioso destacar, desde logo, que o **ESTADO DO AMAZONAS**, enquanto pessoa jurídica de direito público responsável pela publicidade institucional injustamente impugnada pelo Representante, possui indiscutível interesse jurídico, moral e econômico na lide, razão pela qual se vê compelido a comparecer perante essa Douta Presidência para, no exercício legítimo de direito indisponível e intransferível, defender a publicidade, de caráter permanente, de seus atos, programas, serviços e campanhas, em face do quanto está autorizado pelo comando de eficácia plena contido no art. 37, §1º da Constituição da República.

Com efeito, sintetizados os fatos da Representação Ministerial, verifica-se que o cerne da controvérsia decorre da utilização do "A" estilizado, identidade visual do Estado do Amazonas, na publicidade institucional do Governo.

De fato, dos expressos termos da Representação Ministerial ensejadora da liminar atacada, extrai-se objetivamente tão só o seguinte:

a) *"Em cada obra e propaganda do Governo do Estado está inexoravelmente presente o símbolo do Governo Amazonino Mendes, uma letra "A" estilizada (...)"*

e,

b) "Nessa propaganda, 'estrelada' por conhecida atriz da Rede Globo, anuncia-se que o " AMES" foi criado pelo Governo do Estado e vem sendo desenvolvido pela SUSAM com apoio de Prefeituras do Interior, sendo que em um ano já foram realizadas 1.000 cirurgias médicas e 17.000 atendimentos odontológicos.

A propaganda é encerrada com a sugestiva frase 'O projeto AMES é a certeza de que o Amazonas tem um grande futuro pela frente', surgindo no vídeo, em seguida, o 'A' nas cores azul, amarelo e vermelho, marca registrada do Representado. Sugestiva por que vincula esse grande futuro ao atual governo, com a conseqüente necessidade de mantê-lo mediante a reeleição do Representado".

Registre-se, de logo, que a marca oficial do Governo do Estado foi regularmente instituída pelo Decreto n.º 16.673, de 28/09/95, o qual aprova a identidade visual do Governo do Estado do Amazonas e dá outras providências.

Trata-se, portanto, de ato administrativo formal do Governo do Estadual, legítimo e legal, derivado do poder-dever de prestar contas e informações de suas ações ao povo, razão pela qual se justifica o indisponível e intransferível interesse jurídico, moral e econômico do Estado do Amazonas nesta questão.

Por outro lado, comprovada a legalidade e a legitimidade da utilização do "A" estilizado na mencionada publicidade institucional, resulta evidente a circunstância de que a retirada da marca oficial do Governo do Estado e sua conseqüente proibição de veiculação em toda divulgação oficial em que esteja ela inserida produzirá enormes prejuízos ao Erário, haja vista os custos financeiros realizados para a implementação dessa indispensável providência governamental.

Assim, estando cabalmente demonstrado o interesse jurídico, moral e econômico do Estado do Amazonas na causa, impõe-se seja admitido ao contraditório, a fim de demonstrar, como demonstrada ficará, linhas abaixo, a inconsistência das questões levantadas pelo Representante, e a necessidade de se suspender a medida liminar deferida.

2 – DA COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL PARA SUSPENDER A EXECUÇÃO DA MEDIDA LIMINAR

A competência do Presidente desse E. Tribunal para sustar a execução da medida liminar deferida, com grave e irreparável lesão à economia e à saúde públicas, funda-se no art. 4º da Lei n.º 8.437, de 01/07/92, *verbis*:

"Art. 4º. Compete ao Presidente do Tribunal ao qual couber o

conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de Direito Público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” (Grifou-se)

Sendo incontestável a competência dessa Douta Presidência para suspender a r. decisão increpada, passa-se a expor os fundamentos de fato e de direito do presente pedido.

DOS FATOS DA REPRESENTAÇÃO E DA LIMINAR

O Representante alegou, em síntese, que a atual publicidade institucional do Governo do Estado do Amazonas viola os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa na exata medida em que nela se contém a letra “A” estilizada, sinal gráfico esse que, no seu entender, remete ou alude, de modo subliminar, à imagem do Governador do Estado, o Dr. Amazonino Armando Mendes.

O Representante, após afirmar que a mídia em geral vem divulgando propaganda eleitoral do Governador, em forma de propaganda institucional, arremata: ***“Em cada obra e propaganda do Governo do Estado está inexoravelmente presente o símbolo do Governo Amazonino Mendes, uma letra “A” estilizada...”***

Quanto à divulgação do Programa de Governo denominado “AMES – Ações Médicas Especiais de Saúde”, ratifica peremptoriamente o Representante que ***“foi criado pelo Governo do Estado e vem sendo desenvolvido pela SUSAM com apoio de Prefeituras do Interior, sendo que em um ano já foram realizadas 1.000 cirurgias médicas e 17.000 atendimentos odontológicos”***

A propósito, assevera o Representante: ***“A propaganda é encerrada com a sugestiva frase ‘O projeto AMES é a certeza de que o Amazonas tem um grande futuro pela frente’, surgindo no vídeo, em seguida, o ‘A’ nas cores azul, amarelo e vermelho, marca registrada do Representado. Sugestiva por que vincula esse grande futuro ao atual governo, com a conseqüente necessidade de mantê-lo mediante a reeleição do Representado”.***

Por último, requereu a suspensão imediata da propaganda impugnada, bem como aplicação, ao Representado, da multa prevista no §3º, do art. 36, da Lei n.º 9.504/97.

O eminente Juiz-Auxiliar Eleitoral, acolheu o pedido de liminar do Representante nos seguintes termos:

"Vislumbro, de pronto nos autos, a fumaça do bom direito, pois analisando o conteúdo da fita de vídeo, constatei existir na propaganda combatida, apresentada como institucional, muito mais que isso, pois na realidade, a mensagem trazida a público tem o caráter puramente eleitoral, e o seu objetivo final é vincular tais realizações à promoção pessoal do representado.

Tenho que, permitida a continuação da veiculação pública de tal propaganda, este fato poderá trazer maculas indeléveis ao processo eleitoral, prejudicando, ao final, todos aqueles que submetam o nome à escolha pública.

Assim, por entender presentes os pressupostos autorizativos, decreto a imediata suspensão da propaganda ora combatida e determino que se expeça sem mais tardança, ofícios à todas emissoras de rádio e televisão e também aos periódicos que circulem no Estado, dando conta desta decisão, para cumprimento."

Como se vê, a r. decisão proíbe, sem transigências, a divulgação da propaganda institucional do Programa "AMES – Ações Médicas Especiais de Saúde", onde se encontra inserido o "A" estilizado, identidade visual do Governo do Estado do Amazonas.

Mas, em assim o fazendo liminarmente, ao acolher o pedido, a decisão ora atacada incorreu em lamentável equívoco, não apenas por não conter fundamentação – no que contraria o art. 93, IX, da Constituição da República, acarretando a sua nulidade – mas por acolher pedido que causa grave lesão à ordem pública e, por via de efeito, ao interesse coletivo primário, traduzido particularmente pelo cerceamento do direito de o povo receber do Poder Público necessárias informações a respeito das ações empreendidas na área de saúde.

Inafastável pois é a conclusão de que a medida liminar guerreada afetou manifesto interesse público, uma vez que, como resultou consagrado da jurisprudência pátria, no conceito de ordem pública se compreende a ordem administrativa em geral, ou como pacificou o então Presidente do TFR e Ministro do STF, JOSÉ NERY DA SILVEIRA, *"a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras, o devido exercício das funções da Administração, pelas autoridades constituídas"* (TFR, Suspensão de Segurança n.114-SP, RTJ 92/939; STF, Suspensão de Segurança n.4.405-SP, DJU de 7.12.1979, p.9.221).

Dal a oportuna construção doutrinária do saudoso Hely Lopes Meirelles, prestigiada pelos pensadores de boa procedência e reconhecimento geral:

"Realmente, assim há que ser entendido o conceito de ordem

pública para que o Presidente do Tribunal competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos de sentença concessiva de segurança, quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna" (in Mandado de Segurança e Ação popular, 10ª edição Ampliada, p.55).

**DA INEXISTÊNCIA DE PROMOÇÃO PESSOAL.
DA ORIGEM, DA DATA DE INSTITUIÇÃO E DA NATUREZA
DO "A" ESTILIZADO. COISA JULGADA.**

O ESTADO DO AMAZONAS sustenta que a pretensão deduzida pelo Ministério Público Eleitoral – acolhida pela liminar ora increpada – de ver retirada a letra "A" estilizada da publicidade institucional do Governo do Estado do Amazonas, é impertinente porque investe contra matéria protegida pelos efeitos da *res judicata*.

De fato. O mérito da questão já foi apreciado e decidido por esse E. Tribunal Regional Eleitoral, à unanimidade de seus ilustres membros, consoante faz certo a conclusão do Acórdão publicado no D.O.E. de 18.12.96, que circulou no dia 27.12.96, de cujo voto condutor é oportuno relembrar esses excertos:

"Do exame minucioso a que se procedeu nos logotipos exibidos nos referidos painéis não se pode afirmar convictamente que a ostensiva letra "A" represente verdadeiramente a primeira letra de AMAZONINO. Ressalte-se que não resta demonstrado nos autos, efetivamente, que o ícone ou letra "A", colocado em painéis nas áreas de estacionamento e do Estádio suprarreferido possa ser considerado uma promoção pessoal do Representado, mas tão-somente um símbolo representativo da identidade visual do Governo do Estado.

O que, positivamente, demonstrado está nos autos e devidamente esclarecido na própria defesa do Representado, é que o "A", a que se refere o Representante, e, como peremptoriamente, afirma o Defendente, é a marca oficial do Governo do Estado do Amazonas regularmente instituída pelo Decreto nº 16.673, de 28/09/95, que aprova a identidade visual do Governo do Estado do Amazonas e dá outras providências."

Os artigos, constantes do referido diploma legal, estão assim redigidos:

"Art. 1º - Fica aprovada a marca oficial do Governo do Estado

do Amazonas, na forma do modelo anexo, vencedor do concurso público realizado pela Secretaria de Estado de Comunicação Social - SECOM

Art. 2º - É vedada aos órgãos da Administração Direta ou Indireta das sociedades sob o controle do Estado a utilização de outra identidade visual por qualquer meio e forma de comunicação publicitária.

Parágrafo único - Excetuam-se da obrigatoriedade do "caput" deste artigo o Banco do Estado do Amazonas e a Empresa Amazonense de Turismo."

À evidência do que, mais adiante, sentenciou S. Exa. o Juiz relator, com o aval indiscrepante dos seus eminentes Pares, inclusive do voto-vista de S. Exa. o Dr. Juiz Federal, com assento no TRE-AM:

"Disso se conclui que a marca "A" não representa, como promoção pessoal, a primeira letra do Governador do Estado AMAZONINO MENDES" (Docs. 1, 2 e 3 – acórdão, publicação e voto-vista).

Ora, se decidido foi, como foi o mérito de pedido idêntico ao do que ora se trata (Processo 017/96 - Classe VIII - TRE-AM), a outra conclusão lógico-jurídica não se pode chegar senão a de que a própria Representação motivadora da liminar combatida está morta e sepultada pelo instituto processual da coisa julgada, em sentido formal e material, a qual só poderia ser desconstituída, em tese, por via da ação rescisória.

De feito, sendo o mesmo o interesse do Governo do Estado do Amazonas; sendo o mesmo o fundamento de pedir, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade da utilização da letra "A" estilizada na propaganda institucional do Governo (§1º do art.37 da CR); e mesmo o objeto, e não apenas assemelhado, ou seja, a exclusão do "A" estilizado da publicidade institucional do Governo, incontestável é a conclusão de que a Representação, e por via de consequência a liminar dela decorrente, estão inibidas de produzir efeitos jurídicos em face da *res judicata*.

Por isso que, formada como resultou regularmente a coisa julgada, tem ela "força de lei nos limites da lide e das questões decididas" (CPC, art. 468), de resto a não se permitir a sua desconstituição por via da Representação eleitoral, muito menos em sede liminar de natureza satisfativa, quando é certo que unicamente a rescisória, em tese, poderia fazê-lo (CPC, art.485).

A eficácia da coisa julgada oponível *erga omnes*, como é sabido, não admite a renovação de ação com o mesmo fundamento e objeto, ainda que proposta por outra parte.

É a preservação do princípio da segurança das relações jurídicas.

É direito fundamental, garantido por cláusula pétrea, protegido pelo predicamento constitucional de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF, Art. 5º, XXXVI).

Isto posto, no particular da apreciação da retirada da letra "A" estilizada da propaganda institucional do Governo do Estado do Amazonas, a matéria há de ser considerada prejudicada, posto que a Representação, ainda que admitido o imediato contraditório, não é o meio técnico-processual adequado para desconstituir decisão de mérito prolatada nos autos da Representação n. 17/96, também aforada contra o interesse do Estado do Amazonas.

Por isso que, com maior razão deve ser suspensa a liminar concedida pelo Juízo monocrático que, por via oblíqua, acaba por desconstituir, pelo menos temporariamente, os efeitos da coisa julgada, formal e material (doc. 01).

DA INEXISTÊNCIA DO ELEMENTO INTENCIONAL DE PROMOÇÃO PESSOAL NA DIVULGAÇÃO DO PROGRAMA "AMES"

Assim como o "A" estilizado é legal, por ser a identidade visual do governo, a divulgação institucional do Programa "AMES" decorre do disposto no art. 37, §1º da CR, não traduzindo intenção subliminar de promoção pessoal do Governador do Estado.

Sabido que o Direito é construído com palavras e conceitos, inevitável é a clássica constatação de que a lei não contém palavras supérfluas ou inúteis.

Por isso que ao intérprete lhe é necessariamente reservado o dever de - mediante visão sistêmica e apurada técnica de interpretação - procurar entender o conteúdo, o sentido e o alcance da norma.

Ora, para se concluir se a conduta do agente político está contaminada da intenção subliminar de promover sua imagem pessoal, através de propagandas institucionais, há de se apartar a publicidade institucional da publicidade pessoal.

Averba o § 1º do art. 37 da Suprema Lei:

"A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos." (destacou-se)

Recordando o axioma segundo o qual a lei não contém palavras inúteis, supérfluas, somado à circunstância de o Texto constitucional falar

em “nomes, símbolos e imagens que caracterizem promoção pessoal”, extrai-se de logo que na descrição concreta da conduta vedada no §1º do art. 37 da CR deverá estar pressuposto um elemento subjetivo que oriente o ato volitivo do agente político, é dizer, há de se verificar se na publicidade está embutida a intenção subliminar da promoção pessoal.

Ao Juiz, pois, no exame das circunstâncias que exteriorizam o fato cabe, com isenção, verificar se existiu ou não a multicitada promoção pessoal, a qual, no presente caso inexistiu, literal e radicalmente, não só porque assim já pacificou o TRE-AM, senão ainda pelas razões sucintamente a seguir postas.

Com vistas a eleger um símbolo para o Governo do Amazonas, um ícone representativo da identidade visual do Governo do Estado, mediante concurso devidamente autorizado pelo § 4º do art. 22 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi eleita a marca oficial do Governo do Estado, ou seja, o “A” estilizado, primeira letra do alfabeto pátrio, a qual corresponde à primeira letra do nome do Estado do Amazonas, conforme estabelecido no art. 1º do Decreto n.º 16.673, de 28/09/95, *verbis*:

“Art. 1º - Fica aprovada a marca oficial do Governo do Estado do Amazonas, na forma do modelo anexo, vencedor de concurso público realizado pela Secretaria de Estado de Comunicação Social – SECOM”.

Ora, a escolha via **concurso público** da marca oficial do Governo do Amazonas, o “A” estilizado – **hostilizado** pelo Representante –, não só lhe confere uma identidade visual, como é legal e de natureza institucional, além de constitucional, pois guarda correspondência com o princípio da liberdade de manifestação do pensamento, da comunicação e da livre expressão da atividade intelectual e artística.

Por isso que, no mínimo, soaria passional a pretensão de se transformar em promoção pessoal do atual Governador a publicidade institucional do Programa “AMES”, por conter o símbolo representativo da identidade visual do Governo do Estado do Amazonas, no caso, o questionado “A” estilizado, pelo simples fato de coincidir com a primeira letra do nome Senhor Amazonino Armando Mendes.

A prevalecer o raciocínio do ilustre Agente Ministerial, em sede preliminar acolhido pelo MM. Juiz monocrático, o que não se poderia dizer, então, se escolhida fosse a sigla “AM”, que representa oficialmente a Unidade da Federação (Amazonas) como símbolo ou marca visual do Governo estadual? Seria possível impedir que o Estado do Amazonas, enquanto Unidade Federada, utilizasse a sigla “AM”, pelo mesmo fato de coincidir ela não com uma, mas com as duas primeiras letras do nome do Governador Amazonino Mendes? Ou com as primeiras letras do seu nome e sobrenome?

O símbolo, o Ícone, a marca que leva à imagem subliminar de **AMAZONINO MENDES**, todos os amazonenses sabem, é a **abelhinha**, de cuja identidade política de caráter pessoal se reservará o seu partido de usá-la oportunamente, a quando da campanha eleitoral, na forma, nos termos e nos limites da lei.

É clara a distinção entre o que seja a propaganda ilícita, pessoal de agente político ou administrativo e a propaganda institucional.

Ao dissertar sobre o tema anota o proclamado administrativista **ADILSON ABREU DALLARI**, *apud* "Divulgação das atividades da Administração Pública", RDP nº98, pp.245/247:

"Impõe-se considerar que os princípios fundamentais da Constituição da República Democrática e Federativa do Brasil indicam claramente que a Administração Pública não pode ser secreta, reservada, acessível apenas aos detentores do Poder. É certo que para poder participar realmente dos atos de governo, o cidadão precisa ficar sabendo o que o governo está fazendo ou pretendendo fazer. Sem publicidade fica seriamente prejudicado o exercício da democracia participativa.

Também não é razoável que os assuntos administrativos cheguem ou não cheguem ao conhecimento do povo na dependência do interesse ou da boa vontade da imprensa.

A prática tem demonstrado que, na quase totalidade dos casos, a Administração Pública só é notícia em seus aspectos patológicos ou quando não funciona.

Como consequência perversa tem-se que cidadão comum recebe apenas notícias negativas a respeito das instituições públicas, e acaba tendendo a descrer de todo e qualquer governante, de seus representantes eleitos, da administração pública em geral, dos poderes constituídos e, por último, das instituições democráticas.

Portanto, a pluralidade de fontes de informação sobre a atuação pública é fundamental, para que possa haver críticas, possibilidade de defesa e, também, oportunidade de evidenciar os êxitos e as conquistas da sociedade e dos governos democráticos. Não desnatura seu caráter informativo o fato de destacar atuações positivas"

Na mesma linha de princípio discorre o eminente e atual Procurador-Geral da República, **Dr. GERALDO BRINDEIRO**, ao palestrar sobre "A Liberdade de Expressão e a Propaganda Eleitoral Ilícita", In "Revista de Informação Legislativa", Brasília, a. 28, n. 110, abr/jun. 1991, p. 179/180:

"... o simples fato de realizar a propaganda institucional do Governo não constitui *de per se* violação da legislação eleitoral (res. TSE nº16.402/90, art.30, Código Eleitoral, art.251). É óbvio que todo Governo – Federal, Estadual ou Municipal – tem vinculações com Partidos políticos. Mas é até salutar para a democracia, a nosso ver, a divulgação das obras e realizações da Administração Pública tanto quanto o é a crítica política a candidatos, perfeitamente legal na propaganda eleitoral gratuita. Seria um exagero sem precedentes pretender impedir *a priori* a propaganda institucional em todo o país. Proibir o cumprimento dos contratos pelas empresas jornalísticas e de radiodifusão. Seria, a nosso ver, realizar censura prévia, vedada pela Constituição (CF, arts. 5º, IX, e 220, § 2º). A atuação da Justiça Eleitoral deve limitar-se a examinar caso a caso e, no exercício regular do poder de polícia, coibir as ilegalidades cometidas".

Para lembrar que não se pode confundir publicidade institucional com propaganda ilícita, muito menos com propaganda eleitoral inidônea, traz-se à liça, no particular, o autorizado escólio do então Procurador-Geral da República e Eleitoral, **Dr. ARISTIDES JUNQUEIRA**:

"Com a vênia devida, é perfeitamente possível veicular publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, que deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social (art. 37, §1º, da Constituição Federal), sem que tal publicidade contenha qualquer cunho de propaganda política vedada. Ou, para usar expressões do próprio Partido, autor da representação, é possível distinguir o que é regular divulgação de atos governamentais, do que é publicidade política, com fins eleitorais." (in Parecer no Mandado de Segurança n. 1362-TSE, Classe 2ª - São Paulo).

A propósito, Sua Excelência o Senhor Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE**, quando no exercício do cargo de Procurador-Geral Eleitoral, no exame de questão análoga, anotou:

"Trata-se, substancialmente, de programas em que o Governador e o Vice-Governador do Estado, além do Prefeito da Capital, expõem planos e realizações administrativas.

A única alusão à campanha eleitoral em curso cifra-se na justificação do direito e do dever de os governantes defenderem-se de críticas improcedentes, partidas de candidatos não identificados.

Claro, não há negar, a divulgação favorável de obras do Governador pode beneficiar as perspectivas eleitorais dos candidatos de seu partido.

Desde, porém, que, ao veiculá-la, não haja desbordamentos para a propaganda eleitoral direta, não vemos como encontrar fundamento jurídico para coibir a comunicação social do Governo." (in Parecer n. 4.249/JPSP, Recurso n. 6.200-TSE. Classe 4ª, Rio de Janeiro).

No exame do processo n.º 001.576.91.7, em que foi parte o ex-governador de Roraima, cuja foto figurava na contracapa de cadernos escolares, o então Procurador-Geral do TCU que atuou naquele processo, Dr. **JATIR BATISTA DA GUNHA**, posicionando-se quanto à caracterização da chamada promoção pessoal, com extremada cautela e lucidez ponderou:

*"Devo me limitar ao que foi exarado nos autos, mas, por dever de ofício, de vez que o Ministério Público é defensor da lei e do erário, então manda a minha convicção dizer **QUE O CONTEÚDO DO QUE ESTÁ NOS CADERNOS REALMENTE É OBJETIVO. NÃO HÁ NENHUMA LIGAÇÃO COM A PARTE SUBJETIVA DO EX-GOVERNADOR**. Ali há conclamação ao trabalho, ao estudo. **NAS PALAVRAS NÃO SE VÊ NADA QUE LEVE A UM PERSONALISMO, A UM SUBJETIVISMO (...)** pelo que se contém do §1º do art. 37 da C.F., a proibição é a de que não pode constar nome, símbolo e imagem que caracterize publicidade pessoal. **A LEI NÃO FICA SÓ NO NOME, NO SÍMBOLO, NA IMAGEM; QUER A CARACTERIZAÇÃO DE PROMOÇÃO PESSOAL. NÃO TEM SENTIDO ELEITOREIRO; ALI NÃO SE ESTÁ PEDINDO VOTO, NÃO SE ESTÁ RECOMENDANDO NOME DE GOVERNADOR A UMA ELEIÇÃO. A MINHA CONVICÇÃO É DE QUE A INSERÇÃO FOI OBJETIVA.**" (destacou-se).*

À evidência que a vontade de promoção pessoal é um componente subjetivo pressuposto no art. 37, §1º da CR/88. Dal que o simples fato de constar o nome da autoridade não é bastante em si para preencher o tipo descrito na norma constitucional. É imprescindível que se analise o conteúdo da publicidade, do programa etc., para que se conclua, em cada caso concreto, se há consignado naquela mensagem a manifesta intenção, a irretorquível vontade da promoção pessoal.

A jurisprudência dos nossos Tribunais já pacificou o entendimento segundo o qual:

**"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL.
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LIMITES DA PUBLICIDADE DOS
ATOS, PROGRAMAS, OBRAS E SERVIÇOS. (STJ)**

Se na avaliação do conteúdo da matéria publicitária, quando deve-se verificar se a ênfase está posta na obra ou serviço, ou na pessoa que os realizou, e não se vislumbra a existência de informes publicitários que extrapolem os limites permitidos pela Constituição, o inquérito deve ser arquivado." (inquérito n. 085/93, Rel. Min. José de Jesus Filho, Decisão n. 12.08. 1993, DJ 30.08.93, p. 17255).

O TRE do Estado do Ceará, de maneira incisiva e pedagógica, decidiu:

*"A publicidade institucional, em que o governo presta contas de seus atos administrativos, é um dever constitucional. Decorrendo ela de um princípio permanente, não pode ser suspensão no período eleitoral. Somente aos bons governantes pode aproveitar em tese a publicidade institucional durante a campanha política. Para os maus governantes, ela é inócua. Somente aos bons governantes é que se pretende negar o direito de veiculá-la. Injustiça da situação. Propaganda política subliminar não existe em termos técnicos. **Trata-se de uma criação fantasiosa de intelectuais a serviço de governos totalitários para aplicar a censura e perseguir adversários**." (grifou-se).*

Não extrapola os limites da mensagem institucional a publicidade ora veiculada pela Prefeitura de Fortaleza, que não divulga a sigla partidária, nem a imagem de candidatos, nem contém apelo eleitoral. Não cabe à Justiça Eleitoral proibi-la. Recurso improvido." (Acórdão 24.906-CE, Processo n. 92.008.590 - Classe IV, Relator Juiz PÁDUA LOPES, in "Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral" Imprensa Oficial do Estado AS - IMESP, nº21, 1993, p.283).

Por isso que o Governo do Estado do Amazonas não pode ser impedido de proporcionar aos administrados o conhecimento das obras, dos serviços, dos programas e das campanhas informativas e educativas. O Povo, fonte originária do Poder, tem que estar seguramente informado, de modo a bem avaliar as ações dos gestores da coisa pública.

Nessa direção vale a transcrição de elucidativos trechos extraídos do prefalado Acórdão do TRE/CE:

"4. Infere-se que a publicidade da ação administrativa só ajuda os governos bons. Para os que não são tidos como bons, ela é inócua. "A propaganda pode retardar ou acelerar uma inclinação da opinião pública, mas não pode invertê-la", constata com propriedade **James C. Brown** (ob.cit. pág.76).

25. Ora, quando a publicidade é inócua, porque o governo é mau, ela tem sido permitida sem limites. Nunca, nem adversários políticos nem fiscais da lei, se opuseram à veiculação dessa publicidade inócua. Todavia, quando a publicidade tem condições de se tornar eficaz, porque o governo é bom, então, brota o inconformismo. Alega-se que ela é perniciosa e desequilibra a disputa eleitoral. Protesta-se pela sua retirada do ar.

26. Essa postulação parece-me profundamente injusta. Os governos maus podem divulgar suas obras durante a campanha eleitoral; os governos bons, não. Que equidade é essa? Então, já chegamos ao tempo além da racionalidade em que os governos bons são punidos pela censura e silêncio dos seus atos?

27. Não aceitei e não aceito essa colocação obtusa. Os governos bons têm o mesmo direito dos governos maus de divulgar seus atos em qualquer tempo. Direitos só não; eles têm o dever constitucional de prestar contas de suas ações à sociedade. Repilo frontalmente a postura mesquinha de que a divulgação da publicidade institucional de governo, na campanha eleitoral, seja um "prêmio" aos maus administradores públicos.

(...)

32. Mostrar à sociedade a aplicação dos recursos públicos e prestar contas da administração é um dever imposto expressamente pela Constituição a todos quantos ocupam cargos de governo. Trata-se de uma obrigação estabelecida em caráter permanente e não, de transitoriedade ou eventualidade, constituindo um princípio constitucional."

E arremata, agora em tom profilático, o aresto cearense:

"37. Ao lado de ser um direito do cidadão conhecer os atos do seu governante sabe-se que, quando as pessoas não recebem informações, são levadas a aceitar como verdade as conversas mais incríveis e fantasiosas transmitidas como boatos e mexericos. Ou seja, o cidadão desinformado dos atos do governo vira presa fácil dos mistificadores, dos extremistas, que espalham a mentira e o medo, criando - esse, sim - artificialmente na opinião pública estados mentais, emocionais e passionais, capazes de gerar revoltas, distúrbios, massacres e subversão da ordem.

38. *Opostamente ao que defende a representação, a regra do §1º, art.37, da Constituição, é válida todo tempo e o interesse público pela publicidade institucional aumenta no período eleitoral. O vácuo de informações de fonte oficial justamente no período eleitoral teria efeitos catastróficos. Por mais fraco que seja, o governo sempre terá comunicações básicas e de utilidade pública a transmitir, para não deixar o cidadão desnorteado pelo isolamento, apreensivo pela falta de conhecimento dos fatos que se passam em seu redor. Com isso, será evitada a ação de elementos inescrupulosos que, para tomar o poder, ousam expedientes imorais e anti-éticos na campanha.*

(...)

40. *Dessa maneira, não é a publicidade oficial, veiculada com o patrocínio e responsabilidade do governo, abordando temas institucionais, que cria artificialmente estados mentais, emocionais e passionais; ela os previne. Em outras palavras, a publicidade oficial não é a causa e sim, defesa e profilaxia constitucional contra a criação de estados de excitação psicológica artificiais. Daí haver o constituinte, acertadamente, exigido a publicidade oficial como dever do governante."*

Registre-se, a bem da verdade, que além de o Governador do Estado não estar fazendo campanha ou promovendo propaganda eleitoral, permitida só após o dia 5 de julho do fluente ano (art. 36 da Lei 9.504/97), a marca ou o símbolo "A" estilizado, representativo da identidade visual do Governo do Estado, data do exato dia 28/09/95, instituído que foi pelo Decreto n.º 16.673 daquele ano.

Ora, estando o "A" estilizado como símbolo visual do Governo do Amazonas no seu terceiro ano de vida, o ataque que agora sofre, às vésperas de uma eleição, não estivesse sendo desferido pelo Ministério Público Eleitoral, poder-se-ia perfeitamente dizer tratar-se de uma tentativa de artificializar "um fato político" para perseguir equivocado resultado "eleitoreiro", com nítida pretensão de fazer propaganda eleitoral às avessas.

Se assim fora, caberia repetir este excerto do escoreito acórdão do Ceará:

"Todavia, quando a publicidade tem condições de se tornar eficaz, porque o governo é bom, então, brota o inconformismo. Alega-se que ela é perniciososa e desequilibra a disputa eleitoral (...). Dessa maneira, não é a publicidade oficial, veiculada com o patrocínio e responsabilidade do governo, abordando temas institucionais, que cria artificialmente estados mentais, emocionais e passionais; ela os previne. Em outras palavras, a publicidade

oficial não é a causa e sim, defesa e profilaxia constitucional contra a criação de estados de excitação psicológica artificiais (...)."

Para fins de argumentação, ainda que se admitisse, que a divulgação do Programa "AMES" contivesse algo que revelasse a intenção subliminar de promoção pessoal, mesmo assim apartada deveria ser a chamada propaganda pessoal da divulgação institucional, consoante orientação jurisprudencial do TSE, no julgamento da Suspensão de Segurança n.º 16, em razão da qual o Ministro Presidente Ilmar Galvão cassou parcialmente a liminar para manter a divulgação institucional do Governo do PT do Distrito Federal, dela retirando tão somente a expressão "Governo Democrático e Popular", por entender promoção pessoal daquele Governo, mas mantendo a expressão "Brasília Legal" (Doc.03).

Mas, nas hipóteses em que não há propaganda de cunho pessoal, tal como ocorrido na divulgação do Programa "AMES", de natureza estritamente informativa, de interesse geral dos destinatários da prestação dos serviços essenciais de saúde pública, a divulgação institucional há de ser mantida na íntegra, como entendeu o Procurador-Geral da República, GERALDO BRINDEIRO, no exame da representação do Partido dos Trabalhadores – PT contra o Senhor Presidente da República em face de a publicidade institucional do Governo Federal conter a expressão "Brasil em Ação".

"Não tem razão, a meu ver, o Partido Político requerente. A Lei nº9.054/97 (Lei das Eleições) veda a "publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas" dos Governo Federal, Estadual ou Municipal; "nos três meses que antecedem o pleito" e não antes (art. 73, inciso VI, alínea "b"). A publicidade institucional do Governo Federal, pois, é permitida pela lei até o dia 03 de julho (Resolução TSE 20.000, de 21/10/97, Calendário Eleitoral, Rel. o Eminentíssimo Ministro Eduardo Alkmin).

A questão, na verdade, se limita a saber se a frase "Brasil em Ação", constante da propaganda institucional do Governo Federal, constitui "promoção pessoal" do Presidente da República, proibida pelo art.37, § 1º, da Constituição Federal. Não creio que assim se possa entender, tal como, aliás, manifestou-se o Ministério Público Eleitoral em caso análogo, na Suspensão de Liminar n.º 16, Classe 31, do Distrito Federal – Brasília, em que não se considerou a expressão "Brasília Legal" como caracterizadora de promoção pessoal do Governador do Distrito Federal, filiado ao Partido dos Trabalhadores – PT, ora requerente. E o Eminentíssimo Ministro ILMAR GALVÃO, Presidente do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, manteve a publicidade institucional do Governo do Distrito Federal

com o referido "slogan", suspendendo a liminar deferida pelo Tribunal Regional Eleitoral. Nada há de pessoal, seja relativamente ao Presidente ou ao Governador nas citadas expressões. A publicidade institucional do Governo Federal apenas menciona o nome do Governo Federal e do respectivo Ministério a que se referem os atos, programas, obras, serviços ou campanhas. No citado caso do DF, manteve-se a publicidade institucional, retirando-se apenas a expressão "Governo Democrático e Popular" para determinar o uso do nome oficial do Governo do Distrito Federal e da respectiva Secretaria ou órgão a que se referia a publicidade institucional.

Parece-me, assim, óbvio que nenhuma das duas expressões configura promoção pessoal, seja do Governador do Distrito Federal, seja do Presidente da República, ao se referir a Brasília Legal e a Brasil em Ação, sendo frases ou "slogans" semelhantes a logotipos ou marcas de Governo, que não podem ser usados na propaganda eleitoral quando esta se iniciar. Este é o sentido correto da norma constante do art. 40, da Lei n.º 9.504/97, que inova em relação à legislação anterior em consonância com a jurisprudência do TSE, para vedar na propaganda eleitoral que se inicia a partir de 6 de julho – e no rádio e na televisão a partir de 18 de agosto – o uso "de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo". Em síntese, nos três meses que antecedem o pleito veda-se não apenas a publicidade institucional mas também o uso de "slogans, logotipos ou marcas de governo na propaganda eleitoral, tal como já preconizava a jurisprudência do TSE mesmo antes da lei."

O Culto Procurador assevera, em conclusão:

"A hipótese, pois, é singela e não comporta dilação probatória, sendo claro que, nos termos da lei, trata-se de publicidade institucional permitida, não se podendo cogitar da aplicabilidade de multa ou propaganda eleitoral extemporânea e muito menos na abertura de investigação judicial para apurar suposto uso indevido, desvio ou abuso de poder de autoridade, ou utilização indevida de meios de comunicação social para fins de declaração de inelegibilidade.

Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, opina o Ministério Público Eleitoral, preliminarmente, nos termos do art. 22, inciso I, alínea "a", pelo indeferimento da petição inicial, mas, se deferida, pela denegação da medida liminar". (doc.04)

O caso em debate guarda idêntica conformidade com o que tratou o Eminentíssimo Procurador Geral da República, Doutor GERALDO BRINDEIRO.

Com efeito, consoante se vê da peça de vídeo que integra os autos da Representação, a divulgação do programa denominado "AMES", sobre ser de natureza institucional - portanto constitucional -, é esclarecedor, e de orientação geral, não revelando imagens ou símbolos que possam, sequer mediante exercício de adulteração mental, caracterizar promoção pessoal do Governador do Estado.

De fato, de maneira didática, a publicidade em debate consiste tão-somente em explicar e divulgar o sentido, o conteúdo e o alcance social das Ações Médicas Especiais de Saúde, de que se ocupa o programa institucional AMES, criado pelo Governo do Estado e desenvolvido pela SUSAM com apoio das Prefeituras do interior, como bem reconhece o próprio Órgão do *Parquet* em sua peça de Representação: ***"sendo que em um ano já foram realizados 1.000 cirurgias médicas e 17.000 atendimentos odontológicos."***

Como se vê, trata-se de programa de governo divulgado com caráter informativo e de interesse geral, nele não se contendo - é forçoso repetir - imagens ou símbolos de natureza pessoal.

De feito, as imagens contidas no programa são, de um lado, uma homenagem à cultura artística brasileira, expressada pela figura singular da atriz Regina Duarte, e, de outro, cenário revelador das longínquas distâncias e difíceis meios de acesso que deverão ser transpostos para interiorizar as ações governamentais.

A fita de vídeo anexada aos autos é prova bastante em si, pelas palavras e imagens que nela se contém, de que a publicidade impugnada é de cunho exclusivamente institucional, e de que não há fundamento à manutenção da medida liminar deferida.

DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA LIMINAR INCREPADA

Primu ictu oculi, percebe-se a nulidade da medida liminar atacada, na medida em que não apresenta a indispensável fundamentação.

Na decisão objeto do presente pedido de suspensão, o MM. Juiz assim se manifestou:

"Vislumbro, de pronto nos autos, a fumaça do bom direito, pois analisando o conteúdo da fita de vídeo, constatei existir na propaganda combatida, apresentada como institucional, muito mais que isso, pois na realidade, a mensagem trazida a público tem o caráter puramente eleitoral, e o seu objetivo final é vincular tais realizações à promoção pessoal do representado."

Tenho que, permitida a continuação da veiculação pública de

tal propaganda, este fato poderá trazer maculas indelévels ao processo eleitoral, prejudicando, ao final, todos aqueles que submetam o nome à escolha pública.

Assim, por entender presentes os pressupostos autorizativos, decreto a imediata suspensão da propaganda ora combatida e determino que se expeça sem mais tardança, ofícios à todas emissoras de rádio e televisão e também aos periódicos que circulem no Estado, dando conta desta decisão, para cumprimento."

Como se percebe, a decisão sob reproche não está fundamentada, violando o art. 93, IX da CF, assim como não foi indicada a relevância do fundamento apresentado nem se afirmou que da manutenção do ato impugnado pudesse resultar a ineficiência da medida pleiteada na Representação ajuizada pelo *Parquet Eleitoral*.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AGRAG-177283-DE (acórdão publicado no DJ de 03.05.96, pág. 13913), de que foi relator o MM. Min. Carlos Velloso, já decidiu que:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. CF., art. 93, IX.

I. A ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal não a ofensa indireta, reflexa.

II. Decisão fundamentada: o que a Constituição exige, no Inciso IX do art. 93, e que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento. A Constituição não exige que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada.

III. R.E. inadmitido. Agravo não provido" (RTJ 73/200). (Grifou-se)

No caso *sub analis*, o eminente Juiz Eleitoral concedeu a medida liminar proibindo a divulgação das mensagens institucionais relativas ao Programa "AMES", atingindo os interesses do Estado do Amazonas sem, contudo, permitir sejam conhecidas as razões do seu convencimento.

Com o devido respeito, há de ser reconhecida a nulidade da decisão ora recorrida, como já decidido também pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão assim ementado:

"PENAL. PROCESSO PENAL "HABEAS CORPUS". JUSTIÇA MILITAR. CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. RECURSO DO

MINISTÉRIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: INOCORRÊNCIA. DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA. C.F., art. 93, IX.

I. Não constitui ofensa ao princípio do contraditório a não abertura de vista aos pacientes para contra-razoar recurso do Ministério Público, uma vez que não caracterizado prejuízo para a defesa.

II. A Constituição exige que o juiz ou o tribunal fundamente as suas decisões, dando as razões do seu convencimento (CF. art. 93, IX).

III. H. C. deferido para anular o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais no Recurso Inominado n.º 07, para que outro seja proferido, com obediência ao disposto no art. 93, IX, da Constituição" (HC-73719-MG-Rel. Min. Carlos Velloso, in DJ 23.08.96, pág. 29307). (Grifou-se)

Acerca da necessidade de se fundamentar as decisões concessivas de liminares, calha o seguinte entendimento:

"Calamandrei destaca justamente que uma das funções da motivação é a de 'poner a las partes en condición de verificarse en el razonamiento que há conducido al juez a decidir en determinado sentido pueden descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivos a los diversos medios de impugnación'".

(In Processo y democracia, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 117, apud Linares no Processo Civil, Betina Rizzato Lara, 2.ª Ed., Editora RT, pg. 37)

Importante é ressaltar que o MM. Juiz, na medida liminar prolatada, em momento algum se reportou a qualquer dispositivo legal que possa sustentar a sua decisão. Não demonstrou, igualmente, as razões de seu convencimento acerca da presença dos pressupostos de concessão da medida ora recorrida, o que ainda mais evidencia a imprescindibilidade da sua suspensão.

DA SATISFATIVIDADE DA MEDIDA LIMINAR INCREPADA

Por outro lado, constata-se que a decisão do MM. Juiz de primeiro grau tem cunho desenganadamente **satisfativo**, na pois esgotou totalmente o objeto da Representação, a qual objetiva justamente impedir a divulgação de informações institucionais do Estado.

Como claramente se observa, a decisão judicial, cujos efeitos ora se pretende suspender, criou obstáculo ao exercício do direito constitucional outorgado ao Estado do Amazonas de prestar à população informações de natureza institucional a respeito das obras, serviços e campanhas realizados pelo Poder Público. A decisão impugnada baseou-se na falsa premissa de que tais informações teriam por objetivo a promoção pessoal do atual Governador do Estado, o que verdadeiramente não ocorre, como já demonstrado exaustivamente.

É evidente o interesse público de ver cassada a medida liminar deferida, pois, enquanto durarem os seus efeitos, a Administração Estadual fica impossibilitada de veicular publicidade institucional, de cunho educativo e informativo à população, nos termos do art. 37 da CR.

Note-se que o MM. Juiz, descumprindo o preceito normativo estabelecido na Lei n.º 8.437/92, *inaudita altera pars*, concedeu **medida liminar que esgota completamente o objeto da Representação**, porquanto satisfaz plenamente o direito subjetivo em disputa, não dando ao Estado do Amazonas a possibilidade de exercer o contraditório.

O esgotamento do mérito da Representação pela decisão liminar sob reproche é ainda mais evidenciado quando se constata que, nos termos do art. 73, inc. VI, b, da Lei n.º 9504/97, após o dia 03 de julho do presente ano, não mais poderá haver a divulgação de publicidade institucional dos órgãos públicos.

Analisando-se o objeto da Representação em tela e o conteúdo da medida liminar deferida pelo MM. Juízo monocrático, nota-se que a decisão deferiu, em sua integralidade, o pleito formulado pelo Ministério Público, esvaziando o seu mérito, em flagrante contrariedade ao preceito normativo estatuído na Lei n.º 8.437/92, *verbis*:

"Art. 1.º.

Omissis

...

§3º. *Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação"*

Ademais, a referida decisão, proferida sob juízo abstrato, à base de ilações absolutamente subjetivas, está calcada unicamente nas alegações infundadas do Representante, sem que houvesse sido dada oportunidade ao Representado, ou o Estado do Amazonas, a fim de se manifestar a respeito da questão, conforme determina o art. 2º da Lei n.º 8.437/92, que estatui ser obrigatória a audiência do representante da entidade de direito público, antes de ser concedida a liminar.

Não há dúvida de que a medida liminar em comento apresenta caráter satisfativo, tendo exaurido o mérito da Representação, o que não se compadece com o ensinamento da melhor doutrina. Veja-se:

"As liminares são instrumentos acautelatórios, e não declaratórios e satisfativos de um direito material. A concessão de liminares de forma irrestrita e com efeito satisfativo de um direito (potencial ou efetivo) é mais um elemento desestabilizador da relação entre o Estado e a sociedade civil".

(Carlos Eduardo Bulhões Pedreira e Ary Azevedo Franco, 'Fronteiras das Medidas Liminares', artigo publicado no Jornal do Brasil, em 12.03.92)

Demonstrado, assim, que a medida liminar epigrafada ofendeu a ordem jurídica vigente, em face de haver sido deferida sem a observância do princípio do contraditório e em flagrante desrespeito ao disposto no §3º do art. 1º, da Lei nº. 8.437/92, que proíbe a concessão de liminares que esgotem o mérito da ação, com mais forte motivo há de ser ela suspensa por ato dessa Douta Presidência.

DA NÃO OCORRÊNCIA DO PERICULUM IN MORA

Decididamente, a postulação Ministerial não demonstrou a presença do *periculum in mora*. A divulgação da publicidade institucional do Estado do Amazonas, por ser praticada em conformidade com o permissivo constitucional, não contém nenhuma conotação de natureza eleitoral ou de promoção pessoal do atual Governador ou de quem quer que seja.

Esse fato se torna ainda mais saliente em razão do já mencionado acórdão dessa Colenda Corte Eleitoral prolatado no julgamento da ação (Proc. 017/96, Classe VIII) que decidiu pela legalidade da veiculação da letra "A" como símbolo ou marca oficial Governo do Estado do Amazonas.

Ressalte-se que o "Programa AMES", **que vem sendo praticado há mais de um ano**, é uma ação de governo do maior alcance social, por assegurar a necessária assistência médico-odontológica às famílias carentes do Estado.

Culto Magistrado, é público e notório que Governo Estadual presta assistência médica e odontológica, em conjunto com as Prefeituras do Interior, às famílias carentes do Amazonas, por meio do "AMES". Por diversas vezes esse programa assistencial mereceu divulgação pelos meios de comunicação, quer por matérias pagas, quer por matérias jornalísticas, sem nenhuma contestação. Entretanto, apenas pelo fato de estar próximo o período eleitoral, o Representante ataca a divulgação desse vitorioso programa, sendo, *data venia*, indevidamente atendido pelo MM. Juiz Eleitoral.

Logo, se há mais de um ano é feita a divulgação do Programa "AMES", onde o *periculum in mora* para a suspensão da respectiva

publicidade institucional? Simplesmente, não existe! O que demonstra, *venia concessa*, o *error in iudicando* em que incorreu o MM. Juiz-Auxiliar.

Comprovado está, *in casu*, que o perigo de demora da prestação jurisdicional não põe em risco a efetividade da decisão mérito. Ao contrário, a liminar recorrida é que acarreta sérios prejuízos de ordem financeira ao Estado, que já realizou expressivas despesas com a compra de material e a contratação de empresas para a divulgação desse programa, configurando-se, aqui sim, a favor do Estado o *periculum in mora in reverso*, a exigir a suspensão da medida liminar combatida.

DA GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA

Constatada satisfatoriamente a plausibilidade jurídica (*fumus boni juris*) do pedido de suspensão da medida liminar, demonstrar-se-á, agora, a ocorrência dos danos irreparáveis causados ao Erário Estadual em decorrência da liminar deferida.

De feito, como é sabido e ressabido, qualquer modificação em peças publicitárias, especialmente para veiculação em emissoras de rádio e televisão, importa elevados ônus. Bem por isso que importaria sérios prejuízos à Administração a impossibilidade de divulgar o epigrafiado Programa, o qual já foi contratado junto a agências de publicidade e emissoras de rádio e televisão, com elevados dispêndios financeiros.

Evidenciada está, portanto, a necessidade de suspensão imediata da medida liminar deferida, por que sua manutenção, impedindo a divulgação do Programa "AMES", importa em sérios e irreparáveis danos financeiros ao Estado do Amazonas.

DO PEDIDO

Isto posto, o Estado do Amazonas expressa a confiança de que Vossa Excelência, em acatamento aos jurídicos fundamentos esgrimidos neste pedido, haverá de atendê-lo, ordenando a imediata suspensão da liminar combatida, por ser de Direito e inteira

JUSTIÇA I

N. Termos,

P. Deferimento.

Manaus, 23 de junho de 1998.

OLDENEY SÁ VALENTE
Procurador-Geral do Estado

RICARDO AUGUSTO DE SALES
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, constitucionalmente representado por seu Procurador *in fine*, nos autos da **AÇÃO DE EXECUÇÃO**, movida por **ROSENOY BELLY DE MELO e outros**, (Proc. n.º 450/98) vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, formular a **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**, sem prejuízo dos Embargos do Devedor que serão oportunamente opostos, o que faz pelas razões de fato e de direito a seguir:

I. DO CABIMENTO DO PRESENTE ARRAZADO:

O princípio universal de processo contraditório constitui, sem dúvida, garantia fundamental para a aplicação da Justiça, devendo merecer a mais viva repulsa qualquer ato que restrinja sua aplicação. O diálogo que deve existir entre as partes e o juiz, antes que se tome qualquer decisão ou que se efetive qualquer tipo de prejuízo para qualquer das partes é também, dada a dialética de todo processo judicial, necessário no processo executivo. A celeridade deste processo satisfativo não poderá, sob pena de contrariar os mais mezinhos princípios constitucionais, atropelar as regras processuais exigíveis para a formação válida da relação jurídico-processual.

Da mesma forma como acontece no processo de conhecimento, sujeita-se a execução à extinção por defeito formal, isto é, inexistência de pressupostos da existência e validade da própria relação processual. Ora, o processo de execução, culmina com a prestação jurisdicional típica e autônoma, e, apesar de possuir natureza diversa dos demais processos existentes no ordenamento, não pode ser maculado a inobservância dos pressupostos gerais de existência e validade de qualquer relação jurídico-processual.

Escrevendo sobre a execução, **Cândido Dinamarco** assinalou que embora se houvesse identificado o processo como uma relação processual, desde a decisiva contribuição de **Oskar von Bülow**, em 1868, já a partir de meados do século passado descobriu-se que coexistem no processo o procedimento e a relação processual.

Mais recentemente, sobreveio o pensamento de que o processo está integrado por procedimento e contraditório, chegando alguns autores a afirmar que se encontra excluída a pertinência da relação processual em seu conceito.

Dessa forma, acentuou-se que, ao contrário do que se pensava, existe no bojo mesmo do processo da execução, o contraditório. Não se

pode supor que este é somente garantido com o exercício da defesa através da oposição de embargos à execução - uma ação autônoma, embora conexa com a execução que visa a desconstituir o título executivo.

Ora, Culto Juiz, a atividade de conhecimento não está ausente do processo de execução, ela se manifesta, justamente, no momento em que o Juízo aprecia a possibilidade de constituição válida da relação processual executiva. Ao verificar a existência ou não dos pressupostos e condições da ação o Julgador age de ofício, não dependendo sua atividade de provocação. Entretanto, o fato de independer de provocação não significa que a parte fique impossibilitada de suscitar a presença de vícios que poderiam, e deveriam, haver sido conhecidos *ex officio* pelo Julgador.

A partir dessas observações, pode-se concluir que é perfeitamente possível e adequado admitir o exercício do direito de defesa na execução, independentemente da oposição de embargos, **sobretudo quando se alega a inexistência dos pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda relação processual** ou das condições da ação, elementos esses exigidos na sistemática adotada pelo atual CPC para que exista o próprio direito de acionar o Poder Judiciário.

Entendimento contrário importaria negar-se aplicação às garantias constitucionais relativas à atividade jurisdicional (*procedural due process*), ou, ainda, defender-se que a execução não se realiza através de um processo, o qual possui, sempre, natureza dialética.

Identificando essa contraditoriedade na instrução do processo, **Cândido Dinamarco**, acentuou que a dialética do processo se caracterizava pelo funcionamento conjugado de situações jurídico-processuais e fatos processuais, pois de um fato nasce uma situação jurídica, com fundamento na qual vem fato novo, nasce nova situação jurídica e assim até o final do procedimento.

De acordo com o entendimento esposado pelo consagrado mestre, cada ato processual, isto é, cada anel da cadeia que é o procedimento, realiza-se no exercício de um poder ou faculdade, ou para desencargo de um ônus, o que significa que é a relação jurídica que dá azo ao procedimento. Por sua vez, cada poder, faculdade, ônus, dever, só tem sentido enquanto tende a favorecer a produção de atos que possibilitarão a consecução do objetivo final.

Nesse sentido, convém mencionar-se a posição de **Tucci e Cruz e Tucci** de que é *"...impossível um processo unilateral, agindo somente uma parte, pretendendo obter vantagem em relação ao adversário, sem que esse seja ouvido, ou, pelo menos, sem que se lhe dê oportunidade de manifestar-se"*.

No sentido que usualmente se adota, a exceção de pré-executividade serve para identificar a defesa que se exerce, independentemente da oposição de embargos, no corpo mesmo do processo

de execução. Refere-se mais à defesa direta contra o processo executivo, por envolver a indispensável alegação do desatendimento de matéria de ordem pública (ausência de pressupostos e/ou condições da ação), a qual há de ser conhecida de ofício pelo Julgador.

Para realização da defesa do Executado sem a necessidade de oposição de embargos à execução, muito tem contribuído o atual texto constitucional que consagra garantia de que ninguém estará sujeito a sofrer agressões em seu patrimônio, sem o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), reconhecendo-lhe, em todos os processo, mesmo nos de execução, o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88).

Nesse sentido, tem sido observado que, no processo de execução, o juiz deve ter atenção redobrada para desfechá-lo apenas e tão somente quando satisfeitos todos os requisitos exigidos por lei, incluindo aí, de forma genérica, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Acerca do cabimento da exceção pré-executividade no direito brasileiro, importante é a análise do pensamento de consagrados doutrinadores pátrios que se dedicaram ao estudo desse assunto, e cujos ensinamentos corroboram as assertivas ora lançadas pelo Estado do Amazonas. *In verbis*:

"Embora não haja previsão legal, e tendo o juiz tolerado, por lapso, à falta de algum dos pressupostos, é possível o devedor requerer o seu exame desobrigado do aforamento de embargos, ou antes mesmo de sofrer a penhora." (ARAKEN DE ASSIS, in Manual do Processo de Execução, vol. 1, p. 334)

"A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo momento o juiz poderá juiz declarar a nulidade do feito tanto a requerimento quanto ex officio. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá arguir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução." (HUMBERTO THEODORO JR., in Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 7.ª Ed., p. 864)

"Aquele que não pretender ou não precisar utilizar os embargos do devedor, evidentemente, não necessitará garantir o julzo. Assim, a alegação de nulidades, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz título executivo, judicial ou extrajudicial, devem ser suscitados através da exceção de pré-executividade, antes mesmo ou após a citação do executado..." (LUIZ EDMUNDO APPEL BOJUNGA, in Revista de Processo n.º 55, p. 69-70) (Grifou-se)

"A inépcia da petição inicial executiva ou a presença de

qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição in executivis constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento. Da circunstância de ser a execução coordenada a um resultado prático e não a um julgamento, não se deve inferir que o juiz não profira, no processo executivo, verdadeiros julgamentos, necessários a escoimá-lo de irregularidades formais e a evitar execuções não desejadas pela ordem pública. A recusa em julgar questões dessa ordem no processo executivo constituiria negativa do postulado da plena aplicação da garantia constitucional do contraditório a esse processo. É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. ..." (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in Execução Civil, 3.^a Ed, Malheiros Editores, 1993, p. 447-8).

"Insinua-se nas concepções modernas da ação executiva, cada vez com maior intensidade, a consideração de que o respectivo processo, longe de estar privado de cognição, contém elemento às vezes relevante de conhecimento, não apenas tendente a corrigir eventuais imperfeições da relação processual, mas, em determinados casos, objetivando até mesmo 'totale e definitiva eliminazione del processo esecutivo', de modo que a proposição dos embargos do devedor nem sempre será necessária para que o executado impeça o desenvolvimento da demanda executiva, ainda que essa reação oposta pelo executado seja uma autêntica defesa de mérito. ... Tem-se verificado, na verdade, que os limites de cognição do juiz da execução, que deveria limitar-se às defesas processuais, ou como lhes chama o direito italiano, defesas contra os atos executivos e não defesas de mérito contra a execução, têm-se alargado para permitir que os autos do processo executivo suscitem determinadas exceções que digam respeito ao meritiu causae. (OVIDIO BATISTA, in Curso de Processo Civil, vol. 2, p. 23-4).

Compulsando-se compêndios jurisprudenciais, colhem-se excertos que demonstram a viabilidade de se acolher a presente exceção.

"É cediço, tanto em doutrina como em jurisprudência, que a nulidade da execução, por até proclamável de ofício, pode ser

perfeitamente argüida a qualquer tempo, não reclamando, por isso, que o juízo esteja seguro pela penhora ou que haja, necessariamente, a apresentação de embargos.” (in AI 350.619-SP, da 4.ª CC do 1.º TACivSP, rel. Juiz José Bedram)

“Havendo nulidade de ato essencial no processo de execução que importe em obter a constituição válida e regular de seu processamento, a matéria pode ser conhecida de ofício, sem exigir mesmo a segurança do juízo ou a apresentação dos embargos” (in Ap 23.847, rel. Juiz Maurício Delgado, ac. 14.02.84, DJMG de 31.10.84)

Constatado, portanto, que a exceção de pré-executividade constitui a defesa - e, por isso, exceção - que se exerce no processo da execução, independentemente da oposição de embargos e da prévia segurança de juízo, quando se alega que a peça vestibular da ação executiva foi desfechada sem atender aos pressupostos gerais e específicos relativos à formação válida e existência da relação processual.

Demonstrada, à saciedade, que quando se invoca matéria de ordem pública, como, v. g., a inexistência das condições de ação ou a não satisfação dos pressupostos processuais. Matérias que merecem ser conhecidas de ofício pelo juiz, pode-se, excepcionalmente, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência, admitir que a defesa do executado se realize por meio de simples petição nos autos do processo, petição essa que recebe a denominação de exceção de pré-executividade.

II. DO VÍCIO QUE MACULA A PEÇA EXORDIAL

Primu ictu oculi, pode-se constatar que a peça exordial da ação executiva ajuizada perante esse MM. Juízo por Rosenoy Belly de Melo e outros, todos servidores públicos estaduais vinculados à estrutura Secretaria de Fazenda, está maculada pela inépcia, tendo em vista o não atendimento dos pressupostos legais de validade do processo.

Na peça exordial da ação os Exeqüentes não foram devidamente qualificados, havendo-se mencionado, apenas, a nacionalidade e o estado civil, e o “domicílio fiscal”. Domicílio esse que não é pertinente à natureza da presente ação executiva, e que, estranhamente, coincide com o endereço da Secretaria Estadual Fazenda.

A não qualificação adequada dos Exeqüentes, além de violar expresso preceito de lei, constitui-se em um modo de impossibilitar que o Estado do Amazonas, caso venham a ser julgados procedentes os embargos do devedor que serão oportunamente opostos, possa auferir os valores que serão devidos pelos Exeqüentes em razão da sucumbência.

A não qualificação adequada dos ora Exceções dificulta, ou mesmo

impossibilita, a sua individualização e a sua citação para responderem pelas de sucumbência que serão devidos, após julgados os embargos do devedor que, oportuna e tempestivamente, serão opostos pelo Estado do Amazonas.

Os Excetos, ao não observarem os requisitos obrigatórios da petição inicial, estatuidos no art. 282, inc. II do CPC, inquinaram a ação ajuizada com vícios que impossibilitam a constituição válida do processo executivo, os quais poderiam, e deveriam, haver sido conhecidos *ex officio* pelo MM. Julgador, ao despachar a inicial.

Acerca da inépcia em face da não observância dos preceitos estabelecidos no art. 282, oportuna é a análise do seguinte julgado:

“A petição inicial que não preencher os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, do CPC, ou apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, deverá ser emendada ou completada, no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento da peça vestibular” (Ac. Un. da 1.^a T. do TRF da 3.^a R, de 08.10.1996, na Ap. 96.03.020.589-3, rel. Juiz Roberto Haddad; RT 740/444)

Assim, evidenciada a ausência de um dos pressuposto de validade da ação executiva, qual seja: **petição inicial válida**, é de se esperar que esse MM. Juízo determine seja sanada a irregularidade, em obediência ao preceito de Lei Federal já mencionado no curso do presente arrazoado (art. 282, CPC), e em observância dos Princípios Constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), e do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), cuja incidência à espécie não pode ser afastada, sob pena de negativa de vigência à Lei Federal e de contrariedade de expressa disposição constitucional, **matérias que, desde já, ficam prequestionadas, para eventual interposição dos recursos cabíveis.**

III. DO PEDIDO

Ex positis, espera o Estado do Amazonas que Vossa Excelência reconheça a inexistência de um dos pressupostos de constituição válida do processo de execução, e, anulando o despacho de citação exarado, determine que os ora Excetos emendem, nos termos do art. 284, a peça vestibular, indicando o número de suas Carteiras de identidade e o endereço completo de seus domicílios. Sendo que, após essa emenda, seja feita nova e válida citação do Estado.

Tal pleito do Estado se arrima em Lei Federal e na Constituição da República (Art. 5.º, inc. LIV), preceitos normativos esses que restaram contrariados, acaso o presente requerimento restar indeferido.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Manaus, 10 de junho de 1998.

RICARDO AUGUSTO DE SALES
Procurador do Estado do Amazonas

OFÍCIO N.º 0204/98-SECC

Manaus, 26 de março de 1998.

Mandado de Segurança n.º 29800098-9

Impetrante: GASPAR SILVEIRA MARTINS BARCELOS DO MONTE.

Impetrado : Exmo Sr. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil.

Senhora Desembargadora:

Tenho a honra de acusar o recebimento do Ofício CÂMARAS REUNIDAS n.º 87/98, datado de 13 de março do corrente, firmado por V. Exª, enviando-me a segunda via da petição inicial, bem como cópias dos demais documentos que a instruem e do inteiro teor do r. despacho proferido por V. Exª nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA n.º 29800098-9- Manaus**, impetrado por **GASPAR SILVEIRA MARTINS BARCELOS DO MONTE** contra ato atribuído à responsabilidade desta Secretaria.

Exma. Sra

Desembargadora **MARINILDES COSTEIRA DE MENDOÇA LIMA**

DD. Desembargadora - Relatora

N E S I A

Antes, porém, rogo *venia* para antecipar-lhe a total improcedência da postulação, a **decadência da ação**, pelo indubitado excesso de prazo de sua impetração, a carência de ação, à visível ausência de ilegalidade, ou de abuso de poder, do ato increpado. É de se ressaltar, ainda, que a pretensão do Impetrante é flagrantemente contrária ao texto da Constituição da República, como será examinado ao longo deste arrazoado.

I – DA SÍNTESE FÁTICA:

O Impetrante foi aposentado no cargo de Delegado de Polícia Civil, Classe II, em 14 de dezembro de 1995, ato publicado no Diário Oficial do Estado.

Aduz a seu prol, que em 15 de janeiro de 1996, protocolou junto a GAGOV petição requerendo retificação de sua aposentadoria, originando o processo administrativo nº 339/96-5 SPT-GAGOV.

No seu pedido no processo administrativo susomencionado requereu que lhe fosse pago uma parcela denominada JETONS, que somente é devida ao Delegado Geral da Polícia Civil do Estado do Amazonas, na qualidade de Secretário de Estado.

Assevera, ainda que seu pedido foi julgado parcialmente procedente, vez que na parte referente percepção dos JETONS, foi negado, já que esta parcela só é devida aos que se aposentarem com as vantagens de Secretário de Estado e demais cargos de confiança a eles equiparados.

O Impetrante vem a Juízo pleitear justamente o pagamento dessa parcela, qual seja, os JETONS, a qual não faz jus, conforme ficará demonstrado.

II. DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO ENSEJADOR DA SEGURANÇA

A norma prevista no art. 130, da Lei nº 2271 de 10 de janeiro de 1994 como ensejadora da segurança impetrada está maculada com o vício da inconstitucionalidade, na medida em que fere dispositivos previstos na Constituição da República.

Dispõe o art. 130 da Lei Estadual n.º 2.271, de 10 de janeiro de 1994:

"Art. 130. Os vencimentos dos Delegados de Polícia de carreira, além de obedecerem ao disposto no § 1º da Constituição Estadual, serão fixados com diferença nunca superior a dez por cento entre uma classe e outra, nem a cinco por cento entre os da classe final de Delegados e os da remuneração do Delegado-Geral de Polícia". (grifou-se)

Por outro lado, dispõe a Lei Estadual nº 2435, de 17 de março de 1997, *verbis*:

"Art. 3.º Têm direitos, garantias, prerrogativas responsabilidades e remuneração de Secretário de Estado, os titulares da Procuradoria Geral do Estado, da Defensoria Pública, da Superintendência Estadual de Saúde, das Polícias Civil e Militar, os Secretários Extraordinários, o Consultor Chefe e o Secretário do Gabinete do Vice-Governador." (grifou-se).

Pela dicção explícita desses preceitos normativos, não há dúvida de que o legislador infraconstitucional estabeleceu no art. 130 da Lei nº 2.271/94 uma clara vinculação dos vencimentos dos Delegados da Polícia Civil de Carreira com os do Delegado-Geral da Polícia Civil, que percebe a mesma remuneração dos Secretários de Estado, conforme estabelecido no art. 3.º da LE nº 2435/97, afrontando os indigitados dispositivos legais princípios e normas estabelecidos na vigente Carta Magna, como será demonstrado a seguir.

2.1. DOS CÂNONES CONSTITUCIONAIS VIOLADOS.

Prevê o Art. 37, inciso XIII, da Constituição da República :

"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;"
(grifou-se)

Pela simples leitura do texto constitucional transcrito, constata-se que a Carta Magna Federal estabeleceu, como regra, a impossibilidade de vinculações ou equiparações para efeitos vencimentais na Administração Pública, só admitindo na hipótese prevista no art. 39, § 1º de seu texto, que assim estabelece, *in verbis*:

"Art.39 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1.º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes 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 dispositivo que se pretende ver declarado inconstitucional (Art. 130 da LE nº 2.271/94), pelo que se constata através de sua literal disposição combinada com o art. 3º da Lei Estadual nº 2435/97, estabelece uma vinculação vencimental incompatível com a Constituição Republicana, uma vez que vincula, para efeitos de remuneração, os vencimentos dos Delegados de Carreira à remuneração do Delegado Geral da Polícia Civil do Estado e, por consequência, à remuneração dos Secretários de Estado, eis que estes últimos (Delegado Geral e Secretários) têm status hierárquico e remuneração equivalentes.

Com efeito, a prevalecer o dispositivo legal ora impugnado, todas as vezes em que ocorrer majoração da remuneração paga aos Secretários de Estado, ocorrerá, de igual modo, na mesma data e no mesmo percentual, um aumento automático na remuneração de todos os membros da carreira de Delegados da Polícia Civil. Tal majoração, o que é ainda mais grave, tornar-se-á exigível, gerando ônus financeiro ao Erário, sem qualquer previsão legislativa, nem dotação orçamentária, nem autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Justamente por isso, esse insólito aumento automático de vencimentos dos Delegados da Polícia Civil, estabelecido pelo dispositivo hostilizado, contraria frontalmente o preceito da Constituição da República insculpido no art. 61, §1º, II, alínea 'a', que estatui *in verbis*:

"ART.61. .

Omissis.

§1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I -

Omissis

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;" (grifou-se)

Bem se vê que, à luz do dispositivo acima transcrito, qualquer aumento de vencimentos dos servidores públicos dependerá sempre e necessariamente de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo. Ora, observando-se a norma increpada, verifica-se que, por efeito de vinculação proibida, ela impõe a majoração dos vencimentos da categoria

dos Delegados da Polícia Civil de Carreira toda vez que ocorrer o aumento dos vencimentos dos Secretários de Estado, independentemente de lei específica.

Mas não é só. Além disso, a vinculação vencimental combatida, por seu caráter independente e automático, obriga o Tesouro a despendar recursos sem qualquer previsão ou projeção de despesa, propiciando intolerável descontrole dos gastos com pessoal e quebra da ordem administrativo-financeira do Estado, pelo que também contraria o art. 169, Parágrafo único da Lei Fundamental. Veja-se :

"Art. 169.

Omissis

Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I - Se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista." (grifou-se)

Nesse ponto, a dicção constitucional deixa bem patente a proibição de se conceder qualquer vantagem ou aumento de remuneração do pessoal do serviço público quando não houver prévia dotação orçamentária e quando não houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Entretanto, no caso *sub analis*, como já antes demonstrado, ocorrerá o aumento na remuneração dos Delegados da Polícia Civil sempre que se majorar a os vencimentos percebidos pelos Secretários de Estado, independentemente de previsão orçamentária ou de autorização expressa da lei de diretrizes do orçamento, o que mais evidencia a inconstitucionalidade da norma impugnada.

A respeito da vinculação vencimental, atente-se para o magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA :

"Vinculação é relação de comparação vertical, diferente da equiparação, que é relação horizontal. Vincula-se um cargo inferior, isto é, de menores atribuições e menor complexidade, com outro superior, para efeito de retribuição, mantendo-se certa diferença de vencimentos entre um e outro, de sorte que, aumentando-se os vencimentos de um, o outro fica automaticamente majorado,

para guardar a mesma distância preestabelecida.” (in Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 628, 10ª ed., Ed. Saraiva)

O saudoso mestre **HELIO LOPES MEIRELLES**, ao cuidar do assunto em pauta, externou o seguinte entendimento:

“A vedação de equiparações e vinculações de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público é outra norma moralizadora que figura no texto constitucional desde 1967. Ressalvada a hipótese do art. 39, § 1º, autorizando a equiparação dos cargos dos Poderes Legislativo e Judiciário que possuam atribuições iguais ou semelhantes aos correspondentes cargos do Poder Executivo (paridade), a Constituição proíbe o tratamento jurídico paralelo de cargos com funções desiguais (equiparação) e a subordinação de um cargo a outro, dentro ou fora do mesmo Poder, ou a qualquer fator que funcione como índice de reajustamento automático.” (grifou-se). (In Direito Administrativo Brasileiro, p. 378-377, 17ª ed., Ed. Malheiros).

Por seu turno, O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em casos recentes, vem decidindo em conformidade com a presente postulação, consoante atestam os seguintes arestos :

EMENTA:

Constitucional. Servidor Público. Vinculação de vencimentos: Inconstitucionalidade. Lei Complementar n.º 22, de 15.3.94, do Estado do Pará, artigos 66, 67 e 68. Suspensão da eficácia. I.- **Objetivando impedir aumentos de vencimentos em cadeia, o art. 37, XIII, da Constituição, veda a vinculação ou equiparação de vencimentos para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso XII do mesmo artigo e no artigo 39, 1o.** II. - Suspensão da eficácia dos artigos 66, 67 e 68 da Lei Complementar no 22, de 15.3.94, do Estado do Pará. III. - **Cautelar deferida.** (grifou-se) (n.º do Processo: ADI 1120. Classe: ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Origem : - Pará - Medida Liminar. Relator: Ministro Carlos Velloso. Partes: Requerente: Associação Nacional dos Procuradores de Estado- ANAPE. Requeridos: Governador do Estado do Pará e Assembléia Legislativa do Estado do Pará. Julgamento: 05/09/1994. Sessão: TP - Tribunal Pleno)

EMENTA:

VENCIMENTOS: Isonomia, vinculação e teto. Polícia Civil do Estado de Rondônia: Lei estadual que estabelece: (1) **DIFERENÇA MÁXIMA ENTRE A MAIOR E A MENOR REMUNERAÇÃO DO GRUPO OCUPACIONAL** e (2) Submete as vantagens pessoais ao teto do art. 37, XI, da Constituição Federal. Arguição de inconstitucionalidade, a luz dos arts. 37, XIII, e 39, §1.º, CF: **SUSPENSÃO LIMINAR DEFERIDA**. (grifou-se) (Número do Processo: ADIMC356, Classe: ADIMC - Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar. Origem: DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 21/09/1990. Sessão: TP - Tribunal Pleno. Publicações: DJ Data-26-10-90, Pg.11976. Ementário do STF: Vol. n.º 01600-01, pg. 00043)

EMENTA:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 179, parágrafo único, e 185, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 1989. Alegada incompatibilidade com o art. 37, XIII, da Constituição Federal.

Procedência da irrogação relativamente ao primeiro dispositivo que, ao **estabelecer teto mínimo de vencimento para os Procuradores Gerais das chamadas carreiras jurídicas, com base no maior teto estabelecido no âmbito dos Poderes do Estado, e escala vertical uniforme de percentuais mínimos para as diversas categorias funcionais que as integram, instituiu equiparação e vinculação vedada no mencionado dispositivo da Magna Carta**.

Texto que se mostra insuscetível de aproveitamento parcial, para o fim de adaptação ao entendimento assentado pelo STF, na ADIn 171, de que os arts. 135 e 241 da Constituição Federal assemelharam, para o efeito de isonomia remuneratória, as carreiras dos Procuradores, dos Defensores Públicos e dos Delegados de Polícia.

Conclusão diversa, relativamente ao segundo dispositivo impugnado, que se limitou a reproduzir, com breves explicitações que não lhe desvirtuaram o sentido, a norma do referido art. 241 da Carta Federal.

Procedência parcial da ação.

(ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade - Número:138. Data do julgamento: 26.05.1993. Votação: Unânime. Resultado: Procedente em parte. Veja ADIn-171, RTJ-153.361. Origem: RJ - Rio de Janeiro. Partes: Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado

do Rio de Janeiro. Publicação: DJU data-21.06.96 Pp-22290. Ementa Vol-01833.01 Pp-00001. Relator: Ilmar Galvão. Sessão: TP - Tribunal Pleno).

Cabe lembrar, a propósito, que a Corte Maior, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a **ADIn 120-5**, proposta pelo Governador do Estado do Amazonas, que atacou preceito normativo de conteúdo similar ao que ora se impugna, reconheceu a inconstitucionalidade de norma da Constituição Estadual que estabelecia vinculação de vencimentos entre os membros da Polícia Militar do Estado e o seu Comandante-Geral, que detém **status** financeiro de Secretário de Estado. O texto declarado parcialmente inconstitucional previa, *in verbis*:

"Art.113.

.....
§16.º A remuneração dos servidores militares será fixada pela Assembléia Legislativa, com diferença não superior a dez por cento de um para outro posto ou graduação, tendo como parâmetro a remuneração do Comandante - Geral". (a expressão em negrito foi declarada inconstitucional) " (Doc. 03)

Outro precedente ocorreu, também, com a **ADIn 1714-7**, proposta pelo Governador do Estado do Amazonas, que requereu o reconhecimento da inconstitucionalidade do disposto no art. 70 da Lei Complementar nº 01, de 30 de março de 1990, com redação dada pela Lei Complementar nº 14, de 11 de maio de 1995, preceito de conteúdo semelhante ao atacado por esta declaração incidental, senão vejamos a redação do art.70 da LC 01/90, *in verbis*:

"Art.70 – Os vencimentos dos membros da Defensoria Pública serão fixados com uma diferença nunca superior a dez por cento de uma classe para outra, **nem a cinco por cento entre a classe final e os do Defensor Público Geral**." (Grifou-se)

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a medida liminar pleiteada, decidiu por unanimidade deferi-la, até a decisão final, para suspender os efeitos do artigo susoreferido.

Por todos os argumentos acima expendidos, evidencia-se incontrovertidamente a inconstitucionalidade formal e material do texto do art. 130 da Lei Estadual n.º 2.271, de 10 de janeiro de 1994, que estabelece forma de vinculação indireta entre os vencimentos dos membros da carreira de Delegados da Polícia Civil, o Delegado Geral e Secretários de Estado, em face à flagrante inconstitucionalidade que macula o dispositivo

susoreferido, requer-se que este Colendo Colegiado Julgador, no exercício do **Controle Difuso de Constitucionalidade**, declare *incedenter tantum* a Inconstitucionalidade do preceito contido no artigo susomencionado, impedindo, assim, sua aplicação no caso em tela.

A respeito do cabimento do presente pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade, a doutrina nos fornece o seguinte entendimento:

“ Neste caso, a alegação de inconstitucionalidade surge por incidente em um processo judicial - podendo ser alegada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais - sendo levantada incidentalmente e discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso.

O interessado, neste caso, defende-se contra a aplicação de uma lei ou norma inconstitucional, mas este ato normativo ou lei permanece válido em relação a terceiros, contra quem continua produzindo efeitos normais.

Quando houver a declaração de inconstitucionalidade em uma via de defesa, esta é considerada apenas em relação às partes litigantes do processo que provocou a referida declaração. ...” (in Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, pag. 34, 3.ª Ed., Editora Revistas dos Tribunais)

Espera-se, portanto, que estas Colendas Câmaras Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça reconheça a inconstitucionalidade epigrafada, inaplicando o preceito ensenador do *mandamus*, qual seja, o art. 130 da LE 2.271/94.

III - PRELIMINARMENTE

3.1. DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO

O art. 18 da lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, dispõe expressamente:

“o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte e dias contados da ciência pelo interessado do ato impugnado”.

No caso que se discute, como está claro na petição inicial, o Impetrante se insurge, contra o despacho do Exmo. Sr. Secretário da Casa Civil, que teve ciência em 22 de outubro de 1997, (cf. fls.03) que julgou parcialmente o pedido.

Portanto, está cristalino, foi este o ato que, ao negar a parcela referente a JETONS que fere o pretensão direito líquido e certo do Impetrante.

Em assim sendo, mostra-se inevitável a conclusão de que era contra este despacho que o Impetrante deveria se insurgir, à época certa, pois foi este que afetou as suas pretensões à percepção das vantagens pecuniárias susmencionadas.

Como já se demonstrou, por meio do despacho de 22 de outubro de 1997, ao Impetrante não foi deferida determinada vantagem pecuniária que alega fazer jus, sendo que ele, apesar de ter tomado ciência do ato, contra ele não se insurgiu tempestivamente, através do remédio heróico.

Em assim sendo, têm-se claramente configurada, nestes autos, a decadência do direito de ação mandamental, cujo prazo para propositura é, como se viu, de 120 dias, contados da data de ciência do ato increpado, devendo ser indeferido o presente *mandamus*.

3.2. DA CARÊNCIA DE AÇÃO

Existem suficientes razões a dar causa à extinção do presente processo sem julgamento de mérito com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, pelos motivos seguintes:

3.3 DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

O Postulante Impetrou o presente mandado de segurança contra, segundo afirma em sua petição inicial, o despacho do Secretário de Estado da Casa Civil, que julgou parcialmente procedente o pleito do Impetrante.

Ora, é de sabença que a retificação de aposentadoria é feita por ato de competência privativa do Exmo. Sr. Governador do Estado, através de Decreto.

Verifica-se, pois, se tivesse amparo no bom direito o requerimento feito pelo Postulante, o ato a ser realizado seria da competência do Exmo. Sr. Governador, e não desta Autoridade impetrada. Do que se deduz a carência da presente ação mandamental, em virtude da ilegitimidade passiva *ad causam* que a macula. Pois, o Impetrante ao eleger incorretamente a Autoridade dita coatora deu causa à extinção do presente *mandamus*, em razão da ausência de uma das condições da ação.

A demonstração límpida do acima exposto, prende-se ao fato de que a autoridade apontada como coatora, não pode cumprir com o determinado, caso seja julgada procedente a segurança, haja vista, que a autoridade competente para o ato de retificação de aposentadoria é o Exmo. Sr. Governador do Estado e não a Autoridade Impetrada.

A respeito da determinação de quem seja a Autoridade coatora

em sede de mandado de segurança, Ulderico Pires dos Santos, nos fornece o seguinte escólio:

"O que ofende, ou ameaça de ofensa, é o ato da autoridade que manda executar a lei contrária ao direito. Esta é a razão por que a tutela judicial deve ser pedida contra quem inicia ou ultima a execução do ato coativo; nunca porém, contra lei em tese ou contra o autor das instruções, do decreto, do aviso, das resoluções, dos provimentos, ou de qualquer outro ato genérico emanado do Legislativo, do Executivo, da autoridade ou de seus agentes. Assim, a proteção judicial deve ser invocada contra a pessoa física que especificamente executa o ato, e não contra a pessoa jurídica ou órgão público que genericamente o criou, sancionou e promulgou. E tal se verifica, porque não é norma jurídica in abstractus que viola o direito e sim a sua aplicação in concreto, o que importa dizer que o sujeito passivo do Mandado de Segurança é a autoridade que põe em execução o ato ilegal abusivo." (in Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência, Rio de Janeiro, Forense, 1988)

Analizando-se compêndios jurisprudenciais a respeito da legitimidade passiva *ad causam*, colhemos os seguintes excertos:

EMENTA:

RECURSO ORDINARIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. RECEIO DE LESÃO INEXISTENTE. AUTORIDADE COATORA. PRINCIPIO DA EVENTUALIDADE. ILEGITIMIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO. 1. ATRAÍDA A COMPETENCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM FACE DA IMPETRAÇÃO CONTRA SECRETARIO DE ESTADO, EVIDENCIADAS A ILEGITIMIDADE DESTA E A FALTA DE INTERESSE DO IMPETRANTE, A CONSEQUENCIA LOGICA E A EXTINÇÃO DO PROCESSO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC. 2. RECURSO ORDINARIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

DECISÃO:

POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO MAS LHE NEGAR PROVIMENTO.

[SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RIP:00015573 DECISÃO:30.11.1994

PROCESSO:ROMS NUM:0004423 ANO:94 UF:SP TURMA:02

RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

FONTE: DJ DATA:27.03.1995 PG:07146

RELATOR: MINISTRO PECANHA MARTINSJ *

"No sistema da nossa legislação especial, o Mandado de

Segurança só pode ser requerido contra a autoridade coatora, entendendo-se, como tal, a que direta e imediatamente pratica o ato violador do direito do impetrante. Pouco importa (escreve MACHADO GUIMARÃES, in Cód. de Proc. Civil, vol. IV, n. 35) que esse ato seja executado em consequência de regulamentos, instruções, circulares ou ordens, de natureza genérica de autoridade" (Trecho do Ac. no Mandado de Segurança n. 157.639, Tribunal de Justiça de São Paulo, 3ª Câmara Cível, Rel. Dês. FRANCISCO DAVIS, In Rev. dos Tribs., vol. 381, p. 86).

"Autoridade coatora é aquela que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que recomenda ou baixa normas para sua execução (RTJESP 90/229, JTJ 142/283); isto é, 'autoridade coatora é aquela que, ao executar o ato, materializa-o' (RTFR 152/271)"

"O Impetrante deve eleger corretamente a autoridade dita coatora. No rito sumariíssimo do mandado de segurança, não cabe ao juiz, substituindo-se ao interessado, investigar quem deve ocupar o pólo passivo da relação processual. (Bol. TRF-3ª Região 9/67)". (grifamos)

"Errônea indicação da autoridade coatora gera a carência da ação mandamental, não cabendo ao juiz substituir o impetrado, cuja obrigação do correto apontamento cabe ao impetrante" (JTJ 158/267).

Como consequência de tudo o que foi até aqui exposto, transborda limpidamente que não é o Secretário de Estado da Casa Civil a autoridade coatora. A simples leitura dos ensinamentos de Ulderico Pires afastam por completo qualquer assertiva nesse sentido.

Não há dúvida que, por esses motivos, o Impetrante é carecedor do direito de ação devendo, pois, o processo ser extinto sem julgamento de mérito com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

3.4. DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Existem suficientes razões a dar causa à extinção do presente processo sem o julgamento de seu mérito com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, na medida em que o Impetrante, visam, através de mandado de segurança, auferir aumento de seus proventos, sob a infundada assertiva de que teriam direito líquido e certo de perceber gratificação deferida por lei, exclusivamente, a Secretário de Estado.

Ocorre, porém, que a **Súmula 339** do Supremo Tribunal Federal determina de forma clara:

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.” (Grifou-se)

Esta Súmula do Excelso Pretório é clara ao vedar a utilização do *mandamus* como instrumento hábil a auferir aumentos salariais, pois, como é cediço, o *writ of mandamus* visa unicamente a defesa de direito líquido e certo violado ou ameaçado por ato de Autoridade.

Depreende-se, portanto, que o presente mandado de segurança afigura-se maculado com o vício da carência de ação, tendo em vista a impossibilidade jurídica do Poder Judiciário, usurpando a competência da Administração, e ferindo os princípios constitucionais estatuidos no art. 2.º e no art. 61, §1º, alínea ‘a’, Carta da República ao deferir a segurança impetrada, a qual se resume no pleito do Impetrante de se ver agraciado com gratificação que, por lei, não lhes foi deferida.

Sabe-se que, em nosso ordenamento jurídico, é incabível a propositura de mandado de segurança visando a equiparação, a paridade, ou extensão de vantagens pecuniárias pagas a servidores públicos, conforme já exposto na Súmula 339 do STF, acima transcrita.

Analisando o Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2.º da Carta Magna, o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA, nos fornece o seguinte excerto:

“A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.(...)” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª ed., Ed. Malheiros) (Grifou-se)

Como consta do preceito do art. 61, § 1º, II, alínea “a” da Carta da República, a competência para a proposição de lei que aumente a remuneração dos servidores públicos é privativa do Chefe do Executivo, senão vejamos o preceito susomencionado, in verbis:

“Art. 61 -.....

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos da

administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração." (Grifou-se)

Inclitos Desembargadores, a Constituição Federal é clara ao dispor a respeito da competência para a proposição de lei com o fito de aumentar vencimentos dos servidores, seja pela equiparação, vinculação ou a paridade, e sob a égide do princípio maior que em que se arrima a nossa Carta Magna, qual seja, a separação dos poderes, não pode o judiciário conceder benefício arrimado no princípio da isonomia, já que a extensão da vantagem pleiteada pelo mandamus depende de lei.

Nesta ordem de idéias transcrevemos o seguinte Aresto :

EMENTA: Constitucional e Processual Civil. Isonomia de vencimentos. Constituição, art. 39§1º. Verba honorária. Fixação. CPC, art. 20§4º.

I – Isonomia de vencimentos prevista no art. 39§1º, da Constituição, não pode prescindir de lei ordinária que a assegure, e implica aumento de vencimento de Iniciativa do Presidente da República (Constituição, art.61§1º, II, letra a)

II – (...)

III – Apelação desprovida"

(TRF – 1ª Região. AC 90.01.18071-0/DF. Rel.: Juiz Hermenito Dourado, 2ª Turma. Decisão: 04/12/91. DJ 2 de 19/12/91, p. 32.878)

Corroborando com o julgado acima, o mestre José Afonso da Silva, assim esclarece:

"Iniciativa legislativa. É, em termos simples, a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo. Em rigor, não é ato de processo legislativo. É conferida concorrentemente a mais de uma pessoa ou órgão, mas em casos expressos, é outorgada com exclusividade a um deles apenas. (...)

Ao princípio da iniciativa concorrente a Constituição opõe algumas exceções em relação a determinadas matérias, estatulindo que é competência exclusiva:

(1) do Presidente da República a iniciativa de leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; disponham sobre: (a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração(...)". (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 497) (Grifou-se)

Assim, conclui-se que a via eleita pelo Impetrante para tentar obter a gratificação deferida mediante lei aos Secretários de Estado, é manifestamente imprópria e inadequada, fazendo com que o pedido formulado na peça exordial seja juridicamente impossível.

Desse modo, indubitável é que a presente relação processual está maculada com o vício da carência de ação, devendo-se, pois, extinguir o presente processo sem julgamento de seu mérito, nos termos do que dispõe o art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

IV - DA INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA SEGURANÇA PREVENTIVA

O Impetrante, em momento algum, demonstrou a existência de qualquer direito, muito menos de direito líquido e certo amparável por via da ação de mandado de segurança.

O Postulante alega que teria direito a uma parcela paga ao Delegado Geral da Polícia Civil, denominada JETONS, contudo esquece de observar que essa parcela é percebida pelo mesmo, em razão de possuir as mesmas prerrogativas e remuneração de Secretário de Estado.

Foi acostado aos autos (cf. fls. 89) documento do valor percebido pelo Delegado Geral de Polícia Civil, nesse documento constam as seguintes parcelas: (1) Vencimento R\$ 360,00; (2) G.E.P (Gratificação do Exercício Policial) R\$ 5.310,75. Não consta a parcela JETONS, pois a mesma é devida na qualidade de Secretário de Estado, não se estendendo, sob pena de afronta à Carta Magna, aos demais Delegado da Polícia Civil.

A Administração editou o Decreto nº 15.925, de 05 de abril de 1994, que estabelece como será o pagamento da Gratificação de Exercício Policial, senão vejamos o disposto nos arts. 1º, 2º e 3º, *in verbis*:

"Art. 1º - Fica estabelecida a verticalização dos estipêndios dos cargos de Delegado de Polícia, membros da Defensoria Pública e dos postos dos oficiais da Polícia Militar, nos termos e nos parâmetros previstos no art. 130 da Lei 2.271, de 10 de janeiro de 1994, no art. 75 da Lei Complementar nº 04, de 30 de março de 1990, bem como do parágrafo 16 do art. 113, da Constituição Estadual;

Art. 2º Os estipêndios dos cargos de Delegado de Polícia de Carreira, Defensor Público e Oficial da Polícia Militar são compostos das parcelas de vencimento ou soldo, representação e da gratificação de produtividade.

Art. 3º - Entende-se por gratificação de produtividade, vinculada ao efetivo exercício no cargo respectivo, para efeitos deste Decreto, os valores correspondentes em Unidade Básica de

Avaliação do Estado do Amazonas – UBA, percebidos pelo Delegado Geral de Polícia Civil, pelo Procurador Geral da Defensoria Pública e pelo Comandante Geral da Polícia Militar (...).”(Grifou-se)

Ora, Exa., o próprio Impetrante traz à colação o epigrafoado **Decreto Governamental, que regulamenta o art. 130 da LE 2.271/94**, no que define qual a gratificação que o Delegado de Carreira tem direito, em momento algum dispõe sobre JETONS, e sim a respeito da Gratificação de Exercício Policial (G.E.P), a qual foi deferida pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado da Casa Civil, em seu despacho, retirando apenas a parcela que era indevida, qual seja, os JETONS, já que estes são percebidos exclusivamente pelos Secretários de Estado, o que seguramente não é o caso em tela.

A gratificação que os Delegados de Carreira têm direito é a GEP, que é paga em virtude do exercício da profissão, portanto inerente ao cargo. A vantagem que o Postulante requer constitui-se nas parcelas devidas única e exclusivamente aos Secretários de Estado, qual seja: os JETONS, que são vantagens pessoais, devidas aos que ocupam o cargo de Delegado Geral, pois este além de ser Delegado de Carreira da Polícia Civil, ocupa transitoriamente cargo com as prerrogativas e funções de Secretário de Estado.

Portanto, resta mostrar a definição de direito líquido e certo, segundo o escólio de HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, pode ser conceituado como sendo:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”.

A propósito do que vem a ser direito líquido e certo que dê azo à procedência do *writ of mandamus*, o mestre CASTRO NUNES assentou:

“...líquido está no texto como reforço de expressão, mais na acepção vulgar de escoimado de dúvidas, o que equivale a certo, do que no sentido correlato da obrigação correspondente” (apud José Cretella Jr. In “Os Writs” na Constituição de 1988”, Forense Universitária, 1ª ed., 1989, p. 26).

Por acaso a pretensão deduzida neste mandado de segurança é cristalina? Sem qualquer dúvida? Obviamente que, em face do que já demonstrado, a resposta é negativa.

PONTES DE MIRANDA, de lembrança obrigatória,

dedicando-se a exaustiva análise do valor da liquidez e da certeza do direito em sede de mandado de segurança, ensinou:

"Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilatações; que é, de si mesmo, concludente e inconcusso ..." (Comentários à Constituição de 1946, *apud* Cretella Jr., op. cit., p. 30).

SAHID MALUF, em seu tradicional "Direito Constitucional", depois de valer-se dos ensinamentos de Pontes de Miranda, acrescenta:

"A jurisprudência tem conceituado a liquidez e certeza nos seguintes termos: direito líquido e certo é aquele contra o qual não se permite opor motivos ponderáveis, e sim meras e vagas alegações, cuja improcedência se reconhece imediatamente sem necessidade de detido exame." (Sugestões Literárias, 11ª ed., 1979, 451/452).

Em vista ao exposto, **não se pode falar em direito líquido e certo, já que existe um Decreto Governamental regulamentando o art. 130 da LE n.º 2.271/94, dispondo quais as parcelas que compõe os vencimentos dos Delegados de Carreira**, dispondo de modo claro, que entre as mesmas não estão os JETONS.

A conclusão que se impõe, forçosamente, diante de tudo o que foi exposto nestas informações, é das mais elementares: o direito almejado pelo Impetrante não possui qualquer liquidez ou certeza, devendo a pretensão deduzida ser totalmente indeferida.

Tão pouco ocorreu por parte do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Casa Civil ilegalidade ou abuso de poder que pudesse eivar de nulidade o ato increpado, haja vista, que **o mesmo só aplicou as normas contidas no Decreto Governamental nº15.925 de 05 de abril de 1994, que estabelece as parcelas e a forma de pagamento dos vencimentos dos Delegados da Polícia Civil de Carreira, este Decreto assinado pelo Exmo. Sr. Governador do Estado do Amazonas, veio regulamentar o art. 130 da Lei Estadual nº 2.271/94**

Ora, Ínclitos Julgadores, o ato increpado está revestido da mais absoluta legalidade, ou seja, o ato ensejador da segurança, aplicou apenas a Lei, ao caso concreto, deferindo o que de direito ao Impetrante e indeferindo a parcela referente a JETONS, porque em primeiro plano, a pretensão do Postulante está viciada pela inconstitucionalidade já demonstrada acima, e por existir um Decreto regulamentando o artigo, dispondo quais as parcelas que compõe a remuneração dos Delegados da Polícia Civil de Carreira,

quais sejam: (1) VENCIMENTO; (2) REPRESENTAÇÃO; (3) GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE.

Em momento algum está estabelecido que a vantagem pessoal JETONS, devida aos Secretários de Estado, possa ser paga aos Delegados de Polícia, o que representa afirmar que inexistente abusividade ou ilegalidade do ato administrativo increpado.

A respeito da existência de abusividade ou de ilegalidade de ato administrativo objeto de mandado de segurança, a jurisprudência é acorde no sentido de que, não configurada a ocorrência de ato ou omissão ilegal ou abusivo, há de ser denegada a segurança pretendida. Alguns julgados demonstram a veracidade dessa assertiva:

"Descabe medida de segurança contra o ato administrativo por não envolver ilegalidade ou abuso de poder. Iliquidez e incerteza do pedido". (STJ-Pleno: MS nº 2332, Rel.: Min: Ribeiro da Costa.v.u. DJ 27.05.54, pag. 05942) (grifo nosso)

"Os pressupostos constitucionais do mandado de segurança, mesmo em caso de aplicação de direito local, devem ficar plenamente demonstrados, sob pena de cessação do writ na instância extraordinária. Recurso conhecido e provido, porque não se caracterizou a ilegalidade ou abuso de poder, nem se confirmou liquidez da pretensão do impetrante, que apenas enunciara que, com a anulação do ato impugnado, poderia auferir a vantagem conseqüente, sem certeza do resultado, e isso não basta para configurar o interesse de agir ou a legitimatio ad causam". (STF-Tribunal Pleno, R.E. nº 55001, Rel. Min. Antônio Villas Boas, DJ 17.09.64)

"Mandado de segurança; há de ser denegado, quando não caracterizada ilegalidade ou abuso de poder." (STF-Tribunal Pleno, RMS nº 1300, Rel. Min. Afrânio Costa, Ementário do STF Vol. 030, pág. 058)

Verifica-se, pois, a inexistência de qualquer ato ilegal ou abusivo atribuído a esta Autoridade impetrada, o que, sem dúvida será reconhecido por estas Colendas Câmaras Reunidas, do Egrégio Tribunal de Justiça, o que acarretará a denegação da segurança.

V - DO PEDIDO:

Por todo o exposto, em face da inconstitucionalidade da norma

ensejadora da segurança impetrada, em face, ainda, da inexistência da demonstração de direito líquido e certo a amparar a pretensão deduzida em juízo pelo Impetrante, bem como da inexistência de qualquer ato ou omissão eivada de ilegalidade ou de qualquer abuso de poder praticado por esta Autoridade apontada como coatora, espero, após a manifestação do Graduado Órgão do Ministério Público, seja denegada a segurança com as demais cominações conseqüentes.

É o requerimento, com a convicção de que essas **Colendas Câmaras Reunidas** mais uma vez restabelecerá o primado da

JUSTIÇA!

ALÚZIO HUMBERTO AIRES DA CRUZ

Secretário de Estado Chefe da Casa Civil

CARLOS ALEXANDRE M. C. M. DE MATOS

Procurador do Estado do Amazonas

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, AMAZONINO
ARMANDO MENDES, brasileiro, casado, portador da Carteira de Identidade nº 66.136-SESEG/AM, CPF nº 001.648.282-49, residente e domiciliado na Cidade de Manaus, à Estrada do Tarumã s/nº, assistido pelo Procurador-Geral do Estado e pelo advogado ao final assinado, vem respeitosamente, com fundamento no art. 103, inciso V, da Constituição Federal, ajuizar **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** com pedido de **SUSPENSÃO LIMINAR**, do art. 77 da Lei nº 9.532 de 10 de dezembro de 1997, com a redação que lhe deu a Medida Provisória nº 1614-16, de 05 de março de 1998, por violação do art. 40 e seu parágrafo único do ADCT, bem assim aos arts. 3º; 150, II; 151, I; 5º caput e incisos XXXVI e LIV; 37; 170; IV; e, 174 da Constituição da República.

No dia 17 de novembro de 1997, foi publicada a Medida Provisória nº 1602 (texto original em anexo), cujos arts. 35, 51, 52 e 71, previam profundas alterações no regime de incentivos da Zona Franca de Manaus com a supressão de incentivos nas áreas do Imposto Industrializados (IPI) e do Imposto de Importação (I.I.).

Por entender estarem essas normas em desacordo com a Constituição, o Autor ajuizou a ADIN nº 1725-9, distribuídas ao **E. MINISTRO MARCO AURÉLIO**, por conexão com a ADIN 1713-6 que tem por objeto matéria semelhante.

Ocorre que, ao converter em lei a mencionada Medida Provisória, o Congresso Nacional suprimiu tais dispositivos, sendo atribuída nova disciplina à Zona Franca de Manaus, como resultou materializado no art. 77 da Lei nº 9.532 de 10 de dezembro de 1997.

Finalmente, a Medida Provisória n. 1614-16, de 05 de março de 1998, veio atribuir a esse dispositivo a seguinte redação:

"Art. 77. A aprovação de novos projetos, inclusive de expansão, beneficiados com qualquer dos incentivos fiscais a que se referem o Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, com as posteriores alterações, o Decreto-lei nº 356, de 15 de agosto de 1968, o Decreto-lei nº 1.435 de 16 de dezembro de 1975 e a lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, fica condicionada à vigência de:

I - lei complementar que institua contribuição social de intervenção no domínio econômico, incidente sobre produtos importados do exterior pelos respectivos estabelecimentos beneficiados; e

II – lei específica, que disponha sobre critérios de aprovação de novos projetos, aos seguintes objetivos:

a) estímulo à produção de bens que utilizem, predominantemente, matérias primas produzidas na Amazônia Ocidental;

b) prioridade à produção de partes, peças, componentes e matérias-primas, necessários para aumentar a integração de cadeia produtiva dos bens fabricados na Zona Franca de Manaus;

c) maior integração com o parque produtivo instalado em outros pontos do território nacional;

d) capacidade de inserção internacional do parque produtivo;

e) maior geração de emprego por unidade de renúncia fiscal estimada;

f) elevação dos níveis mínimos de agregação dos produtos oriundos de estabelecimentos localizados na Zona Franca de Manaus ou da Amazônia Ocidental.

§ 1º - O disposto no caput deste artigo deixará de produzir efeitos se as leis mencionadas nos incisos I e II não forem sancionadas e publicadas até 15 de maio de 1998.

§ 2º - Ficam extintos a partir de 4 de outubro de 2013, os benefícios fiscais a que se referem os dispositivos legais mencionados no caput deste artigo.

§ 3º - O disposto no caput deste artigo não se aplica aos projetos protocolizados no órgão competente para sua apreciação, até 14 de novembro de 1997.”

Tal como os dispositivos extirpados, o art. 77 em comento perpetrou ostensiva afronta ao Texto Supremo, por implicar eliminação ou redução dos estímulos da Zona Franca de Manaus, em manifesta violação à norma do art. 40 do ADCT, da Constituição Federal, e a outras normas constitucionais como se passa a demonstrar.

DA ADOÇÃO, PELA CARTA POLÍTICA DE 1988, DOS INCENTIVOS FISCAIS COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERACÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS

A Constituição Federal, em seu art. 3º, indica como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, **garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades regionais.**

No art. 43, § 2º, inciso III, a Constituição arrola, entre os

instrumentos de ação do Estado para promover o desenvolvimento do país e reduzir as desigualdades regionais, **os incentivos fiscais**, consistentes em isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais.

Tanto é assim que, no Capítulo dedicado ao Sistema Tributário Nacional, embora a parte inicial do **art. 151, I**, vede a distinção entre os Estado, sua parte final **admite expressamente a concessão de incentivos fiscais, destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país.**

Uma das formas de promover a industrialização de regiões menos desenvolvidas do território de um país é a redução ou eliminação de encargos de ordem aduaneira ou fiscal sobre uma porção de seu território, o que no Brasil foi feito, em relação à Amazônia Ocidental, mediante a criação da Zona Franca de Manaus pela Lei 3.173/57, alterada pelo DL 288/67.

Ao tempo em que promulgada a Constituição de 1988, constatando que, para assegurar o progresso do Estado do Amazonas, havia necessidade de outorgar maior prazo para o desenvolvimento de projetos que ali haviam sido implantados a partir do DL 288/67, o Constituinte houve por bem **manter a Zona Franca de Manaus até o ano 2013**, na certeza de que, sem isso, todo o esforço anterior poderia desaparecer, com sérios riscos à própria estabilização do Estado.

Foi, assim, incluído, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988, o art. 40 com a seguinte dicção:

“ART. 40. É MANTIDA A ZONA FRANCA DE MANAUS, COM SUAS CARACTERÍSTICAS DE ÁREA LIVRE DE COMÉRCIO, DE EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO, E DE INCENTIVOS FISCAIS, PELO PRAZO DE 25 ANOS, A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.

PARÁGRAFO ÚNICO. SOMENTE POR LEI FEDERAL PODEM SER MODIFICADOS OS CRITÉRIOS QUE DISCIPLINARAM OU VENHAM A DISCIPLINAR A APROVAÇÃO DOS PROJETOS NA ZONA FRANCA DE MANAUS”.
(destacou-se)

A norma constitucional, pois, veicula, dois comandos bem nítidos.

O primeiro deles é que a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, assim como de incentivos fiscais, **fica mantida por 25 anos**. Vale dizer: **o complexo que caracterizou a instituição da Zona Franca de Manaus, inclusive seus incentivos fiscais, fica preservado, no seu perfil vigente em 5 de outubro de 1988, até o ano 2013.**

O segundo é que tal perfil de incentivos **não pode ser modificado**, podendo, no máximo, lei federal, alterar **“critérios de aprovação”** para

futuros projetos dos empreendimentos lá estabelecidos ou que venham a se estabelecer (atinentes, por exemplo, à idoneidade financeira ou fiscal) sem, entretanto, reduzir o nível dos incentivos nem estabelecer condições mais onerosas para sua aprovação que os possa dificultar ou inviabilizar.

A clareza do parágrafo único é inequívoca: **apenas aspectos formais, e não materiais, isto é, somente “critérios de aprovação” e não “redução dos níveis de incentivos”, podem ser objeto, até 2013, de lei federal.**

Sabidamente, foi estabelecido, na caput do artigo, que a manutenção dos incentivos fiscais **deve dar-se nos termos em que vigoravam até 5 de outubro de 1988, para que a Zona Franca de Manaus subsista pelo período julgado adequado para a consolidação do desenvolvimento da região**, não ofertando ao legislador ordinário o poder de alterar a proporção dos incentivos até então existentes.

Intuiu o Constituinte que, de outra forma, poderia ser destruída a opção constitucional de preservar a Zona Franca de Manaus, bastando, para tanto, que governos sempre ávidos de receitas, pudessem, pela imposição de condições de difícil ou mesmo impossível atendimento, ou pela redução em até 99,9% dos incentivos fiscais para todos os novos projetos, frustrar os objetivos que levaram à inclusão desse dispositivo na Lei Suprema.

Se isso acontecesse, as empresas que se engajaram na consecução desses objetivos, e se estabeleceram em região distante dos pólos consumidores e empresariais, contando com a contrapartida dos incentivos ofertados pelo Governo, restariam prejudicadas, em termos de competitividade. Resultaria, outrossim, comprometido o desenvolvimento de novos projetos, face à imposição de condições de aprovação de difícil ou impossível atendimento ou mediante a redução dos benefícios a alíquotas simbólicas, cujo objetivo seria dar cumprimento meramente formal à Constituição, traindo, na verdade, os seus reais objetivos.

À nitidez, o Constituinte vedou tal possibilidade, admitindo, apenas, a introdução de mudança nos critérios de aprovação, mas não a redução dos níveis de incentivos. À luz do mencionado dispositivo transitório, lei federal de caráter nacional, com eficácia semelhante à de lei complementar, **pode, portanto, aumentar o nível dos incentivos. Nunca reduzi-los ou instituir condições mais gravosas que as existentes na data da promulgação da Carta, com o fito de inviabilizar a execução de projetos ou propiciar a ineficácia dos incentivos concedidos.**

De observar que o artigo 40 do ADCT não se limita a preservar os empreendimentos lá estabelecidos com o nível de incentivos de que gozavam ao tempo de promulgação da Carta. Atinge também novos projetos pois o Constituinte não disse:

"são assegurados aos estabelecimentos estimulados da Zona Franca de Manaus os incentivos fiscais de que gozam nesta data",

mas disse:

"É MANTIDA A ZONA FRANCA DE MANAUS" (destacou-se),

isto é, **manteve o complexo normativo pleno, para todas as suas finalidades e benefícios, seja para exportação, importação, e ainda, com os incentivos fiscais lá mencionados.**

Não há, pois, como pretender que os 25 anos outorgados a partir de 1988, valessem apenas para os projetos já aprovados, podendo ser modificados, eliminados ou dificultada a outorga de incentivos fiscais para projetos novos.

É que, em relação aos que lá estavam estabelecidos, a Constituição veio assegurar um **direito adquirido**. E, ao garantir a permanência da Zona Franca de Manaus por mais 25 anos, veio assegurar **isonomia** aos que para lá acorressem.

Trata-se, pois, de matéria imodificável, mesmo por Emenda Constitucional, em face da norma do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Em síntese, portanto, o art. 40:

- a) assegura o gozo dos incentivos fiscais sob o regime do D.L. 288/67, até o ano 2013;
- b) manteve o regime jurídico dos incentivos, e não apenas como direito adquirido dos empreendimentos lá estabelecidos até 05/10/88;
- c) assegura esses incentivos, não só aos empreendimentos anteriores, como àqueles que se instalarem até 05/10/2013;
- d) veda que lei ordinária, complementar ou emenda constitucional altere a garantia outorgada a todos os brasileiros, aos amazonenses e aos sediados na Zona Franca de Manaus, ao regime jurídico dos incentivos preservados, visto que o direito adquirido é cláusula pétrea, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, combinado com o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal;
- e) estabelece que lei federal pode apenas alterar "critérios formais de aprovação" e nunca "nível de incentivos", o que vale dizer, que requisitos formais, podem ser instituídos, desde que não inviabilizem projetos novos nem impliquem redução ou eliminação dos incentivos fiscais;

f) permite apenas a elevação do nível dos estímulos.

A doutrina é pacífica quanto à intangibilidade do regime dos incentivos, tal qual existia no ato da promulgação da Constituição, por força do art. 40 das disposições transitórias, como atestam os comentários à Constituição elaborados por diversos juristas, como, por exemplo: **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO** (Comentários à Constituição Brasileira de 1988 vol. 4, Ed. Saraiva, 1995, p. 164); **PINTO FERREIRA** (Comentários à Constituição Brasileira, 7º volume, Ed. Saraiva, 1995, p. 601) e **WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA** (Comentários à Constituição de 1998, vol. 3, Ed. Julex Livros Ltda., 1999, p. 1283).

CELSO BASTOS, em parecer lançado a propósito da MP 1602, porém aplicável ao diploma impugnado, observa:

"Diante deste estudo hermenêutico, fica certo que a Zona Franca de Manaus ganhou status constitucional, o que significa dizer, tornou-se um direito consagrado com força própria da supremacia constitucional, o que repele qualquer normatividade que a ofenda e até mesmo a interpretação que não leve em conta as diretrizes básicas da hermenêutica.

Ao afirmar que é mantida a Zona Franca de Manaus, o texto conferiu-lhe uma duração imodificável, ao menos por lei infraconstitucional.

Mais adiante, é certo, o texto constitucional vai definir a duração mínima da instituição, a partir de sua promulgação: optou pelo prazo certo de vinte e cinco anos.

Ao proceder assim, o art. 40 não beneficiou a Zona Franca de Manaus com uma mera formalidade, o que aconteceria se se entendesse que o que não se pode é expressamente suprimir a Zona Franca de Manaus. É que seria possível, na linha desse entendimento, suprimir os incentivos fiscais e a própria área de livre comércio. Isto seria a mais bárbara das interpretações constitucionais. Seria admitir que a Constituição brinca com as palavras, ou adota pseudo-preceitos, que na verdade nada obrigam de substancial. É, portanto, forçoso aceitar-se que a Zona Franca de Manaus é, na verdade, um nome que encabeça uma realidade normativa e material caracterizada pela manutenção da área de livre comércio com seus incentivos fiscais." (Grifou-se).

A jurisprudência desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, também esposou esse entendimento, como demonstrou ao conceder liminar na ADIN 310, tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade de Convênios

que excluía, cancelavam ou reduziam benefícios na área do ICMS nas remessas para comercialização na Zona Franca de Manaus, cuja ementa está assim redigida:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 310-1-DISTRITO FEDERAL (MEDIDA CAUTELAR)

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

REQUERIDOS: SECRETÁRIOS DE FAZENDA OU FINANÇAS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL, MINISTROS DA ECONOMIA FAZENDA E PLANEJAMENTO.

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

2. Ação direta de inconstitucionalidade de convênios interestaduais sobre o ICMS, celebrados em reunião do CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária: litisconsórcio passivo dos Estados pactuantes” (D.J. 16/04/93, ementário nº 1699-1).

Nesse julgado, o eminente Relator, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, ao votar pela concessão da liminar, entendeu presente a aparência de bom direito, na exegese de que:

“O art. 40 do ADCT/88 recepcionou todo o conjunto normativo específico informador da Zona Franca de Manaus.

De fato – constituída essencialmente a Zona Franca pelo conjunto de incentivos fiscais indutores do desenvolvimento regional e mantida, com esse caráter, pelas Disposições Constitucionais Transitórias, pelo prazo de vinte e cinco anos, admitir-se que preceitos infra-constitucionais reduzam ou eliminem os favores fiscais existentes parece à primeira vista, interpretação que esvazia a eficácia real do preceito constitucional.”

No mesmo sentido manifestou-se o Ministro MARCO AURÉLIO:

“Quando se alude a incentivo fiscal, estabelece-se a necessidade de preservação da prática fiscal, tal como operada à época da promulgação da Carta.

Assim, creio que procede a argumentação do nobre Relator no que aponta que há relevância jurídica para deferir-se a

liminar, suspendendo-se os convênios, no que esses convênios implicaram modificação, repito, do statu quo existente no campo dos incentivos fiscais à época da promulgação da Carta.

Acompanho o Relator, deferindo a liminar.” (Grifo do original)

Ora, no caso presente, da mesma forma que ocorreu em relação à legislação objeto da mencionada ADIN, a disciplina e os objetivos assegurados na Constituição quanto à Zona Franca de Manaus **estão sendo flagrantemente afrontados pelo dispositivo impugnado da Lei nº 9.532/97, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória 1614-16/98.**

Para demonstrar com nitidez o conflito, o requerente pede vênica para resumir o regime dos incentivos fiscais antes e depois da referida Lei.

**O REGIME DE INCENTIVOS FISCAIS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO
NA ZONA FRANCA E MANAUS, ANTERIORMENTE
À CONSTITUIÇÃO DE 1988:**

Sob o regime do Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, com a alteração decorrente do Decreto-lei nº 1435, de 16 de dezembro de 1967, o internamento, na Zona Franca de Manaus, de mercadorias estrangeiras, para industrialização em qualquer grau, com as exceções previstas na legislação, gozava:

- a) da **isenção do Imposto sobre Importação (I.I.)** de produtos estrangeiros, se o produto ali industrializado fosse consumido na própria região incentivada, o que se aplicava aos componentes fabricados com insumos estrangeiros fornecidos aos produtores de bens finais na Zona Franca de Manaus (art. 3º, caput);
- b) da **redução do Imposto sobre Importação de produtos estrangeiros (I.I.)**, relativo a matérias-primas, produtos intermediários e matérias de embalagem importados, se o produto industrializado, em cuja elaboração empregados, fosse remetido para outras regiões do país. A redução do Imposto de Importação era efetivada segundo coeficiente da redução da alíquota “ad valorem” do bem elaborado, obtido segundo fórmula expressamente prevista em lei (art. 7º, § 1º).

A condição **única** para a fruição do incentivo referida na letra “b” era a prática de Índice numérico mínimo para nacionalização, estabelecido em conjunto pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA e pelo órgão público responsável pela formulação e acompanhamento da

política industrial brasileira (primeiro Conselho de Desenvolvimento Industrial – CDI, depois Secretaria Especial de Desenvolvimento Industrial – SEDI).

É o que consta do art. 7º do Decreto-lei nº 288/67, com a redação dada pelo Decreto-lei 1435/67, reiterada quanto à condição fiscal para o gozo do benefício pelo art. 16, § 3º, do Decreto-lei nº 2433, de 19 de maio de 1988. A condição de prática de índice numérico mínimo de nacionalização foi extinta em novembro de 1990, face à sua inviabilidade técnica.

Quanto ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o art. 9º do Decreto-lei nº 288/67 estipulava:

“a isenção para todas as mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer à comercialização em qualquer ponto do território nacional”.

Cumpra lembrar que os incentivos da Zona Franca de Manaus para industrialização são deferidos a projetos aprovados pelo Conselho de Administração da SUFRAMA, pelo prazo inicial de 30 anos, conforme o art. 42, do Decreto-lei nº 288/67, ou seja, até 27 de fevereiro de 1997, prorrogado para 4 de outubro de 2013, pelo art. 40 do ADCT.

O REGIME DE INCENTIVOS FISCAIS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO NA ZONA FRANCA DE MANAUS, APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988:

Em 30 de dezembro de 1991, foi promulgada a Lei 8387, que, mediante alterações nos arts. 7º e 9º do Decreto-lei nº 288/67 e legislação complementar, estabeleceu o seguinte regime de incentivos fiscais:

Quanto ao Imposto de Importação (I.I.), manteve o benefício de redução do imposto quanto aos produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, relativamente aos insumos estrangeiros nele empregados, redução essa, porém, decorreria da aplicação à alíquota “ad valorem” do produto de uma nova fórmula, mais favorável ao contribuinte, ou da aplicação da porcentagem determinada de 88%.

A condição para o gozo do incentivo, porém, passou a ser o cumprimento de processo produtivo básico (PPB) (caput, in fine, do art. 7º), fixado pelo Poder Público (§ 6º do art. 7º), que deveria ser “o conjunto mínimo” de operações no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto (art. 7º, § 8º, alínea “b”), mas que acabou se transformando num “conjunto máximo” de condições, ao sabor dos atentes governamentais e de certos cartórios industriais, que penalizam todas as empresas cujos projetos industriais foram aprovados anteriormente à nova lei.

Quanto ao Imposto de Importação sobre os componentes

fabricados na Zona Franca de Manaus, com insumos importados, para fornecimento aos fabricantes de produtos industrializados na região, manteve-se a regra de isenção (art. 3º, caput, do Decreto-lei nº 288/67) que, porém, não ocorreria, transformando-se em mera redução do imposto, caso os componentes fossem fornecidos a uma empresa industrial coligada da fabricante desses componentes, na hipótese em que o bem final fosse remetido para outras regiões do país.

No que respeita ao **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)**, para impor o cumprimento da condição de "**processo produtivo básico**" (art. 9º, § 2º), nos termos antes referidos.

A Lei nº 8387/91, de rigor, ao mudar critérios de aprovação para o gozo de incentivos, não objetivou reduzi-los, mas tornar mais clara a aferição de condições para o seu exercício, razão pela qual, como norma, não feriu o art. 40 do ADCT, a não ser em casos isolados, ensejadores de exame pela via do controle difuso de constitucionalidade.

Já, ao ensejo da edição do pacote destinado a promover aumento de arrecadação, a MP 1602 veiculou nos arts. 35, 51, 52 e 71 medidas desfiguradoras do regime da Zona Franca de Manaus, pela redução e supressão de incentivos na área do IPI e o Imposto de Importação.

Diante da ostensiva afronta que representavam, ao art. 40 do ADCT, os dispositivos em questão foram extirpados do Projeto de Lei de Conversão, que os substituiu pelo art. 77, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 1614-16/98 ora impugnado.

A LEI Nº 9.532 DE 10 DE DEZEMBRO 1997, E OS INCENTIVOS FISCAIS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO NA ZONA FRANCA DE MANAUS:

Ocorre que as alterações introduzidas pelo art. 77 da Lei nº 9.532/97, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 1614-16/98, ao regime da Zona Franca, foram ainda mais drásticas do que a MP 1602 pretendeu introduzir.

Ressalte-se que, apesar de, como acima demonstrado, o art. 40 do ADCT ter mantido intangível, até o ano 2013, esse sistema de incentivos, a intenção do Governo é declaradamente alterá-lo, como resulta nítido do Relatório do Deputado Roberto Brant sobre o projeto de lei que deu origem ao diploma ora impugnado, onde se lê:

"INCLUÍMOS O ART. 77 PARA REFORMAR AS CONDIÇÕES RELATIVAS AOS BENEFÍCIOS FISCAIS DA ZONA FRANCA DE MANAUS." (destacou-se).

Essa "**reforma**" consiste, pura e simplesmente, em reduzir o regime de estímulos que o constituinte quis manter até o ano de 2013.

Com efeito.

O caput do art. 77 impugnado, **ao criar impedimentos à aprovação de novos projetos, inclusive de expansão daqueles já aprovados, na verdade SUSPENDE A EFICÁCIA do art. 40 do ADCT.**

Tal suspensão, aliás, **pode equivaler a verdadeira revogação, pois empenha-se o Poder Executivo em atribuir-lhe efeitos por prazo indefinido.**

De fato, na redação original o parágrafo 1º do art. 77 estabelecia que o impedimento à aprovação de novos projetos deixaria de produzir efeitos se o Poder Executivo não encaminhasse, ao Congresso Nacional, até 15 de março de 1998, os projetos das leis previstas nos incisos I e II do dispositivo. Bastaria, pois, que essa condição fosse cumprida, para permanecer sustada a aprovação de novos projetos indefinidamente, pelo tempo que demorasse a tramitação desses projetos.

Percebendo que tal estratégia não se mostrava adequada para mascarar a verdadeira intenção de, por via indireta, revogar o art. 40 do ADCT o Poder Executivo concebeu outro meio, a seu ver menos ostensivo de alcançar o mesmo objetivo: as sucessivas edições e reedições de medidas provisórias., prorrogando indefinidamente a eficácia do caput do art. 77.

Com efeito. Embora a MP 1614-16 não condicione mais (como fazia a redação original do art. 77) a permanência dos efeitos do caput à mera remessa, ao Congresso Nacional, dos projetos das leis a que aludem os incisos I e II, e sim à sanção e publicação dessas leis, **prorroga os efeitos do impedimento à aprovação de novos projetos, para 15 de maio p.f.**

Ora, bastará que o Executivo lance mão – como vem fazendo abusivamente em inúmeras oportunidades – do expediente de sucessivas edições e reedições de medidas provisórias, para postergar indefinidamente o termo final do impedimento à aprovação de novos projetos, alcançando através dessa estratégia, pela via indireta – tal como ocorria na redação original do art. 77 – a revogação do art. 40 do ADCT !

Ainda que assim não fosse, entretanto, a mera suspensão dos efeitos do mencionado dispositivo constitucional pretendida pelo caput do art. 77, já é o suficiente para caracterizar manifesta inconstitucionalidade denotadora da procedência desta ação, já que **carece mera lei ordinária de força suficiente para suspender os efeitos de normas constitucionais.**

Outrossim, o impedimento criado em relação à aprovação de projetos de expansão fere ostensivamente o **direito adquirido** (art. 5º inciso XXXVI), como bem alerta CELSO BASTOS:

“Pode-se dizer, assim, que não pode impedir o Estado que se frua de um direito que já está incorporado sob pena de

estar praticando uma arbitrariedade passível de reparação judicial. Nem mesmo uma alteração constitucional pode tornar o regime de incentivos mais severo, vale dizer, menos benéfico do que aquele que vigia à data da implementação do direito por prazo certo.

Portanto, conclui-se que a proteção dispensada pela Constituição à Zona Franca de Manaus, da forma como o foi, **impede que até mesmo o poder constituinte reformador venha a suprimir, por meio de emenda constitucional, essa região de livre comércio.**

A razão básica para que assim nos posicionemos está no fato de que se está caminhando **no campo do direito adquirido**, como ficou sobejamente demonstrado. **Está-se aqui a referir ao direito daqueles que já se encontram usufruindo do regime constitucional certos de que o prazo é imodificável. É que a previsão constitucional de que os direitos e garantias constituem-se em cláusula pétrea** (art. 60, § 4º, inc. IV) e a previsão, nestes, do direito adquirido (art. 5º, inc. XXXVI), vão alcançar, por sua vez, a norma do art. 40 do ADCT.

Além do que, não poderia a Constituição, por um lado, condenar a violação ao direito adquirido e, por outro, praticar exatamente aquilo que está proscrito, condenado, maxime quando fizesse por meio de poder constituinte derivado. Já pudemos escrever a esse respeito que :

"A atividade do poder público só poderá desenvolver-se validamente dentro dos lindes traçados pelo ordenamento constitucional. Por essa razão é que os direitos individuais deverão ser rigorosamente observados."

Também **em nada estaria garantida a Zona Franca de Manaus se, gradativamente, fosse lícito retirar o direito de cada um daqueles que nela se encontram.** Neste ponto, não temos dúvida em nos posicionar com Roque Antonio Carraza e Manoel Gonçalves Ferreira Filho para deixar certo que na medida em que os direitos das pessoas jurídicas são, mediatamente, direitos de pessoas físicas (suas sócias ou beneficiárias), será lícito concluir-se que também esses direitos fundamentais se estendem às pessoas jurídicas." (Grifou-se).

Já, dificultar a aprovação de novos projetos semelhantes ou idênticos a outros já aprovados significa, outrossim, violação ao princípio da isonomia inserto no art. 150, II, da CF, que, na área tributária, tem um espectro mais alargado, como destaca o seguinte trecho do parecer anexo, de autoria de um dos signatários, que embora

exarado em face da MP 1602/97 prevalece igualmente para a Lei nº 9.532/97, com a redação que lhe deu a MP 1614-16/98:

“b) O artigo 150, inciso II, é de clareza inequívoca, na medida em que vai além do princípio da isonomia, alargando ao transformá-lo em “princípio da equivalência”. E é direito fundamental, na medida em que exterioriza, para o direito tributário, o princípio da igualdade, expresso no artigo 5º “caput” da Constituição Federal.

Desta forma, contribuintes sob a mesma sujeição não podem ser tratados diferentemente.

Ora, qualquer redução do nível de incentivos em relação à disciplina jurídica vigente, nesta matéria, em 05/10/1988, dá tratamento diferencial aos contribuintes antes e depois da redução, violando o sistema assegurado até o ano 2013. E fere o princípio da isonomia jurídica, sobre paralisar a evolução tecnológica dos investidores já instalados e deixar de atrair investidores novos para região tão necessitada de desenvolvimento.

Em outras palavras, sobre ferir o artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, a Medida Provisória nº 1602/97 paralisa no tempo, como uma fotografia do passado, o desenvolvimento econômico da região, visto que as antigas empresas não poderão evoluir e as novas estarão em situação de inferioridade em relação às antigas. (Grifou-se).

A quebra de isonomia, por sua vez, leva à violação do art. 170, IV da CF que estabelece ser a ordem econômica informada pelo princípio da livre concorrência, na medida em que assegura a plenitude dos benefícios fiscais somente para projetos já aprovados, negando-a a projetos novos, mesmo que para produtos similares, levando à criação de uma “reserva de mercado” e, conseqüentemente, à formação de oligopólios.

Representa, ademais, a tentativa de impor o planejamento econômico para o segmento privado, o que é vedado pelo art. 174 da CF.

A previsão de instituição, por lei complementar, de contribuição social de intervenção do domínio econômico incidente sobre produtos importados do exterior pelos estabelecimentos industriais instalados na Zona Franca de Manaus, além de alterar a conformação do regime que a Constituição tornou intangível pelo art. 40 do ADCT, fere o princípio constitucional que **VEDA À UNIÃO** impor ônus a contribuintes que não seja uniforme em todo o território nacional, consagrado no art. 151, I da CF, *verbis*:

“É vedado à União: I. instituir tributo que não seja uniforme

em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país”.

Finalmente, os objetivos arrolados no inciso II do art. 77 autorizam a instituição de condições mais onerosas do que as existentes ao tempo da promulgação da Carta de 88 para aprovação de novos projetos de incentivos da Zona Franca de Manaus, em ostensiva oposição à regra do parágrafo único do art. 40 do ADCT.

Como observa MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no parecer anexo, ao comentar o parágrafo único do art. 40:

“Tenha-se presente, enfim, que o parágrafo único do art. 40 do ADCT – cujo comentário já transcrevi autoriza a lei federal a modificar “critérios”, e só critérios, relativamente à aprovação de projetos na Zona Franca de Manaus. Ora, “critérios” são modos de interpretar ou avaliar requisitos, não substituem “requisitos”, nem concernem a conseqüências – os Incentivos. Portanto, não pode a lei federal mudar os incentivos, restringindo-os, visto que, estes, estão preservados até que se escoe o prazo de vinte e cinco anos previsto no citado art. 40, caput.” (Destacou-se).

CELSO BASTOS, no trabalho doutrinário anexo, também concluiu:

“Como ficou frisado ao longo deste estudo, a manutenção da Zona Franca de Manaus implica na manutenção dos seus elementos constitutivos. A reserva legal, imposta no parágrafo único do art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, diz apenas com a aprovação de projetos, e não pretendeu modificar o disposto no caput do artigo, como já acentuado. Contudo, mesmo no que diz respeito à aprovação dos projetos os critérios não podem ser modificados de tal forma que se inviabilize, totalmente a Zona Franca de Manaus, esvaziando-a de seus elementos constitutivos. Assim, as alterações a que se refere o referido parágrafo único são possíveis desde que fiquem configurados interesses nacionais da própria região. O que não pode é fazê-lo com objetivos propositais de esvaziar a Zona Franca, o que acabaria por violar o próprio caput do artigo: O que é possível é estimular certos setores produtivos

mais intensamente em relação a outros, em virtude de situações contingenciais, de inovações tecnológicas etc. É a aplicação, aqui, do princípio da proporcionalidade. Não é possível querer engessar os critérios de aprovação de projetos e, por outro lado, é igualmente inadmissível que se permita o desfazimento da Zona Franca de Manaus por via transversa. Na palavra “modificados” há uma vedação implícita quanto ao aumentar de forma escorchantes as condições de ingresso no sistema da Zona Franca de Manaus. Modificar significa, nesse contexto, substituir por algo equivalente, que faça as vezes do que anteriormente existia. Modificar quanto ao modo, não a essência.”

As alterações introduzidas pelos dispositivos impugnados, quanto aos incentivos da Zona Franca de Manaus, não se restringem, como acima demonstrado, a mera modificação de critérios disciplinadores da aprovação de projetos.

Ao revés, trata-se, isto sim, de profunda redução dos benefícios instituídos pelo Decreto-lei 288/67, que foram tornados intangíveis pelo art. 40 do ADCT, para os fins estabelecidos no art. 3º da CF e com os mecanismos autorizados no art. 151, I, in fine, da mesma Carta.

Tais dispositivos constitucionais, mais uma vez, restaram, violados, na medida em que, ao assegurar a permanência da Zona Franca de Manaus até o ano 2013, a Constituição assegurou a possibilidade de ali serem implantados novos projetos nas mesmas condições daqueles já existentes na data da promulgação da Carta, afastada, assim, a aplicação de regimes mais onerosos, como é o caso daquele previsto na Lei nº 9.532/97, com a redação que lhe foi dada pela MP 1614/98.

Ora, tolerar reduções ou supressões do regime de incentivo ou introduzir condições mais onerosas para aprovação de projetos contra o espírito e a letra do art. 40 do ADCT, significa abandonar os objetivos constitucionais de reduzir desigualdades regionais e de realizar o desenvolvimento econômico nacional, burlando o intuito do Constituinte, que legislou direta e explicitamente para que tal não acontecesse.

Além dos arts. 40 do ADCT; 3º, 5º, XXXVI; 150, II; 170, IV; e, 174 da Constituição Federal, restam também feridos pelo substancial esvaziamento do regime assegurado como contrapartida àquelas indústrias que, confiando no Poder Público, instalaram-se em região tão distante dos pólos de consumo, o caput do art. 5º da CF, que consagra o princípio da segurança jurídica, bem assim, o art. 37 caput da Lei Maior, de vez que o abalo produzido na confiança do cidadão quanto à atuação do Estado, é consequência da inobservância do princípio da moralidade administrativa.

DO PEDIDO DE LIMINAR

Por todo o exposto e, em face das inconstitucionalidades apontadas, requer o Autor a concessão de medida liminar para a imediata suspensão da eficácia e aplicação do art. 77 da Lei nº 9.532 de 10 de dezembro de 1997.

O pedido se justifica pela presença de ambos os requisitos indispensáveis para o deferimento da medida.

Com efeito, a relevância e plausibilidade dos fundamentos estão sobejamente demonstradas, de vez que os mencionados dispositivos da Lei nº 9.532/97 investem a favor da possibilidade de a Lei Federal dispor sobre matéria agora reservada apenas à Constituição (art. 40 do ADCT), versando esta ação essencialmente, a mesma questão jurídica objeto de análise na ADIN 310-1-DF, onde a liminar foi concedida, nos termos dos votos acima transcritos e do voto do Ministro CARLOS VELLOSO, de que se destaca o trecho seguinte:

"SENHOR PRESIDENTE: O CONSTAR DA CONSTITUIÇÃO QUE É MANTIDA A ZONA FRANCA DE MANAUS É ATÉ INUSITADO, SEM DÚVIDA ALGUMA. DEMONSTRA, ENTRETANTO, O ART. 40 A PREOCUPAÇÃO DO CONSTITUINTE COM ESSA ZONA DE LIVRE COMÉRCIO; DEMONSTRA A PREOCUPAÇÃO DO CONSTITUINTE EM MANTER E PROTEGER ESSA ZONA DE LIVRE COMÉRCIO DA AÇÃO DO LEGISLADOR ORDINÁRIO. ISSO TEM QUE PESAR NO NOSSO JULGAMENTO." (destacou-se)

A advertência se impõe, também no caso presente, de vez que a aplicação da referida norma já está produzindo efeitos devastadores não só às finanças e à economia do Estado, mas à própria existência da Zona Franca de Manaus, enquanto instrumento fiscal de promoção do desenvolvimento econômico e social da Amazônia Ocidental.

É que o impedimento criado pelo dispositivo atacado à aprovação de novos projetos e à expansão dos já existentes, além de abalar a credibilidade do Governo brasileiro junto aos investidores privados nacionais e internacionais, está causando, neste curto espaço de tempo, a desestruturação do maior parque industrial eletro-eletrônico do país e da América do Sul, gerando desemprego não só em Manaus, como em todo o território brasileiro.

A importância vital da Zona Franca de Manaus para a economia amazonense e os efeitos produzidos pelos dispositivos ora impugnados, têm sua exata dimensão exposta no anexo trabalho, elaborado pelo Senhor Secretário de Estado da Fazenda, Dr. **SAMUEL ASSAYAG HANAN**, intitulado **"Zona Franca de Manaus: Aspectos Institucionais, Integração na Economia Brasileira e Perspectivas"**, no qual, fundado em dados

insuspeitos fornecidos pela Secretaria da Receita Federal, Secretaria do Tesouro Nacional, SUFRAMA, Governo do Estado e Centro da Indústria do Estado do Amazonas, **o autor demonstra claramente a enorme dependência econômica, social e financeira do Amazonas em relação ao pólo Industrial de Manaus**, que pode ser fielmente traduzida nos seguintes números:

a) **DEPENDÊNCIA ECONÔMICA** – ao gerar valores da ordem de US\$ 3,6 – 4,0 bilhões/ano, representa aproximadamente 40% (quarenta por cento) do PIB do Estado do Amazonas;

b) **DEPENDÊNCIA SOCIAL** – o parque Industrial de Manaus é responsável por cerca de 34% dos empregos diretos incluindo o setor de serviços, no Estado do Amazonas;

c) **DEPENDÊNCIA FINANCEIRA** – 37% da Receita Total Líquida do Estado do Amazonas; 35,2% da Receita Total Líquida do Município de Manaus; e, 20,8% da Receita Total Líquida dos 61 (sessenta e um) Municípios do Estado são oriundos do parque industrial de Manaus.

Não obstante a contundência desses números significativos, deve-se destacar que, **em decorrência da contraditória atuação do Governo Federal**, a Zona Franca de Manaus está a transformar-se, rapidamente, de pólo de atração em pólo de repulsão e expulsão de investimentos.

Basta ver que a última reunião do Conselho de Administração da Suframa, órgão vital para a Zona Franca de Manaus, realizou-se em outubro de 1.997. De lá para cá nada foi feito e nenhum projeto de ampliação ou novo projeto foi aprovado, sendo certo que esse fato preocupante é causa imediata não só da falta, mas também da perda de empregos, assim na indústria, no comércio e no setor de serviços. Por conta disso, vêm ocorrendo efeitos deletérios na ordem econômica, financeira e social do Estado, a saber:

1) Fuga de novos investimentos;

2) Paralisação dos investimentos industriais já instalados;

3) Quebra do princípio da segurança jurídica, pela incerteza e desconfiança decorrentes do desrespeito ao modelo Zona Franca de Manaus e às garantias que lhe foram asseguradas pela Constituição Federal;

4) Queda acentuada e contínua da receita mensal de ICMS no Estado do Amazonas, que até o mês de setembro/97 era superior a R\$ 100.000.000,00/mês, para uma média de R\$ 85.000.000,00/mês, inclusive no mês de dezembro/98, apesar do aquecimento das vendas de fim de ano que sempre geram um aumento de arrecadação.

Esses números expressam com clareza meridiana que qualquer medida tendente à desestabilização do setor industrial da Zona Franca de Manaus – como esta que se quer afastar – afetará, como afetada já está profundamente, a economia e as finanças do Estado e dos Municípios amazonenses, impedindo inexoravelmente o Poder Público local de fazer os dispêndios minimamente necessários ao funcionamento regular das áreas da saúde, educação, segurança e infra-estrutura.

Se isto acontecer – e certamente acontecerá por efeito direto do preceptivo legal impugnado –, será não apenas a FALÊNCIA DO ESTADO, mas sobretudo a instalação do CAOS ADMINISTRATIVO E SOCIAL que se avizinha, com sérias repercussões sócio-econômicas, criando uma situação insustentável, impossível de ser remediada, com graves riscos à existência mesma do Estado e à vida dos seus habitantes.

Acresça-se, por oportuno, que quando da implantação da Zona Franca de Manaus, era permitida a fabricação de todo e qualquer bem, excetuados cinco produtos básicos: fumo, bebidas, automóveis de passeio, armas e munições. Hoje, entretanto, tem-se como permitida somente fabricação de produtos relativos a cinco pólos industriais, isto é, eletro-eletrônico, duas rodas, relojoeiro, informática e embalagem/termoplástico.

Então, pela legislação básica em vigor pode-se produzir tudo na Zona Franca de Manaus, excetuados 05 (cinco) produtos. Mas contraditoriamente, pelas práticas administrativas ilegais do Governo Federal, hoje só se pode trabalhar em 05 (cinco) pólos de atividade econômica.

Essa deformação é de tal maneira devastadora que apenas dois setores – o eletro-eletrônico e o de duas rodas – respondem sozinhos por 75% do faturamento do Distrito Industrial de Manaus. Nesses dois pólos, apenas três produtos (TV em cores, motocicletas e vídeo cassetes) importam em 38% do faturamento industrial. Tais números refletem bem a fragilidade econômica do modelo Zona Franca de Manaus, pois basta uma crise no mercado consumidor desses produtos para que se tenha instalado o caos sócio-econômico-financeiro no Estado do Amazonas.

É imperioso destacar, ainda, a incomensurável renúncia econômica ofertada pelos habitantes do Estado do Amazonas, em favor não só do Brasil, mas do Mundo, haja vista a preservação desse fantástico patrimônio ambiental da humanidade: a Floresta Amazônica.

Com efeito, o Estado do Amazonas tem 98.4% de seu território intocado, ao passo que os demais Estados que compõem a Região Amazônica, não passam de 87,1%, o que confirma que a Zona Franca de Manaus não é um modelo econômico poluidor.

Não se pode deixar de referir, também, que a renúncia fiscal de

6,8% das importações nacionais, que possibilita a preservação da Floresta Amazônica, é infinitamente inferior à renúncia econômica imposta aos habitantes do Estado do Amazonas. **Portanto, diante da magnitude da renúncia econômica praticada pelos amazonenses, não há que se falar mais em renúncia fiscal.**

O **periculum in mora** é, pois, evidente – como, aliás, também restou reconhecido na ADIN 310-1-DF -, ante à iminência de grave dano de impossível reparação, representado pela quebra de confiança e consequente desmotivação do empresariado em investir na região.

Por fim, causa espécie o fato de que, no bojo de um pacote que visa ao ajuste fiscal, sejam impostas novas diretrizes no campo da política industrial que, ao contrário do que se pretendeu ao dispensar à Zona Franca de Manaus tratamento constitucional, vêm punir de forma injustificável e injusta o Estado do Amazonas, quando, curiosamente, este foi o primeiro Estado brasileiro a ter DÉFICIT PÚBLICO IGUAL A ZERO não somente o déficit primário, mas também o déficit nominal, que é um dos objetivos governamentais!

DO PEDIDO DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

Por todo o exposto, requer que colhidas as informações, ouvido o Sr. Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos termos do que determinam os §§ 1º e 3º do art. 103 da CF, **seja, ao final, julgada procedente a ação e, declarada em definitivo a Inconstitucionalidade do art. 77, da Lei 9.532, de 10.12.97, com redação que lhe deu o art. 11, da Medida Provisória nº 1614-16, de 05.03.98, por violação ao art. 40 e seu parágrafo único do ADCT, bem assim aos arts. 3º, 150, II; 151, I; 5º “caput” e Incisos XXXVI e LIV; 37; 170, IV; e 174 da Constituição Federal.**

Requer, finalmente, **seja a presente ação distribuída por dependência ao Ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO, por conexão com as ADINs nº 1713-6 e 1725-9.**

N. Termos,

P. Deferimento.

Manaus, 09 de março de 1.998.

AMAZONINO ARMANDO MENDES

Governador do Estado

OLDENEY SÁ VALENTE

Procurador-Geral do Estado

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA

Procuradora do Estado

DOCTRINA**ICMS - O Direito ao Crédito do Imposto
nas Entradas de Bens de Consumo ou de Ativo Permanente -
Limitações Temporais****CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO**

Procurador do Estado

Representante Fiscal no CRF/SEFAZ

Professor de Direito Financeiro e Tributário no CIESA

1. Colocação do problema

A Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996 (*DOU* de 16.09.96, pp. 18262 a 18268), que dispõe sobre o ICMS nos termos do que determina o art. 155, §2º, XII, da CF/88, trouxe basicamente três grupos de benefícios que começaram a vigorar em datas diferentes.

O primeiro grupo, que já está em vigor desde o dia 16 de setembro de 1996, data da publicação da lei no Diário Oficial da União, é o que veda a incidência do ICMS sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, bem como sobre prestações de serviços para o exterior (art. 32, I). Também entrou em vigor naquela mesma data o direito ao crédito relativo aos bens entrados no estabelecimento para integração ou consumo em processo de produção de mercadorias industrializadas, inclusive semi-elaboradas, destinadas ao exterior (art. 32, II).

O segundo grupo de benefícios começou a vigorar a partir de 1º de novembro daquele mesmo ano, quando a lei em questão entrou em vigor (art. 36), dando direito ao crédito na aquisição de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento, nele entradas a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor (art. 33, III) e da energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (art. 33, II).

O terceiro grupo entrará em vigor em 1º de janeiro de 2000, quando o direito a compensação será estendido também à aquisição de bens destinados ao uso ou consumo do estabelecimento (art. 33, I, com a redação determinada pela Lei Complementar n.º 92, de 23.12.97).¹

¹ Código Tributário do Estado do Amazonas (Lei Complementar n.º 19, de 29.12.97): art. 330, I, c/c art. 47, II.

Alguns doutrinadores, no entanto, têm se insurgido contra a vedação temporal constante do art. 33 da Lei Complementar n.º 87/96, sustentando a retroatividade desse dispositivo para alcançar as situações jurídicas anteriores às datas consignadas no referido diploma legal, pois lecionam que a lei complementar em questão apenas declarou o que já se continha no Texto Constitucional. A LC 87/96, segundo tal pensamento, teria trazido um dispositivo "de caráter declaratório", eis que o amplo e irrestrito direito ao crédito já é garantido pela própria Constituição de 1988.

Afirmam que a regra constitucional da compensação (art. 155, §2º, I, CF/88) não pode ser manipulada pela legislação infraconstitucional e que, assim, as limitações temporais para reconhecimento dos créditos (art. 33 da LC 87/96) são normas inconstitucionais, eis que a própria Lei Complementar nº 87/96 reconheceu que a compensação do ICMS é ampla e irrestrita (art. 20).²

Tal proposição, todavia, não obstante procure impressionar à primeira vista, não resiste a uma análise mais acurada, e decorre de errônea compreensão dos dispositivos constitucionais que regem a sistemática da não-cumulatividade do ICMS, como se passa a demonstrar.

2. A sistemática do ICMS: o princípio da não-cumulatividade

O ICMS deriva do antigo "Imposto de Vendas e Consignações" (IVC) - que constituía a receita fundamental dos Estados-membros, a partir de 1936, quando entrou em execução, no particular, a discriminação de rendas da Constituição de 1934 -, que era um imposto de incidência "em cascata"³, em que cada transação havida quando um bem passava de um proprietário para outro, cada operação de circulação, cada estágio do processo de circulação sofria incidência deste imposto, onerando excessivamente o preço final das mercadorias.⁴

Apesar das críticas dos juristas e economistas, que viam no IVC um tributo propiciador de inflação, estimulador da concentração industrial (também denominada "verticalização"), impeditivo do desenvolvimento da

² Nesse sentido: Roque Antonio Carrazza, "ICMS - Princípio da não-cumulatividade - Créditos relativos a bens que se destinam a uso, consumo ou ativo permanente", in *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba* - vol. 1 - *Direito Tributário* (org. Celso Antônio B. de Mello), São Paulo: Malheiros, 1997, p. 253-293; Celso Ribeiro Bastos, *Direito Público: estudos e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 163-177; Aroldo Gomes de Matos, *ICMS - Comentários à LC 87/96*, São Paulo: Dialética, 1997, pp. 183-4; Heron Arzu, "Créditos do ICMS no Arrendamento Mercantil", in *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 28, jan./1998, p.13.

³ José Cassiano Borges e Marta Lúcia Américo dos Reis, *O ICMS ao alcance de todos*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 20.

⁴ Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho, *Direito Tributário Aplicado*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 74.

Federação e tecnicamente incorreto⁵, referido imposto permaneceu com o mesmo perfil no sistema das Constituições de 1937 e 1946 (art. 19, IV), e só veio a ser modificado com a Reforma Tributária de 1965, que o substituiu pelo ICM.

O ICM - Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias - surgiu, pois, no Sistema Tributário Nacional com a **Emenda Constitucional n.º 18**, de 1º de dezembro de 1965, que implantou a reforma tributária desenvolvida pela colaboração de Rubens Gomes de Souza, Gerson Augusto da Silva e Gilberto Ulhôa Canto, introduzindo o princípio da não-cumulatividade, cujos lineamentos básicos vêm apontados, atualmente, no art. 155, §2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, reproduzido no art. 19 da Lei Complementar n.º 87/97, *in verbis*:

"Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado."

Segundo o referido princípio, deve-se subtrair do imposto devido na operação posterior o que foi exigível na anterior. Em termos estritamente econômicos, significa que o ICMS grava somente o incremento de valor que o bem experimenta no processo produtivo.⁶

Como leciona Ricardo Wagner Garcia⁷, o princípio da não-cumulatividade é "garantidor de que a soma dos tributos pagos ao longo do percurso da mercadoria entre sua produção e consumo seja igual ao valor encontrado aplicando-se a alíquota devida ao último preço praticado", ou, ainda, "que a alíquota seja aplicada somente entre a diferença entre o valor de compra e venda, de tal sorte que a soma dos valores recolhidos a título de imposto corresponda, exatamente, ao valor que seria encontrado se a alíquota fosse aplicada ao último preço praticado".

A não-cumulatividade, tecnicamente, admite duas modalidades: a) calcular o imposto sobre a diferença entre o valor da operação tributada e o da operação anterior; b) calcular o imposto sobre o valor integral da operação tributada e deduzir, do imposto a pagar, o imposto pago na

⁵ Zelmo Denari, *Curso de Direito Tributário*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 286.

⁶ Ricardo Wagner Garcia, "Não-cumulatividade e correção monetária do creditamento", in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 38, dez. 1992, pp. 194-5.

⁷ Rubens Gomes de Souza, in *Revista de Direito Público*, n.º 11, jan./mar. 1970, p. 16, apud Fernando Brockstedt, *O ICM: comentários interpretativos e críticos*, Porto Alegre: Rotermond, 1972, p. 244.

operação anterior. Tais métodos são conhecidos, respectivamente, como **tax on base** (imposto sobre a base) e **tax on tax** (imposto sobre o imposto).⁸

A Emenda Constitucional n.º 18/65, que introduziu o ICM no sistema jurídico pátrio, adotou esta segunda modalidade (método de subtração "imposto sobre imposto"), na qual a base de cálculo é o valor de operação de saída, deduzindo-se posteriormente do imposto a pagar o imposto que incidiu sobre os bens entrados no estabelecimento do contribuinte no mesmo período.⁹

O método **tax on tax** pressupõe a elaboração, por cada contribuinte, de uma escrituração fiscal específica que registre, numa "conta corrente" elaborada para um determinado período (art. 24, I, da LC 87/96), os valores correspondentes a importâncias a recolher ao Fisco em razão das operações tributáveis de saída de mercadorias - **débitos** - e os valores correspondentes a importâncias abatíveis das primeiras, que representam impostos recolhidos por contribuintes situados na fase anterior e que a estes foram pagos a título de preço - **créditos**.

Ao final deste período comparam-se os créditos e os débitos. Se existir diferença a maior entre débitos e créditos esta será o montante do tributo que deverá ser recolhido aos cofres públicos; se existir diferença a maior, o saldo de créditos a favor do contribuinte será transferido para o período ou períodos seguintes (art. 24, III, LC 87/96).¹⁰

3. Créditos físicos e créditos financeiros

A não-cumulatividade, como vimos, admite, tecnicamente, duas modalidades conhecidas como **tax on base** (imposto sobre a base) e **tax on tax** (imposto sobre o imposto). No primeiro método, calcula-se o imposto sobre a diferença entre o valor da operação tributada e o da operação anterior, enquanto que, no segundo, o imposto é calculado sobre o valor integral da operação ou prestação tributada, deduzindo do imposto a pagar (**débito**) o montante cobrado nas operações ou prestações anteriores (**créditos**).

O princípio da não-cumulatividade na modalidade "tax on tax", por sua vez, comporta dois critérios distintos, que se podem resumir como sendo os do Crédito Físico e do Crédito Financeiro.

O preceito constitucional (art. 155, §2º, I, CF/88) não fez aí qualquer opção, exigindo apenas genericamente o princípio da

⁸ Alberto Xavier, "A Imunidade do ICM na exportação de produtos industrializados e o Imposto Único sobre Minerais", in *Revista de Direito Tributário*, vol. 43, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1988, p. 98.

⁹ Alberto Xavier, "A Imunidade do ICM na exportação de produtos industrializados e o Imposto Único sobre Minerais", cit., p. 99.

¹⁰ Cf. Rui Barbosa Nogueira, Parecer in *Revista de Direito Administrativo* n.º 98, p. 321.

não-cumulatividade, remetendo à Lei Complementar a faculdade de estabelecer a forma pela qual tal princípio seria efetivado.

A legislação anterior (DL 406/68, Convênio 66/88) só concedia o direito ao chamado crédito físico, isto é, a regra é de que o imposto pago em todos os produtos entrados no estabelecimento dão direito a crédito, desde que fisicamente integrem no novo produto ou se consumam na industrialização. O sistema de crédito físico admite apenas o crédito dos produtos que fisicamente se incorporam ao produto ou se consomem no curso do processo de industrialização.

O crédito físico não permite a recuperação do imposto pago sobre mercadorias e serviços necessários ao processo de produção quando estes não entrem fisicamente no novo produto nem sejam consumidos no processo de produção. O equipamento e despesas gerais, embora não "fisicamente incorporados" no processo obtido, são considerados como despesas "financeiramente incorporadas".

Pelo regime de crédito físico, diversamente, só o imposto relativo a entrada de bens que são vendidos pelo estabelecimento, ou que, no caso de indústria, integram fisicamente o produto industrializado a ser vendido, enseja crédito para compensação com o imposto devido na saída dos bens. É um regime de "não-cumulatividade relativa", pois desconsidera o elemento financeiro, e toma em consideração apenas o elemento físico do bem, por isto mesmo denominado regime de crédito físico.

A LC 87/96, no entanto, trilhou caminho inverso, tendo instituído a forma ou sistema do crédito financeiro, o qual admite, também, o aproveitamento do imposto pago na aquisição de bens necessários ao processo produtivo como as máquinas e equipamentos. Por este critério, todos os bens de exploração adquiridos dão direito a crédito.¹¹

Pelo regime do crédito financeiro é assegurado o crédito do imposto pago em todas as operações de circulação de bens, e em todas as prestações de serviços, que constituam custo do estabelecimento. Não importa se o bem, ou o serviço, compõem o bem a ser vendido. Importa é que o bem vendido teve como custo aquele bem, ou aquele serviço, já tributado anteriormente. É um regime de não cumulatividade absoluta. Não-cumulatividade que leva em conta o elemento financeiro, por isto mesmo regime denominado de crédito financeiro.

Ao contrário do que ocorre com o critério do *crédito físico* (ou valor acrescido bruto) - em que a lei admite a dedução do imposto apenas em relação às entradas físicas de mercadorias que, fisicamente, irão sair do estabelecimento, mesmo que integradas a outras mercadorias, como dizia o §3º do art. 3º do DL 406/68¹² -, na sistemática do *crédito financeiro*

¹¹ Fernando A. Brockstedt, *O ICM*, cit., pp. 245-6.

¹² Fernando A. Brockstedt, *O ICM*, cit., p. 246.

(ou valor acrescido líquido), adotada pela LC 87/96, admite-se o crédito fiscal de todos os bens entrados no estabelecimento, inclusive de ativo fixo e de consumo que, embora não sejam fisicamente incorporados ao produto obtido, são considerados como "despesas financeiras incorporadas".¹³

Na generalidade dos casos, isto se dá em três situações, em que o processo circulatório sofre solução de continuidade: a) quando a mercadoria é adquirida para integrar o ativo fixo da empresa; b) quando a mercadoria é utilizada ou consumida pela própria empresa; e c) quando a mercadoria perece ou se deteriora.

A LC 87/96 assegura o direito de creditar-se do ICMS devido nas operações anteriores nas situações descritas nas letras "a" (art. 20 c/c art. 33, inciso III) e "b" (art. 20 c/c art. 33, inciso I), mas não na hipótese "c", em que impõe o estorno do crédito (art. 21, IV).

4. As limitações temporais ao creditamento

A Constituição Federal de 1988 diz caber à Lei Complementar "disciplinar o regime de compensação do imposto".

Vê-se, do exposto, que a Constituição atrela a disciplina da compensação do imposto à lei complementar (art. 155, §2º, XII, "c"). O legislador complementar, no caso, opera dentro do quadro ou moldura de possibilidades deixadas pelas normas da Constituição, podendo optar entre o regime do *crédito financeiro*, ou o regime do *crédito físico*, assim como pode adotar um regime misto, com características de um e do outro.

Ocorre que, se a LC 87/96 concedeu esta possibilidade, as anteriores não o fizeram, quais sejam o DL 496/68 (art. 3º, §3º) e o Convênio 66/88 (arts. 31, incs. I e II, e 32, inc. I), que vedavam expressamente a utilização dos créditos de ativo permanente e de bens de uso ou consumo.

É certo que com a LC 87/96 passamos a ter a aplicação do sistema do "crédito financeiro" (ou valor acrescido líquido), com a possibilidade do aproveitamento do crédito do ICMS pago nas aquisições de bens de uso e consumo ou para integrar o ativo imobilizado do estabelecimento. O sistema do "crédito físico" - em que a legislação admite a dedução do imposto apenas em relação às entradas físicas de mercadorias que, fisicamente, irão sair do estabelecimento, mesmo que integradas a outras mercadorias -, no entanto, foi aplicado pela legislação do ICM/ICMS desde 1967, não sendo nesse longo período invalidado pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao contrário, se manifestou em inúmeras oportunidades pela constitucionalidade do sistema.

Com efeito, ao analisar o direito ao crédito fiscal relativamente aos valores pagos no consumo de energia elétrica utilizada por

¹³ *Informativo STF*, n.º 48, 16.10.96, p. 2.

estabelecimento comercial, o STF já havia consagrado o entendimento segundo o qual a entrada de bens destinados ao uso ou consumo do estabelecimento não gerava (até então) direito à crédito fiscal, confirmando, destarte, a constitucionalidade do disposto no inciso II do art. 31 do Convênio ICM n.º 66/88 ("Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes: II- a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento"):

"EMENTA: TRIBUTÁRIO. PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Descabimento.

"Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento" (art. 31, II, do Convênio ICMS 66/88).

Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária.

Recurso não conhecido." (STF, RE n.º 200168/RJ, Rel.: Min. ILMAR GALVÃO, 1ª Turma, Unâm., Decisão: 08.10.96, DJU de 22.11.96, pp. 45717).¹⁴

É que as empresas comerciais utilizam a energia elétrica consumida na qualidade de consumidoras finais, e não como insumo aplicado ao processo de produção, motivo pelo qual não tinham - até o advento da LC 87/96 - direito ao creditamento do imposto pago pela entrada dessa energia em seus estabelecimentos, inexistindo, pois, ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Somente a partir de 1º.11.96, não mais será relevante se a energia elétrica foi usada ou consumida por estabelecimento industrial, comercial, prestador de serviço ou de outra espécie, que, de qualquer modo, confere direito ao crédito fiscal respectivo (art. 33, II).

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE n.º 94.120-7, confirmou tal posicionamento - e confirmou, assim, a constitucionalidade do art. 31, inc. II, do Convênio 66/88 -, ao analisar a questão do direito aos créditos do ICMS relativos à aquisição de materiais destinados a empacotamento ou embrulho por estabelecimentos comerciais, tendo considerado, por unanimidade, que a entrega gratuita de sacolas não

¹⁴ Elisandra Monteiro Freire de Menezes, "O crédito fiscal de ICMS e as embalagens para o transporte de mercadorias", in *Revista Eficaz*, n.º 40, 2ª quin. de mar./1998, Manaus: EDT Publicações, pp. 10-15.

constitui ato de circulação de mercadorias, mas de consumo do estabelecimento, o que, até então, não implicava crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes (art. 31, II, Convênio 66/88).¹⁵

Ao proferir seu voto no referido Recurso Extraordinário, o Eminentíssimo Ministro Aldir Passarinho manifestou-se nos seguintes termos:

“Embora o papel de embrulho ou até o jornal seja adquirido pelo estabelecimento comercial, não integra o preço da mercadoria e tanto isso é certo que se o comprador leva sua própria sacola para transportar a mercadoria adquirida, o preço não se altera.”

Entendeu o Pretório Excelso que, não sendo mercadorias de comércio, mas meios de promoção comercial, e sendo distribuídos gratuitamente aos clientes ou fregueses pelos estabelecimentos comerciais, os sacos ou sacolas não geram direito a crédito do ICMS no estabelecimento delas adquirentes, para a citada distribuição promocional gratuita, porque não integrados no conceito de embalagem, sendo antes um veículo promocional de quem os distribui gratuitamente, porque neles prepondera a propaganda do estabelecimento varejista, que imprime sua promoção.¹⁶

A aquisição de materiais de embalagem (sacos, sacolas, etc.) por empresas que mantêm estabelecimentos comerciais, caracterizando-se como entrada de bens destinados a uso e consumo, somente implicará em aproveitamento de crédito fiscal equivalente àquela operação para compensação com o montante do imposto devido nas operações seguintes a partir de 1º de janeiro de 1998, conforme preceitua claramente o inciso III do art. 33 da LC 87/96.

Portanto, temos que até 1º de janeiro de 2000 (para os bens de uso e consumo) e até 1º de novembro de 1997 (relativamente aos bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento), a regra aplicável às situações sob exame é aquela constante do art. 31 do Convênio n.º 66/88, que assim dispõe:

¹⁵ Samuel Monteiro, *Tributos e Contribuições*, Tomo III, Hemus, p. 186. Assim decidiu, repetidas vezes, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Amazonas: “Material de embalagem, etiquetas e sacolas promocionais, fornecidas gratuitamente por estabelecimento comercial aos seus fregueses, não gera crédito de ICM, uma vez que não importa num negócio jurídico ou operação econômica. Recurso de Ofício conhecido e provido. Decisão unânime.” (Acórdão n.º 014/88, Recurso de Ofício n.º 042/87-CF, Rel.: Cons. José Heraldo da Silva). Em idêntico sentido: Acórdão n.º 193/97, Processo n.º 33.610/94-0-SEFAZ, Rel.: Cons. Joaquim da Silva Reis, julgado em 12.03.97; Acórdão n.º 373/97, Recurso n.º 849/96-CRF, Processo n.º 48.109/95-2-SEFAZ, Rel.: Cons. Eurípedes Ferreira Lins, julgado em 18.09.97.

¹⁶ Walter Gaspar, *ICMS Comentado*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, pp. 169-170.

“Art. 31 - **Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:**

(...)

II - a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento;”

A vedação do crédito fiscal em tais casos, não constitui, em verdade, exceção ao princípio da não-cumulatividade, mas antes guarda coerência com o próprio mecanismo da não-cumulatividade do ICMS, pois caso contrário, teríamos um acúmulo de créditos na escrituração do contribuinte sem débitos para compensar.¹⁷

Como bem observa Fernando A. Brockstedt, se a não-cumulatividade existe em benefício do contribuinte, existe também em benefício do poder tributante, isto é, “o contribuinte não poderá acumular créditos de mercadorias que não irão sair com sujeição do imposto, e utilizá-los em operações com outras mercadorias”.¹⁸

O direito ao crédito fiscal correspondente à entrada de um dado bem - e este é o cerne da questão analisada - **somente se justificava quando houvesse posterior operação de saída tributada**, o que, evidentemente, inócorre nos casos em que o bem é adquirido para uso e consumo ou para compor o ativo fixo do estabelecimento adquirente.

Em tais casos, o que há é uma interrupção do ciclo econômico-produtivo ou comercial, que obriga que o sujeito passivo tributário, independentemente de intimação ou notificação pelo Fisco¹⁹, não aproveite os créditos fiscais do ICMS relativos à entrada no estabelecimento daqueles bens, posto que os mesmos não virão a sair do estabelecimento.²⁰

Assim, na ausência de expressa disposição legal que autorize o aproveitamento do crédito em tais situações, não gera direito ao crédito fiscal pelas entradas, quando ocorrerem fatos ou eventos que interrompem o ciclo comercial, isto é, o evento ou fato ocorrido impede que ocorra ou haja uma saída tributada, exatamente em face de situações tais como a aquisição do bem para uso e consumo ou para integração ao ativo imobilizado.

A vedação do crédito, em tais casos, não infringe o princípio constitucional da não-cumulatividade²¹, mas antes evita o acúmulo de

¹⁷ Fernando A. Brockstedt, *O ICM*, cit., p. 251.

¹⁸ Samuel Monteiro, *Tributos e Contribuições*, Tomo III, cit., p. 236.

¹⁹ Fernando A. Brockstedt, *O ICM*, cit., p. 252.

²⁰ STF, RE n.º 105.886/SP, 1ª T., Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 06.12.85, p. 22585; STF, RE n.º 113.395/SP, 1ª T., Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 07.08.87, p. 15441.

²¹ Walter Gaspar, *ICMS Comentado*, cit., p. 170.

créditos ilegítimos²² e o enriquecimento sem causa do contribuinte, que, tendo adquirido o bem para uso e consumo ou integrado o mesmo ao seu ativo fixo, e não para dar saída tributada ou promover a circulação econômica ou jurídica, não poderá mais utilizar o crédito fiscal do ICMS.²³

Esta, pois, a sistemática que vigorava anteriormente à edição da LC 87/96: era o chamado critério do *crédito físico* (ou valor acrescido bruto), em que a legislação admite a dedução do imposto apenas em relação às entradas físicas de mercadorias que, fisicamente, irão sair do estabelecimento, mesmo que integradas a outras mercadorias, como deixavam claro o §3º do art. 3º do revogado Decreto-Lei n.º 406/68 e os arts. 31, incs. I e II, e 32, inc. I, do Convênio ICM 66/88.

A LC 87/96, no entanto, adotou a sistemática do *crédito financeiro* (ou valor acrescido líquido), pois admite o crédito fiscal de todos os bens entrados no estabelecimento, inclusive de ativo fixo e de consumo. Tal sistemática, no entanto, somente passa a vigorar nos termos do que dispõe o art. 33 do referido diploma legal:

"Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2000;²⁴

II - a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da entrada desta Lei Complementar em vigor;

III - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, nele entradas a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor."

Assim, a partir de 1º.01.2000, poderão os contribuintes utilizar os créditos referentes às mercadorias destinadas a *uso e consumo* do estabelecimento (art. 20 c/c art. 33, inciso I) e a partir de 1º.11.96, aqueles referentes às mercadorias destinadas ao *ativo fixo* do estabelecimento (art. 20 c/c art. 33, inciso III).

Restaram revogadas, assim, as disposições em sentido contrário do Convênio ICM n.º 66/88 que, no inciso II de seu art. 31, vedava o crédito

²² Samuel Monteiro, *Tributos e Contribuições*, Tomo III, cit., p. 237.

²³ Inciso I com redação determinada pela Lei Complementar n.º 92, de 23 de dezembro de 1997.

²⁴ Nesse sentido: Hugo de Brito Machado, *Aspectos fundamentais do ICMS*, São Paulo: Dialética, 1997, p. 139-144; Rubens Miranda de Carvalho, *ICMS: Comentários à lei complementar n. 87/96*, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 310; Eliassandra Monteiro Freire de Menezes, "O crédito fiscal de ICMS e as embalagens para o transporte de mercadorias", cit., p. 15.

do imposto na entrada de bens destinados ao consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento.

No entanto, quanto às operações que ocorrerem até então, isto é, quanto às relações jurídicas que se firmaram anteriormente à edição da referida lei complementar - a regra aplicável é a do art. 31, Inc. II, do Convênio 66/88 (lei complementar em sentido material, segundo a jurisprudência consolidada do STJ) - que veda o aproveitamento do crédito relativo às mesmas -, que não tinha sido objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, e, portanto, era plenamente eficaz.

5. Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que a limitação temporal ao direito ao crédito do ICMS nas entradas de bens de consumo ou de ativo permanente contida nos incisos I e III do artigo 33 da Lei Complementar n.º 87/96 não é inconstitucional nem tem aplicação a fatos anteriores ao início de sua vigência.

Assim sendo, é totalmente improcedente o pleito dos contribuintes que pretendam o reconhecimento judicial do direito ao aproveitamento e lançamento dos créditos em sua escrita fiscal relativos àquelas operações anteriores ao início de vigência dessa norma, como está no art. 33, da Lei Complementar n.º 87/96.²⁵

²⁵ Samuel Monteiro, *Tributos e Contribuições*, Tomo III, cit., p. 237.

DA DEMOCRATIZAÇÃO DO SABER JURÍDICO*

INDRA MARA BESSA

Procuradora do Estado

Prof.^a de Direito Constitucional do CIESA

Dois conceitos interligados na sua essência e na sua história: direito e democracia. Num olhar sobre as origens das instituições jurídico-políticas ocidentais, vemos num primeiro momento, a mítica e a poética do período homérico, apresentar a justiça "Themis", personagem divina, que se pronunciava através dos sacerdotes e patriarcas familiares, detentores de um poder e de um saber recebidos diretamente das divindades, impostos verticalmente de cima para baixo, indiscutíveis porque oriundos diretamente do Olimpo. Foi num segundo momento histórico, quando o povo começava a mostrar sua força e seu poder de pressão, que foi se consolidando a democracia grega, e o conceito de justiça se horizontalizou na justiça isonomia, ou seja, da justiça igualdade.

A partir daí, segue-se a dialética inexorável da história, oscilando entre justiça igualitária e justiça arbitrária, entre participação e dominação, agudizando-se o problema no Estado Moderno e, sobretudo, no Estado Capitalista.

Nas sociedades modernas, o direito assumiu uma complexidade a nível da realidade econômica, social e política. Tal complexidade transformou o que deveria ser uma prática normal de cidadania, num saber situado e sitiado em determinados locais, ora a serviço do poder, ora identificado com o próprio poder.

Uma construção ideológica e legitimadora, estabeleceu uma teoria capciosa, tripartindo as funções do Estado/Poder, em três, dando ao Legislativo as atribuições de fazer as leis, e ao Judiciário de interpretá-las e aplicá-las em concreto. Aparentemente estava solucionado o sistema de autocontrole dos atos do governo e garantido o direito de cada cidadão. O Direito instituído dentro do próprio aparelho estatal, seria o fator limitante dos excessos do poder do príncipe, assegurando simultaneamente os direitos dos súditos.

Esta realidade construída por um imaginário mitificado e mistificador, oculta, na verdade, um real concreto distorcido e distante desse panorama ideal, porque o direito deixou de ser um saber empírico, para alçar-se num saber teórico só acessível a iniciados, num conlúio tácito e cruel entre o saber poder acadêmico e o saber do poder dos aparelhos estatais.

* Trabalho que deveria ter sido apresentado no 2º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública.

Na complexidade quase indecifrável da sociedade de produção, o saber jurídico torna-se cada vez mais complexo, mais iniciático e, simultaneamente mais dominador. Decifra-me ou eu te devoro, é o desafio dessa esfinge monstruosa, que despiu-se da simplicidade didática dos juriconsultos romanos, ou mesmo das glosas pragmáticas dos bolonheses, para alçar-se *nas teses acadêmicas e nas interpretações sistêmicas - de sistemas fechados em relação a própria sociedade dizendo-se positiva, acaba assumindo a logomaquia das construções filosóficas medievais, bastando-se a si mesma e sem qualquer tonalidade existencial. Os juristas constroem mais ficção que qualquer poeta.*

Este o cerne do problema. O saber jurídico, que deveria ser o norte orientador das relações entre cidadãos e destes com a Cidade, não se conceitualiza a nível do real concreto. Os jargões incorporados pelo senso comum teórico dos juristas é absolutamente dissonante com a realidade e as possibilidades de uma sociedade tão ampla quanto desigual, em que o pretenso cidadão, não passa de um excluído, a margem do conhecimento dos seus direitos e, mais ainda de seus deveres, de que só toma conhecimento quanto flagrado pelos controladores do comportamento dos cidadãos nos atos que as leis classificam como delituosos.

Este o lado direito do direito. O avesso está nas relações concretas de uma sociedade que o lado direito teima em desconhecer.

O saber jurídico está assim enclausurado nas instituições acadêmicas, nas corporações de profissionais do direito, ou nos aparelhos estatais.

Ninguém poderá alegar desconhecimento da lei, para eximir-se de cumpri-la, é a máxima ditada pelos códigos para uma massa de analfabetos ou pior ainda, de alienados apenas alfabetizados, ou, se quiserem, de letrados pouco esclarecidos.

Democracia é participação. Participação é conhecimento. Ninguém participa do que não conhece. A consolidação de qualquer regime democrático passa necessariamente pelo acesso de todo cidadão a um saber jurídico, que deve ser divulgado, popularizado, didaticamente transmitido a todos os níveis sociais. Em boa hora, a OAB Federal, a quem o MEC delegou atribuições para um exame preliminar de todo projeto de curso jurídico, condicionou sua aprovação, entre outros itens, a que se proponha desenvolver um programa de extensão do saber jurídico às comunidades da região.

Mas há uma outra concepção de democratização do saber jurídico. E este diz respeito não só a divulgação de seus conhecimentos, mas de uma submissão da norma às aspirações e problemas concretos do cidadão. A norma, abstrata genérica, não pode bastar-se a si mesma, ou ser interpretada a luz de estruturas teóricas de análise idealmente ou, pior, ideologicamente construídas pelo saber/poder dominante. É preciso mais

do que nunca, destronar Themis do Olimpo, e buscar a isonomia na aplicação da lei. Buscar essa igualdade que não é contra qualquer classe ou estamento social, mas a favor das necessidades de uma sociedade concreta, sem ódios, mas sem privilégios, exigindo mais de quem tem mais, concedendo mais a quem mais necessite. Esta a verdadeira proposição de um saber jurídico democrático, um saber dotado, permitam o pleonismo, da mais verdadeira sabedoria.

DAS REFORMAS CONSTITUCIONAIS

REIS FRIEDE*

Não obstante as diversas críticas apresentadas por ocasião dos trabalhos constituintes que deram origem a atual Constituição - dentre as quais a sublime advertência que a mesma, da forma como estava redigida, acabaria por tornar ingovernável o País, em face, sobretudo, dos preceitos nitidamente demagógicos que passaram a incorporar o texto constitucional final -, a verdade é que a Constituição de 1988 acabou sendo promulgada no calor das paixões políticas que nuclearam a sua concepção originária, tornando, em poucos anos de sua vigência, realidade plena não só toda a sorte de previsões sombrias, mas sobretudo, ensejando, por efeito conseqüente, uma ampla discussão sobre a sua necessária e ampla reforma, apenas quatro anos após o início de sua vigência.

Como resultado último deste genuíno processo reformador, inaugurado com a Emenda Constitucional nº 1, de 31 de março de 1992, diversas emendas foram propostas e aprovadas, alterando, sobremaneira, o texto constitucional original, adaptando-o, em última instância, à realidade sócio-política-econômica brasileira.

Embora o processo de reforma da Constituição (que, de certa maneira, é permanente) esteja distante de sua conclusão (pelo menos no que concerne a seus aspectos fundamentais), é fato que, até o presente momento, diversas emendas (além de seis de revisão) já foram aprovadas, alterando diversos aspectos políticos-jurídicos da Constituição.

Não obstante, continuam em tramitação no Congresso Nacional as denominadas Reforma Administrativa, Reforma Previdenciária, Reforma Tributária, Reforma do Poder Judiciário e a chamada Reforma Política.

1. Reforma Administrativa

Das cinco grandes reformas projetadas para o vigente texto constitucional, sem a menor sombra de dúvida, destaca-se, pela imperiosa necessidade da modernização urgente da chamada máquina governamental, a reforma administrativa que, em última análise, objetiva modernizar (adaptando a realidade brasileira atual) as relações entre o Estado e a sociedade (no que diz respeito, particularmente, à prestação dos serviços públicos) e entre o Estado e seus agentes (no que alude, sobretudo, ao maior rigor na disciplina jurídica do servidor público),

(*) Reis Friede, Mestre e Doutor em Direito Público, é atualmente Professor Titular e Coordenador dos Cursos de Pós Graduação Lato Sensu na UNESA, Magistrado Federal e ex-membro do Ministério Público, é autor de diversas obras jurídicas, dentre as quais "Curso de Direito Constitucional", Forense, RJ

estabelecendo novos regramentos concernentes aos princípios constitucionais relativos à função pública (e, em certos aspectos, aos próprios cargos públicos).

Os principais pontos da denominada reforma administrativa dizem respeito, sobretudo, à disciplina jurídica dos agentes públicos, - no que concerne particularmente ao estágio probatório (o lapso temporal necessário para o funcionário público tornar-se estável, originalmente de dois anos, sobe para três anos), à flexibilidade do regime de estabilidade (por insuficiência de desempenho e excesso de quadros), ao estabelecimento de teto salarial, à disponibilidade remunerada, às acumulações e vinculações, à revisão anual de salários, ao estabelecimento público de subsídio e a definição de carreiras de Estado, à qualidade do serviço público e ao controle sobre os gastos públicos nos seguintes termos:

a) Quebra da Estabilidade por Insuficiência de Desempenho: Pela primeira vez poderão ser demitidos servidores estáveis que não tiverem uma avaliação satisfatória de seu desempenho. Contudo o regulamento não será auto-aplicável, devendo o Congresso aprovar uma lei complementar estabelecendo as regras para esse tipo de demissão. O objetivo é evitar, em última análise, as demissões políticas e a eventual perseguição de funcionários. A lei tratará do direito de defesa do servidor e dos critérios para aferir a insuficiência de desempenho.

b) Quebra de Estabilidade por Excesso de Quadros: União, Estados e Municípios também poderão demitir funcionários quando a despesa com a folha de pagamento dos servidores exceder o limite com gastos de pessoal estabelecido pela chamada "Lei Camata", que é de 60% da receita. Para se adequar a esse parâmetro, por efeito, poderá ser quebrada a estabilidade dos servidores. Mas, antes de demitir os estáveis para reduzir as despesas, os Governos terão primeiro que cortar em pelo menos 20% os gastos com o cargo de confiança e demitir os funcionários não-estáveis (são aqueles que foram admitidos sem concurso público após 5 de outubro de 1988). Além disso, o cargo do servidor demitido será extinto imediatamente, sendo proibida a criação de cargo semelhante durante quatro anos, evitando, desta feita, as demissões de natureza política.

c) Teto Salarial: É fixado um valor máximo de remuneração (os vencimentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal) para os salários de todo o funcionalismo federal, incluindo o Presidente da República e os integrantes dos Poderes Judiciário e Legislativo. Os Governos estaduais e municipais deverão fixar seus subtetos ou adotar o teto federal como limite para os salários dos seus servidores.

(**Exceção ao teto:** Os funcionários das entidades paraestatais lucrativas como a Petrobrás, ficam de fora do teto salarial. Isso porque o teto só vale para os funcionários das empresas que usam dinheiro do Tesouro para o pagamento de suas folhas, e não para aquelas que possuem recursos próprios.)

d) Disponibilidade: Os servidores que ficarem em disponibilidade remunerada terão salário proporcional ao tempo trabalhado e não mais perceberão vencimentos integrais, retornando, por consequência, ao regramento vigente na CF/67.

e) Acumulações e Vinculações: Acabam a possibilidade de acumular dois empregos públicos (exceto nos casos de médicos e professores) e as vinculações de categorias para efeito de aumento de salário.

f) Revisão Anual de Salário: A partir da nova Lei, os salários dos servidores e dos integrantes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário terão de ser fixados por lei específica. Deputados e senadores não poderão, como permite o texto original da CF/88, aumentar seus próprios salários por decreto legislativo. Também é assegurada a revisão geral anual e sempre na mesma data dos salários dos servidores.

g) Subsídios: Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ficam obrigados a publicar, todo ano, o valor dos subsídios (nova designação para os salários do Presidente, dos Ministros e dos Parlamentares), assim como das remunerações pagas aos servidores em geral.

h) Carreiras de Estado: Serão definidas por lei específica as chamadas carreiras típicas do Estado. E acaba a imposição ao Governo de contratar servidores pelo Regime Jurídico Único, permitindo contratações pela CLT, por exemplo. Além disso, o Governo poderá colocar funcionários em disponibilidade, pagando salários proporcionais ao tempo de serviço.

i) Qualidade de Serviço: A emenda prevê a criação do Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, uma nova lei que permitirá ao Ministério Público e à Defensoria Pública defenderem o cidadão mal atendido.

j) Contrato de Gestão: Novo instrumento que permite autonomia a órgãos da administração pública, com definição de gerenciamento e sistema salarial próprios e definição de metas. Servirá a órgãos de excelência, como institutos de educação controle de qualidade e metrologia.

l) Orçamento: Os órgãos da Administração pública que economizarem seus orçamentos poderão receber essa dotação no ano seguinte para melhorar salários, recompor quadros ou contratar funcionários para suprir vagas, além de incremento a programas que necessitem de novas verbas. Atualmente, o dinheiro que sobra retorna integralmente ao Tesouro para que o Governo possa aplicar aonde quiser, desincentivando, em certa medida, a economia de recursos.

m) Transferência de Recursos para Estados e Municípios: Aqueles que não cumprirem a denominada "Lei Camata" não terão direito à transferência voluntária de recursos, antecipação de receita ou operação de créditos junto aos bancos oficiais para cobrir a folha de pagamento.

O texto final da Emenda Constitucional 19/98 – que ainda alude a outros aspectos – restou consignado através da seguinte redação:

Emenda Constitucional nº 19/98.

(Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal e dá outras providências).

"Artigo 1º Os incisos XIV e XXII do artigo 21 e XXVII do artigo 22 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 21. Compete à União:

XIV – organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economias mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Artigo 2º O § 2º do art. 27 e os incisos V e VI do art. 29 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, inserindo-se § 2º no art. 28 e renumerando-se para § 1º o atual parágrafo único:

Art. 27 § 2º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39º, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Art. 28 § 1º Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I IV e V.

§ 2º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Art. 29 V – subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

VI – subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

Artigo 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º.

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, aos seguintes:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende da natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privada em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, **não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;**

XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV – os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV – o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153 § 2º, I;

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos a funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros informativos e a informações sobre os atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego na administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

§ 8º A autonomia gerencial orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal;

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou custeio em geral.

Artigo 4º O caput do art. 38 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

Artigo 5º O art. 39 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 39 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes:

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II – os requisitos para a investidura;

III – as peculiaridades dos cargos;

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aprimoramento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo exigir.

§ 4º O membro do Poder, o detentor de mandato eletivo,

os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

§ 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

§ 8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada no termos do § 4º.

Artigo 6º O art. 41 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – **mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa.**

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em **disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.**

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o

servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até o seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Artigo 7º O art. 48 da Constituição Federal passa a vigorar da seguinte maneira acrescido do seguinte Inciso XV:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

XV – fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I”.

Artigo 8º Os incisos VII e VIII do art. 49 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

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

VII – fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

VIII – fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros,”

2. Reforma Previdenciária

Das diversas reformas constitucionais efetivadas e projetadas, a reforma previdenciária é a que tem gerado maior polêmica, em decorrência, particularmente, das alterações radicais propostas que objetivam, em última análise, adequar, à realidade econômica do País, o sistema previdenciário atual, tornando-o viável para o próximo século.

Os principais pontos da reforma previdenciária aludem aos seguintes tópicos:

a) **Fim da Aposentadoria Especial no Setor Público**: Os magistrados, integrantes dos Tribunais de Conta da União e dos Estados e do Ministério Público não terão regras especiais. Como os demais funcionários públicos, terão de comprovar 35 e 30 anos de contribuição, e sujeitar-se-ão ao teto previsto na reforma administrativa no valor das aposentadorias.

b) Tempo de Contribuição: Para requerer a aposentadoria é preciso comprovar 35 anos de contribuição (homem) e 30 (mulher). A regra vale para os setores público e privado. Acaba a aposentadoria por tempo de serviço.

(Tempo de Serviço: É o período mínimo de trabalho efetivo para que uma pessoa possa requerer aposentadoria atualmente. Pela Constituição de 88 esse tempo é de 35 anos (homens) ou de 30 (mulheres), salvo algumas categorias consideradas especiais, que se aposentam cinco anos mais cedo. Hoje, para se obter a aposentadoria, no entanto, não é preciso que a pessoa comprove ter contribuído todos os 30 anos ou 35 anos para a Previdência. Ela pode ter contribuído apenas uma parte, mas precisa provar que trabalhou todo o tempo. Muitas vezes, basta um documento assinado por um antigo patrão, como comprovação de trabalho, mesmo sem carteira assinada ou contribuição para a Previdência. O cálculo da aposentadoria é feito com base nos últimos três anos de contribuição).

Tempo de Contribuição: é o período mínimo de contribuição para o INSS que passa a dar direito à aposentadoria. A mudança prevista na reforma acaba com o tempo de serviço, substituindo-o pelo tempo mínimo em que as pessoas pagam ao INSS, que será de 35 anos para o homem e de 30 anos para a mulher. Pela interpretação corrente, quem, em princípio, não contribuir não vai se aposentar).

c) Limite de Idade nas Regras de Transição: Em princípio, haverá uma idade mínima (60 anos para homens e 55 para mulheres) para a aposentadoria para aqueles que estiverem ingressando no mercado de trabalho após a promulgação da emenda previdenciária. Quem já estiver integrado ao sistema até a promulgação da emenda pode optar por uma regra de transição que permite ao homem se aposentar aos 53 anos e à mulher aos 48 anos, desde que já tenham contribuído 35 anos ou 30 anos. Quem não tiver completado essa exigência, e quiser se aposentar antes, terá de trabalhar mais 40% do tempo de contribuição que ainda falta (se uma mulher tem 48 anos e 28 de contribuição, por exemplo, terá de trabalhar mais 40% dos dois anos que faltam para completar os 30 anos de contribuição exigidos).

d) Provento dos Servidores da Iniciativa Privada: O teto do setor privado (regime geral da previdência) é R\$ 1.200,00. Quem ganha acima disso e quer aposentadoria maior tem de recorrer às aposentadorias complementares privadas.

e) Acúmulo de Aposentadoria e Salário: Médicos, professores, detentores de mandatos eletivos e cargos em comissão podem acumular aposentadoria e salário de emprego público, desde que não ultrapassem o teto estabelecido na reforma administrativa. Os demais servidores ficam proibidos.

f) Fundos de Pensão: Deverão se ajustar, em dois anos, à norma que proíbe as empresas de repassar contribuição maior do que a recolhida pelos segurados, ou seja, a proporção não poderá ultrapassar um por um.

g) Paridade: Os aposentados do serviço público terão direito às mesmas alterações de salário dos servidores da ativa. Isso vale para

benefícios ou vantagens concedidas após a aposentadoria, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação dos cargos antes ocupados.

h) Aposentadoria Especiais do Setor Privado: Acabam, nos casos de professores universitários e jornalistas, por exemplo. Só têm direito a se aposentar aos 30 anos (homem) e 25 anos (mulher) os professores do ensino básico e os profissionais que exercem atividades insalubres previstas pela Organização Internacional do Trabalho.

i) Trabalhador Rural e Outros: Trabalhadores rurais, garimpeiros, pescados e os que trabalham em regime exclusivo de economia doméstica poderão se aposentar aos 60 anos (homens) e 55 anos (mulheres), mesmo, à guisa de excepcionalidade, sem comprovação efetiva, de contribuição.

j) Anistiados Políticos: Prevalecem as regras atuais de reajuste dos benefícios. Pela Lei da Anistia, a aposentadoria tem caráter indenizatório, por efeito, não há limitação ao teto geral do INSS de R\$ 1.200,00.

3. Reforma Tributária

Uma das mais importantes reformas constitucionais diz respeito à alteração do regramento fundamental do regime fiscal, estabelecendo uma normatização estrutural no que concerne não só à arrecadação e à competência dos governos federal, distrital, estaduais e municipais, em termos de imposição de tributos, mas também da responsabilidade pela provisão dos bens e serviços públicos, nas várias esferas do governo.

A base da proposta é que o conjunto dos novos impostos permita somar a mesma arrecadação de cerca de R\$ 100 bilhões que os tributos que irão desaparecer. Outra premissa fundamental é que a carga tributária do País - estimada em 31% do Produto Interno Bruto (PIB) - fique estável e que os Estados e Municípios não percam recursos, não obstante o acréscimo de arrecadação outorgado pela Constituição de 1988, particularmente aos Municípios, sem o devido e correspondente acréscimo de responsabilidade no que alude a prestação de serviços públicos.

(A discussão sobre a dimensão ótima do Estado (setor público) no que concerne aos limites do Estado na esfera da União, dos governos Estaduais e Distritais e dos poderes municipais foi sistematizada pela primeira vez (ainda que de forma rudimentar) na literatura econômica por Adam Smith (1723-1790) em sua obra "A Riqueza das Nações" (1776) e experimentada, ao limite, na efetivação plena do capitalismo social da Escandinávia que, através do chamado "socialismo fiscal", permitiu que os gastos públicos chegassem ao montante de 76% do PIB durante a década de 80.

Mais recentemente, no entanto, - após incontáveis anos de experiência, incluindo, dentre estas, o período da derrocada da economia centralmente planejada de feição socialista, ensaios contemporâneos (Vito Tanzi e Ludger Schuknecht,) parecem concluir no sentido do "tamanho ótimo" para os gastos públicos (financiados exclusivamente através da carga tributária) na magnitude de 30% do PIB, entendendo que gastos inferiores produziram carências em áreas vitais (atividades essenciais, como: segurança pública, garantia da soberania externa, função legislativa e judiciária) e também em setores sociais (tais como:

educação, saúde, transportes etc). Para gastos superiores ao patamar de 40% do PIB, preconizam os estudiosos do tema que o Estado passaria a uma autêntica "administração do desperdício", permitindo que a receita perdesse a necessária correspondência com a despesa. Nesse contexto, segundo as mais recentes estatísticas do Fundo Monetário Internacional (FMI), nos Estados Unidos os gastos públicos já teriam recuado de 41% para 34% do PIB, na Inglaterra de 56% para 39% e, na Suécia, a queda contabilizada teria sido de 72% para 46%).

No Brasil, apesar das estimativas que admitem uma despesa pública anual de aproximadamente 37% do PIB, o governo insiste em números menores, que, não obstante o reconhecido deficit das contas públicas (financiado com recursos externos (dívida externa) e interna (deficit fiscal)), estariam mais próximos do valor global da arrecadação tributária (31% do PIB).

As mudanças já definidas, tecnicamente, para os impostos federais, são:

a) **IMF (Imposto sobre Movimentação Financeira)** que, na proposta da reforma tributária substitui, de forma permanente, a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), na qualidade de antecipação do Imposto de Renda, permitindo, de forma não vinculativa (ao financiamento do setor de saúde), cobrir diversos gastos (inclusive no setor de saúde) da manutenção da máquina pública.

b) **IVA (Imposto sobre o Valor Agregado)** que substituirá o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). A partir do momento em que for criado, nascerá livre de incentivos ou benefícios fiscais. Para os incentivos existentes, haverá uma regra de transição. A tendência é de que seja um imposto de uma única alíquota e base de cálculo facilmente identificável, embora os técnicos admitam que possa haver, como em vários países, uma alíquota reduzida para a comercialização de bens específicos (cesta básica e medicamentos).

c) **IOF (Imposto sobre Operações Financeiras)**: na reforma a intenção do projeto é de que esse imposto sobre operações financeiras volte e ser regulatório e não tenha a função de hoje que é de arrecadar receitas. Passaria, assim, a oscilar para cima ou para baixo, conforme as necessidades da política macroeconômica, de incentivar ou reprimir a oferta de crédito ou o ingresso de capitais externos no país. Para que, no futuro, a receita desse imposto financie gastos correntes, a idéia é destiná-la à reserva de contingência.

d) **IR (Imposto de Renda)** que, segundo o projeto da reforma, permanece como está, assim como não deverá haver mudanças nos impostos regulatórios sobre comércio exterior nem no Imposto Territorial Rural (ITR).

e) **Contribuições Parafiscais**: A Contribuição Social sobre o Lucro Líquido será extinta, assim como PIS-PASEP e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (CONFINS). Mas a União não perderá

receita, já que as alíquotas dos demais impostos será calibradas de forma a compensar perdas com os que serão eliminados.

Para os Estados a proposta de reforma apresenta as seguintes formas de arrecadação:

f) **IVV (Imposto sobre Vendas a Varejo)** que será a principal fonte de receita dos Estados, em substituição ao ICMS. O Ministério da Fazenda propõe alíquota única para todos os Estados da federação, colocando, assim, um fim na guerra fiscal dos governadores em busca de mais investimentos e vantagens para seus Estados. A competência para fixar a alíquota do IVV deverá ser do governo federal.

g) **Imposto Seletivo**: este é outro caso de imposto cuja competência regulatória será da União, que delegará aos Estados a tarefa de cobrar o tributo que deverá incidir sobre alguns bens (como cigarros e bebidas) e serviços. A arrecadação fica com os Estados, que contam, ainda, com parte da receita do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).

Para os Municípios, as fontes de arrecadação serão:

h) **IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano)** já existente.

i) **ITBI (Imposto Sobre Transmissão de Bens Intervivos)** também já existentes. O imposto sobre serviços será extinto.

A concepção básica do projeto de reforma é que ela seja “neutra” na partilha das receitas entre a União, os Estados e os Municípios. O que assegurará essa neutralidade é a criação de um fundo especial de cerca de R\$ 10 bilhões (cerca de 8% da receita tributária total), que fará a compensação entre as unidades da federação. Em princípio, esse fundo poderá conviver com os já existentes – fundos de participação dos Estados e dos Municípios – ainda que isto não esteja decidido. A idéia central em todos os casos, é desonerar a atividade produtiva, imprimir forte impacto sobre as exportações, eliminar tributação em cascata e, por fim, evitar guerra fiscal, tudo isso sem repercussão sobre os preços.

4 Reforma do Poder Judiciário

A denominada reforma do Poder Judiciário, segundo seus mais importantes defensores, objetiva, acima de tudo, tornar mais ágil a prestação da tutela jurisdicional, desafogando os julgamentos monocráticos e os diversos tribunais de um volume de processos que vem crescendo em proporções geométricas, comprometendo (e até mesmo, em alguns casos, inviabilizando) a distribuição da justiça.

O principal ponto da proposta de reforma alude a criação da

chamada "súmula vinculante" que, em última análise, impediria a insensata repetição de julgamentos de causas idênticas, em deserviço à necessária eficiência e presteza da máquina judiciária (86). Porém, a proposta é, em essência, mais ampla, e inclui ainda a "desconstitucionalização" de diversas matérias que passariam a ser reguladas por lei ordinária e a "descentralização legislativa", pelo menos, parcial para os Estados-Membros, reduzindo, sobremaneira, o excessivo volume de matérias disciplinadas exclusivamente por lei federal e pela Constituição, reduzindo a necessidade de constante pronunciamento das denominadas instâncias especial (STJ) e extraordinária (STF).

"O Estado Democrático de Direito não se realiza plenamente sem um Judiciário independente e eficaz, que promova o efetivo cumprimento da Constituição e das leis do País, garantindo a credibilidade do sistema jurídico. Para isso, a reforma constitucional deve incluir o Judiciário. O funcionamento eficaz da Justiça não depende apenas do Judiciário, mas também da política, do Ministério Público e dos advogados. No entanto, é preciso modernizar o Judiciário, aparelhando-o com os meios materiais e os recursos humanos necessários e eliminando-se anacronismos legislativos e administrativos que geram a lentidão na prestação jurisdicional e o acúmulo de processos.

As propostas de reforma constitucional do Judiciário sugeridas pelo ministro da Justiça, Nelson Jobim, em artigo publicado pela Folha de São Paulo de 25 de fevereiro próximo passado, são, a nosso ver, de grande seriedade e demonstram pleno conhecimento dos problemas e das dificuldades existentes no setor.

Há anos vem se agravando a situação do acúmulo inaceitável de processos nos tribunais superiores, especialmente no Superior Tribunal de Justiça (que sucedeu ao extinto Tribunal Federal de Recursos) e no Supremo Tribunal Federal. Quem conhece bem estes tribunais – ministros, procuradores e advogados – sabe que a maioria das questões submetidas a julgamento já foram decididas anteriormente em casos análogos, mas valendo apenas para "as partes". A *res judicata* beneficia apenas a parte vencedora da causa. Assim, cerca de metade dos processos em andamento nos tribunais diz respeito a questões já decididas, que não podem ser "estendidas" aos interessados em situação absolutamente idêntica. E, o que é mais grave, a maioria envolve o próprio Estado como sucumbente, do qual o Judiciário faz parte, sendo que aqui os interessados devem aguardar anos, nas

filas dos precatórios judiciais, para cumprimento das decisões. Se isso aos olhos do jurista parece inaceitável, para o leigo é uma estupidez, ou um absurdo.

Tal situação, além de produzir grande acúmulo de processos (não apenas nos tribunais superiores, mas no Judiciário em todo o país) gera, obviamente, a instabilidade jurídica com alguns sendo beneficiados por decisões judiciais e outros não, mesmo após decidida em última instância a questão.

O problema torna-se mais grave diante das peculiaridades históricas da federação brasileira. Todas as matérias relevantes são reguladas por lei federal. É a Constituição Federal, excessivamente analítica, inclui muitas normas apenas formalmente constitucionais. As questões jurídicas, pois, na sua maioria, passam a ser federais, quando não constitucionais, e tendem a chegar ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, ao lado da necessidade de "desconstitucionalização", matérias que devem ser realmente reguladas por lei ordinária, e das descentralização legislativa, pelo menos Parcial, para os Estados, deve-se conferir o "efeito vinculante" às decisões dos tribunais superiores, especialmente do STF e do STJ. Não é possível que as decisões dos tribunais mais importantes do País tenham eficácia tão limitada, após amplamente discutidas as questões na Justiça Federal ou Estadual de 1ª instância e nos tribunais regionais federais ou nos tribunais de justiça dos estados.

Por outro lado, o acesso ao Judiciário e o *due process of law* garantidos pela Constituição asseguram o "duplo grau de jurisdição", mas não o direito a quatro instâncias judiciais. As instâncias extraordinárias ou especiais existem para as questões nacionais no campo da interpretação das leis federais e da Constituição. Na prática, todavia, os recursos extraordinários ou especiais existem para as questões nacionais no campo da interpretação das leis federais e da Constituição. Na prática, todavia, os recursos extraordinários no STF têm se tornado os mais comuns e de "extraordinários" só tem mesmo o nome. O mesmo ocorre com relação aos recursos especiais no STJ.

Ao conferir "efeito vinculante" às decisões dos tribunais superiores, proferidas por três quintos dos seus membros, que aprovem "súmulas" de sua orientação jurisprudencial – vinculando a tal orientação todo o Judiciário e a administração pública, nas áreas federal, estadual e municipal – proposta

de reforma constitucional permitirá, sem novos processos, a realização da justiça para os interessados em situação idêntica e reduzirá significativamente a qualidade de processos em tramitação no Judiciário, o que contribuirá para a melhor qualidade da prestação jurisdicional. Além disso, com as súmulas podem ser revistas ou canceladas, permitindo-se a flexibilidade necessária para adaptar a jurisprudência a novas situações surgidas no contexto social, não haverá riscos de dano pela cristalização. A reforma, pois, será extremamente salutar para a eficácia da Justiça e a credibilidade do sistema jurídico.

As medidas propostas, na verdade, encontram fundamento na experiência bem-sucedida no Direito Comparado. Não é preciso citar a prática mais recente do Direito Continental Europeu, por intermédio das Cortes Constitucionais. Nos Estados Unidos da América, de acordo com a doutrina do *stare decisis*, que estabelece o primado do precedente judicial, o problema nem mesmo chega a existir. Decisões da Suprema Corte (*U.S. Supreme Court*) vinculam o Judiciário e valem para todo o país e para todos. O mesmo ocorre relativamente à Corte Federal de Apelação (*Federal Court of Appeals*). No Brasil, inexistente tal doutrina – a despeito da inspiração da primeira república no direito constitucional americano – criou-se, a partir da Constituição de 1934, o papel do Senado de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais, dando caráter *erga omnes* às decisões judiciais, posteriormente em relação apenas às decisões do Supremo Tribunal Federal. Este caráter, no entanto, não se confunde com o “efeito vinculante”, nem a missão pode ter pleno êxito pela conotação subalterna que assumiu.

A experiência americana, cujo Judiciário sempre esteve mais perto da população, de acordo com a tradição do *commo law*, demonstra o espírito democrático no qual se inspiram tais propostas de reforma constitucional do Judiciário brasileiro. Todos esperam, na defesa dos seus direitos, que solucionem rapidamente e com justiça os conflitos intersubjetivos de acordo com o ordenamento jurídico, o que gera estabilidade. Os princípios de legalidade e da igualdade – essenciais ao Estado Democrático de Direito – não fariam qualquer sentido sem um poder capaz de fazer cumprir e por em prática, para todos, com a necessária presteza, a Constituição e as leis do País.” (Geraldo Brindeiro *in* As Reformas Políticas e do Judiciário, JCB, 3/4/96).

(Deve ser observado, por oportuno, que a concepção básica do efeito vinculante nasceu originalmente com a edição de Emenda Constitucional nº 3/93 que, dentre outras, modificou o disposto no art. 102 da Constituição Federal de 1988 – especialmente o seu § 2º –, emprestando-lhe nova redação, *verbis*:

“Art. 102 –

I –

a) a ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal;

§ 1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

Não obstante esta mesma norma jurídica – cristalizadora do denominado Poder Constituinte Derivado Reformador (ou simplesmente Poder Constituinte de 2º Grau) – ter sido objeto de impugnação junto ao Supremo Tribunal Federal, sob o argumento básico de que a mesma contrariava preceitos constitucionais (*rectius*, cláusulas pétreas e disposições fixas) limitadores do chamado Poder Legislativo de Reforma (poder de emenda ou poder revisional), esta mesma Corte Constitucional, através de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, entendeu, por voto de maioria do plenário, pela inconstitucionalidade do dispositivo que concebia um novo tributo, *stricto sensu* (IPMF) para vigor no mesmo ano fiscal de sua criação, preservado, por entender plenamente eficaz à luz do atual ordenamento constitucional em vigor – os demais dispositivos, especialmente o que alude à denominada “Ação Direta de Constitucionalidade” (ou ação negativa de inconstitucionalidade) (art. 102, I, alínea a, da CF/88 com a nova redação dada pela EC-3/93) e ao chamado efeito vinculante das decisões de mérito do STF prolatadas nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Desta forma, o atual ordenamento jurídico brasileiro em vigor passou – pelo menos nas situações específicas dos julgamentos definitivos pelo STF, das ações de constitucionalidade positivas e negativas de lei em tese, previstas no art. 102, I, alínea a, da CF/88 – a acatar a tese da ampla vinculação jurisprudencial (até então, em nosso País, a jurisprudência era considerada fonte não formal do direito (cf. a respeito o nosso *Curso de Direito Administrativo*, Forense Universitária, 1993, p. 6), uma vez que as decisões da Suprema Corte, até então, não empenhavam qualquer tipo de vinculação direta e compulsória aos demais juízes de instância inferiores, típica do direito anglo-saxônico, modificando, pelo menos em parte a tradição luso-brasileira em que somente a lei *facto sensu* possui sinérgico efeito vinculante a todos os julgadores.

Por efeito conclusivo, o Direito Brasileiro passou, a partir de 17 de março de 1993, a admitir – ainda que inicialmente de forma restrita aos casos de ação direta, positiva ou negativa, de constitucionalidade da lei em abstrato – o inafastável efeito vinculante a todos os integrantes do Poder Judiciário quanto às decisões meritórias definitivas, proferidas pelo STF, nessas ações, impondo, por consequência, uma autêntica (ainda que velada) restrição à norma jurídica *facto sensu* (revestida sob o arcabouço próprio de lei em sentido amplo) e, até mesmo, de *incidenter tantum* deixar de aplicar a lei *stricto sensu* por reconhecê-la inconstitucional. (é conveniente ressaltar que apenas a Suprema Corte pode “declarar”, por via de ação direta, a eventual inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, com efeito *erga omnis*).

Incidentalmente (ou seja, no curso de uma determinada ação de objetivo diverso), o magistrado pode apenas e tão somente “reconhecer” a inconstitucionalidade de um ato dispositivo, por via de exceção, com efeito inter partes.).

No primeiro julgamento de uma "Ação Direta de Constitucionalidade", inclusive, o Supremo Tribunal Federal fez questão de mencionar o efeito vinculante às instâncias inferiores do Poder Judiciário da decisão que, por fim, entendeu pela declaração de absoluta constitucionalidade da chamada COFINS (contribuição parafiscal, de interesse social, que substituiu, por imposição da Lei Complementar nº 70, de 30/12/91, o antigo FINSOCIAL), encerrando – de forma impositiva, em nosso entender – a tramitação dos processos, versando sobre a matéria, no 1º e 2º grau de jurisdição.

"Julgamento. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1-1

Origem: Distrito Federal

Relator: min. Moreira Alves

Reques: Presidente da República, mesa do Senado Federal e mesa da Câmara dos Deputados.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal conheceu em parte da ação e, nessa parte, julgou-a procedente para declarar, com os efeitos vinculantes previstos, no § 2º do art. 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 03/93, a constitucionalidade dos arts. 1º, 2º e 10, bem como da expressão 'A contribuição social sobre o faturamento não extingue as demais fontes de custeio da Seguridade Social, contida no art. 9º e também da expressão: 'Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores àquela publicação', constante do art. 13, todos da Lei Complementar nº 70, de 30/12/91. Votou o presidente. Falou pelo Ministério Público Federal, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, procurador-geral da República. Plenário, 01/12/93."

Também, a este especial propósito e, - por absoluto respeito à verdade histórica dos fatos -, nunca é demais lembrar que a concepção originária do efeito vinculante – que, em última instância, se deseja ampliar, na oportunidade da reforma do Judiciário, através da adoção da tese da "súmula vinculante" -, surgiu pela imperiosa necessidade de encontrar um mecanismo constitucional alternativo e substitutivo do anterior instituto da avocatória (inaugurado por acasão do advento da EC 7/77 à CF/67) que, à época de sua vigência, permitia, nas hipóteses de questões de relevância jurídica repetitiva, o julgamento único, por reunião de processos, no STF que, desta feita, passaria a decidir em única e última instância, em nome da necessária imposição da segurança jurídica (neste contexto, merece ainda ser consignado, em necessária adição ao acima exposto, que, com a extinção da avocatória, em face da edição da Constituição de 1988, e, em alguma medida, com a posterior revogação da Lei nº 6.825/80, em 1991, restringindo drasticamente a efetiva utilização dos embargos infringentes na Justiça Federal, o volume de recursos aos tribunais, de modo geral, foi dramaticamente ampliado, sobrecarregando, - com o acréscimo de novos processos decorrentes da própria imperfeição da normatização constitucional inaugurada com a Constituição de 1988-, toda a estrutura do Judiciário que, não obstante sua contínua ampliação desde aquela data (a um astronômico custo econômico-financeiro para a Nação), passou a situação de quase inviabilidade da prestação jurisdicional, precipitando, em grande medida, os debates sobre a reforma do sistema).

Ainda que, neste aspecto, tenhamos, em outras oportunidades, defendido a tese do melhor aproveitamento dos instrumentos constitucionais já existentes (efeito vinculante e ação direta de constitucionalidade prevista na EC – 3/93, em lugar da imediata adoção de uma ampla reforma do Judiciário, não podemos deixar de concordar que a situação da prestação da tutela jurisdicional no Brasil, a partir da segunda metade da década de 90, chegou a um ponto de efetivo risco de absoluto e insuperável comprometimento, particularmente pelo inviável custo econômico relativo da máquina judiciária nacional.)

6. Reforma Política

Das cinco principais reformas constitucionais projetadas, a denominada reforma política – por envolver mais proximamente os próprios interessados no que concerne a seus efeitos e resultados parece ser, de todas, a mais complexo no sentido de sua objetiva consecução.

Não obstante a aparente unanimidade em alguns pontos – como, por exemplo, a imperiosa necessidade de aprimoramento da democracia brasileira através do fortalecimento dos partidos e das instituições políticas, de modo geral -, é fato que uma ampla variedade de interesses oligopólicos divergentes tem adiado os debates relativos ao tema, comprometendo, em certa medida, a própria urgência da efetivação última da chamada reforma política.

“O Brasil deverá ingressar no Século XXI com a reforma constitucional plenamente realizada, a fim de permitir o desenvolvimento econômico e social e que o Estado possa efetivamente exercer o seu papel de promover a segurança, a justiça e o bem estar, num regime democrático, participativo e estável. Na reforma constitucional, para assegurar a prosperidade da democracia brasileira, parece-nos indispensável o aperfeiçoamento dos sistema eleitoral e partidário, tem razão, a nosso ver, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Carlos Velloso, quando insiste que as reformas políticas têm de ser realizadas o mais rápido possível.

Para o apropriamento da democracia brasileira, é preciso evitar a fragmentação partidária excessiva e introduzir um sistema de eleições para o Legislativo que estimule o interesse do eleitor na atuação de representantes. O sistema proporcional tem gerado distorções na apreensão da vontade popular, elevados índices de abstenção nas eleições parlamentares e anomalias políticas como as chamadas “legendas de aluguel”.

A conveniência e a viabilidade da adoção de um sistema distrital no Brasil tem sido defendida por juristas eminentes, como Josaphat Marinho, Oscar Dias Corrêa e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e por políticos da importância do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, do Vice-Presidente Marco Maciel, do Presidente do Congresso Nacional, senador José Sarney, e do próprio ministro da Justiça, Nelson Jobim. Nas grandes democracias,

presidencialistas ou parlamentaristas, como os Estados Unidos da América, a Inglaterra e a França, adota-se o sistema distrital puro. A Itália adotou-o recentemente. A Alemanha há muito mantém um sistema misto. Os partidos políticos, por outro lado, devem ainda ser valorizados, estabelecendo-se a fidelidade partidária, vinculando-se a eles os mandatos eletivos, para fortalecer a democracia representativa" (Geraldo Bandeira *in* As Reformas Políticas e do Judiciário, JCB, 3/4/96).



GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
IMPRESSO NAS OFICINAS GUBERNAMENTAIS DA
DIRETORIA GERAL DO ESTADO
Rua Dr. Machado, 66 - Centro
Manaus - Amazonas - Brasil

