



ESTADO DO AMAZONAS

**REVISTA  
DA  
PROCURADORIA  
GERAL  
DO  
ESTADO**



22



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

**REVISTA DA  
PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO**

*16. 2*

R. PGE	Manaus	a. 16	Nº 22	1999
--------	--------	-------	-------	------

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

Rua Emílio Moreira, 1308 – Praça 14  
CEP: 69020-040 Telefone (92) 622-3904  
Manaus-AM

**Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos  
CARLOS ALEXANDRE M. C. M. MATOS**

**Comissão de Revisão:**

MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA, Bibliotecária  
MARIA RITTA SOARES CAVALCANTE, Bibliotecária  
CÁSSIA MAÍSA B. SILVA FERNANDES, Aux. de Gabinete  
ISLENE BOTELHO BARROSO, Assistente de Gabinete  
NÁDIA MARIA G. PEREIRA, Oficial de Gabinete

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-

1983-99 (1-22)

D.Q.C. 340.05



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

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

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador-Geral do Estado

**INDRA MARA BESSA**  
Subprocuradora-Geral do Estado

## **PROCURADORES DO ESTADO DE 1999**

### **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  
Sergio Vieira Cardoso

### **2ª CLASSE**

Adriane Simões Assayag Ribeiro  
Ana Eunice Carneiro Alves  
Ângela Beatriz Gonçalves Falcão de Oliveira  
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho  
Elissandra Monteiro Freire de Menezes  
Erick Cavalcanti Linhares Lima  
Evandro Ezidro de Lima Régis  
Jorge Henrique de Freitas Pinho  
Júlio César Lima Brandão  
Luís Carlos Paula e Sousa  
Maria Hosana Machado de Souza  
Roberta Ferreira de Andrade  
Ronald de Sousa Carpinteiro Péres  
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato  
Suely Xavier Lima

### **3ª CLASSE**

Alberto Bezerra de Melo  
Anna Karina Leão Brasil Salama  
Carlos Alexandre Moreira de Carvalho Martins de Matos

Ellen Florêncio Santos Rocha  
Glícia Pereira Braga  
Heloyza Simonetti Teixeira  
Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha  
Maria Florência Silva  
Neusa Dídia Brandão Soares  
Onilda Abreu Silva  
Ricardo Augusto de Sales  
Ruth Ximenes de Sabóia  
Ruy Marcelo Alencar de Mendonça  
Simonete Gomes Santos  
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 Bernado 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  
Sílvia Pucú Stephano  
Vicente de Mendonça Junior  
Walter Barbosa dos Reis  
Wandina de Araújo Oliveira

### **PROCURADORES FALECIDOS**

Adrião Severino Nunes Neto  
Aureliano Ribeiro Carminé  
Bento Vital de Oliveira  
Caupolican Padilha Gomes  
Elzamir Muniz Frade  
Francisco de Assis Albuquerque Peixoto  
Hélio Sebastião de Castro Lima  
João Nogueira da Mata  
Jorge de Resende Sobrinho  
Moacir da Silva  
Onesmo Gomes de Souza  
Osmar Pedrosa

### **EX-PROCURADORES**

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

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	15
<b>PARECERES</b>	
Parecer n.º 035/99-PPE/PGE. Aposentadoria com proventos proporcionais. Aplicabilidade do art. 140 e do § 2.º do art. 60 da Lei n.º 1.762/86 sob o império da Emenda Constitucional n.º 20. <b>Raimundo Frânio de Almeida Lima</b> .....	17
Parecer n.º 085/99-PPE/PGE. Ex-policiais militares. Readmissão. <b>Raimundo Frânio de Almeida Lima</b> .....	23
Parecer n.º 086/99-PPE/PGE. Contagem de tempo fictício de serviço. Interpretação do § 10 do art. 40 da Constituição Federal. <b>Ana Eunice Carneiro Alves</b> .....	27
Parecer n.º 094/99-PPE/PGE. Isenção da contribuição previdenciária. <b>Ana Eunice Carneiro Alves</b> .....	32
Parecer n.º 013/99-PPIMA/PGE. Direito constitucional. Bem público. Demarcação de terras indígenas. <b>Erick Cavalcanti Linhares Lima</b> .....	39
Parecer n.º 016/99-PPIMA/PGE. Direito civil. Direitos de vizinhança. Lançamento de águas naturais em imóvel inferior. Inteligência do art. 69 do Código de Águas. Responsabilidade civil – Exclusão: art. 160, inciso I, <i>in fine</i> , do Código Civil. <b>Ruy Marcelo Alencar de Mendonça</b> .....	49
Parecer n.º 680/99-PA/PGE. Interpretação do art. 22, § 3.º, da Lei n.º 8.666/93. <b>Glícia Pereira Braga e Silva</b> .....	57
Parecer n.º 1002/99-PA/PGE. Contratos administrativos. Prescrição. Reajuste contratual e correção monetária. <b>Anna Karina Leão Brasil Salama</b> .....	63
Parecer n.º 15/99-PROFIS. Inconstitucionalidade da cobrança de taxa para emissão de certidão para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal. Resolução n.º 001/99-GSEFAZ. <b>Adriane Simões Assayag Ribeiro</b> .....	71



Parecer n.º 198-2/99-RF. ICMS. Drawback intermediário. Pedido de reconsideração. **Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho**..... 81

Parecer n.º 001/99-GPGE. Constitucional. Intervenção do Estado em Município. Falta de prestação de contas pelo Município. Legitimidade dos membros da mesa diretora para requerer intervenção. Exegese do art. 128, II e 129, I, da Carta Estadual. **Jorge Henrique de Freitas Pinho**..... 88

Parecer n.º 053/99-PA/PGE. Constitucional. Reforma do Estado e Administrativa. Agências Executivas. Organizações sociais. Contratos de Gestão. **Indra Mara Bessa**.....,..... 92

Parecer n.º 249/99-PA/PGE. Administrativo. Licitação. Tomada de preços. Invalidação. Vício procedimental. **Indra Mara Bessa**... 131

## TRABALHOS FORENSES

SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. Legitimidade do Estado. Fundamentos do pedido. Ofensa à ordem jurídica. Satisfatividade da liminar. **Erick Cavalcanti Linhares Lima**..... 141

AÇÃO RESCISÓRIA. Violação do art. 37, *caput*, e seu inciso XXI, da Constituição da República; dos arts. 15, inciso I e 85, do Decreto-Lei n.º 2.300/86; do art. 32, § 1.º, do Código Tributário Nacional; do art. 4.º, inciso I, do Estatuto da Terra; dos arts. 2.º, 3.º, 6.º, 9.º e 12 da Lei n.º 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano); do art. 134, § 7.º, da Constituição Estadual; e dos arts. 167 e 195 da Lei n.º 6.015/73. **Ruy Marcelo Alencar de Mendonça** ..... 154

CONTRA-RAZÕES A RECURSO DE APELAÇÃO. Aplicação da correção monetária. Validade da sentença. Levantamento de penhora sem o trânsito em julgado da sentença. **Elissandra Monteiro Freire de Menezes**..... 168

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente com pedido de antecipação dos efeitos da tutela. **Júlio Cezar Lima Brandão**..... 182

**AGRAVO REGIMENTAL. Ofensa ao princípio do juiz natural. Carência de ação. Ausência de requisitos para deferimento de medida liminar. Legalidade da cobrança a incidir sobre os proventos dos inativos e vencimentos dos ativos. Irredutibilidade de proventos. Desnecessidade de Lei Complementar. **Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha**..... 203**

## **DOUTRINA**

**A Reforma Tributária e o Respeito ao Pacto Federativo. **Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho**..... 227**

**O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **José Afonso da Silva** ..... 250**

## **APRESENTAÇÃO**

É com particular satisfação e confortável orgulho que a atual Administração da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas entrega à comunidade jurídica o número vinte e dois da REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, referente ao ano de 1999.

Assim procedendo, mantemos viva uma publicação da maior relevância para as letras jurídicas do Estado, e, mais importante, damos continuidade aos bons exemplos de excelência e qualidade das gestões anteriores, o que constitui um dos nossos principais objetivos.

Esta revista, não resta dúvida, é hoje uma realidade consolidada e esta Procuradoria Geral do Estado demonstra que se mantém atenta à sua responsabilidade de incentivar e colaborar com a produção doutrinária, através da edição e publicação de trabalhos jurídicos da melhor qualidade todos relacionados com a profícua atividade intelectual dos integrantes desta Casa.

Ao trazer a lume este novo número da revista, não posso deixar de agradecer, aos ilustres colegas Procuradores pelos trabalhos apresentados, à Comissão Editorial, aos integrantes do CEJUR e da Subprocuradoria Geral do Estado pelos esforços despendidos na elaboração, edição, publicação da Revista da PGE/AM.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**

Procurador-Geral do Estado

## PARECERES

### PROCESSO Nº 1.358/98-PGE

**ASSUNTO:** Eficácia do art. 140, I e II, da Lei 1.762/86 e do § 2.º do art. 60 do mesmo Estatuto em relação às aposentadorias com proventos proporcionais. Consulta.

**INTERESSADO:** O Conselheiro-Presidente do E. Tribunal de Contas do Estado.

### PARECER N.º 035/99-PPE/PGE

**APOSENTADORIA COM PROVENTOS PROPORCIONAIS – APLICABILIDADE DO ART. 140 E DO § 2.º DO ART. 60 DA LEI 1.762/86 SOB O IMPÉRIO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 20.**

- Pode ser concedido o benefício do art. 140 da Lei 1.762/86 ao servidor que, sob a proteção do art. 3.º da Emenda 20, aposentar-se com proventos proporcionais. É que o dispositivo estatutário não restringe o favor ao que se aposenta com tempo integral de serviço.

- Desde que solicitada formalmente, é possível a substituição dos “quintos” incorporados aos proventos pelo benefício do art. 140 da Lei 1.762/86. Precedente da Procuradoria Geral do Estado: Parecer n.º 038/95-PPE/PGE.

- O arredondamento previsto no § 2.º do art. 60 da Lei 1.762/86 somente é possível em relação aos servidores que até a data da publicação da Emenda 20 completaram tempo para, com ele, aposentar-se conforme o texto então vigente do art. 40 da Constituição Federal.

Dirigiu o Presidente do E. Tribunal de Contas do Estado as seguintes indagações a esta Procuradoria Geral: a) As vantagens previstas no art. 140, I e II, da Lei n.º 1.762/86, podem ser concedidas ao servidor que se aposentar com proventos proporcionais?; b) O servidor que, ao preencher os requisitos do art. 82, passar a receber a vantagem pessoal dos “quintos” por ocasião de sua aposentadoria

– seja esta com proventos integrais ou proporcionais – pode optar pelas vantagens do art. 140 da Lei 1.762/86, considerando que a percepção da vantagem pessoal decorre de ato jurídico perfeito?; c) O arredondamento previsto no § 2.º do art. 60 da Lei 1.762/86 pode ser utilizado para os casos de “aposentadoria proporcional”?

A chegada de tais questões à PGE ocorreu na segunda quinzena de maio/98, quando o Congresso Nacional se aprestava a votar a Reforma Administrativa (concretizada, enfim, a 04 de junho, com a promulgação da Emenda Constitucional 19) e anunciava para logo em seguida a votação da Previdenciária. Em sendo esta iminente, então, e porque, dentre outras, implicasse proposta destinada a alterar disposições constitucionais pertinentes à consulta, entendi de bom aviso aguardar que se consumasse, com o que o douto Procurador-Geral concordou. Acabou por não ser tão imediata a aprovação da matéria – ver-se-ia depois. Com efeito, a Emenda 20, que veio a consagrar as alterações, foi promulgada apenas a 15 de dezembro/98, suscitando, ainda, até esta data, no que interessa ao presente processo, interpretações as mais diversas.

Será mais uma, pois, a que se tentará adiante, no bojo das respostas às três perguntas formuladas na peça inaugural deste processo.

A propósito, releva notar que, embora referidas a diferentes dispositivos da Lei 1.762/86, têm as indagações do caso um ponto comum, cuja abordagem se impõe desde logo e a partir do texto constitucional agora modificado.

É que todas as questões respeitam a aposentadoria com proventos proporcionais, justamente uma das figuras às quais o projeto da Reforma dirigia o seu **Delenda Carthago**. Por isso, cumpre que se verifique se – e como – tal forma de inatividade foi mantida na Constituição.

Na realidade, ela permanece na quase totalidade das hipóteses que constavam do texto originário da Carta, como nas de invalidez permanente (quando não-decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei) e de alcance da idade de 70 anos por servidor de qualquer dos sexos ou de 65 por homem e 60 por mulher (exigido agora, no entanto, para as duas últimas, o cumprimento de pelo menos dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo da aposentação). Foram banidas, assim, duas só das condições consignadas na anterior redação do art. 40, precisamente as que se liam na alínea c do inciso III (30 anos de serviço, se homem, e 25, se mulher).

De tudo, porém, fundamental é realçar que, excetuadas as decorrentes de invalidez de qualquer dos tipos constitucionalmente contemplados com proventos integrais, toda aposentadoria, doravante, concedida *ex officio* ou por manifestação de vontade, terá os respectivos valores determinados pelo tempo de contribuição, portanto já não apenas pelo tempo de serviço, como ocorria antes da Emenda 20.

Mas tudo isso – é bem de ver-se – será aplicado às aposentadorias que se tornarem devidas somente na vigência da nova ordem. É que a mesma Emenda 20 também dispôs:

Art. 3.º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

.....

§ 2.º - Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no *caput*, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente.

§ 3.º - São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Em face, pois, de tudo quanto venho de ver e considerar até aqui, respondo às duas primeiras indagações da consulta nestes termos:

**Questão 1** – Pode ser concedido o benefício do art. 140 da Lei 1.762/86 ao servidor que, sob a proteção do art. 3.º da Emenda 20, aposentar-se com proventos proporcionais. Afinal, o aludido dispositivo estatutário não condiciona a incorporação da vantagem à

aposentadoria por tempo integral de serviço (diferentemente, aliás, do que se vê no que o antecede, *i.e.*, o 139). Fala, sim, em tempo, mas de exercício de cargo ou função, desta forma:

Art. 140 – O funcionário **ao se aposentar** passará à inatividade:

I – Com vencimento do cargo em comissão, da função de confiança ou função gratificada que houver exercido, sem interrupção, por no mínimo cinco anos;

II – Com as vantagens do item anterior, desde que o exercício do cargo ou função de confiança tenha somado um período de dez anos, consecutivos ou não.

§ 1.º - No caso do item II deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens do cargo ou função de maior valor, desde que lhe corresponda o exercício mínimo de um ano. (Gg. nn.).

Encerro o assunto, pois, sem, todavia, deixar de recordar elementar lição de hermenêutica que ensina: Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete dela fazer distinções.

Questão 2 – Seja a aposentadoria com proventos integrais, seja com proporcionais, pode a Administração, a pedido do aposentado, trocar a vantagem de “quintos” pelo benefício inscrito no art. 140 antes citado. Dá-lhe autorização o próprio dispositivo estatutário que regula aquele adicional, ao fixar:

Art. 82 – (...)

.....  
§ 5.º — Na hipótese de opção pelas vantagens do art. 140 desta Lei, o funcionário não usufruirá do benefício previsto neste artigo.

Registro, oportunamente, que não vejo como obstáculo à opção o fato de o servidor, por ser aposentado, ter incorporado os “quintos” através de ato já até considerado regular. É que a lei não estabelece momento certo ou definitivo para a manifestação da preferência. Se, então, ele porta as condições legais de obtenção do benefício, este pode ser concedido mediante decreto de retificação do que o aposentou, submetendo-se o novo ao registro devido.

Ainda em tempo, faço notar que a possibilidade ora descrita já fora admitida por esta Procuradoria em outro pronunciamentos, como o Parecer n.º 038/95–PPE/PGE.

Assim respondidas as duas primeiras indagações postas pelo digno Presidente do TCE, passo à

**Questão 3** – Implica saber-se, aqui, se é possível a contagem de tempo ficto para concessão de aposentadoria com proventos proporcionais. Liga-se a pergunta à disposição da Lei 1.762/86 que diz:

Art. 60 – (...)

.....

§ 2.º — Para efeito de aposentadoria ou disponibilidade, a fração de ano superior a cento e oitenta dias será arredondada para um ano.

Tem-se, aí, fórmula antiquíssima de cômputo de tempo suposto, constante já no § 3.º do art. 96 do Decreto-Lei 1.713/39 e repetida no § 2.º do art. 78 da Lei 1.711/52 (à base do qual, aliás, o Tribunal de Contas da União aprovou a Súmula 048, sedimentando os julgados que, no âmbito federal, concediam benefício idêntico ao do art. 140 do E.F. do Amazonas quando o servidor, na data da aposentadoria, contasse trinta e quatro anos e meio de serviço).

A Lei 8.112/90 – o estatuto federal que sucedeu à aludida 1.711 – também adotou a norma, inscrevendo-a no parágrafo único do art. 101. Provocado, porém, pela Procuradoria Geral da República, por meio da ADIn 609-6, o Supremo Tribunal Federal veio a declarar inconstitucional o dispositivo (D.J. de 16 de fevereiro/96), pondo fim, assim, a um favor que beneficiou por 57 anos o funcionalismo da União.

Não sofreu igual ataque o questionado § 2.º do art. 60 da Lei 1.762/86. Uma vez que os efeitos daquele pronunciamento da Corte Máxima se restringem ao parágrafo único mesmo do art. 101 aludido, seria, por isso, de considerar-se ainda íntegra e plenamente vigente a norma local.

Não é bem isso, todavia, o que, no fundo, ocorre.

Com efeito, embora a declaração de inconstitucionalidade de 1996 não o tenha atingido, o mencionado dispositivo acabou por tornar-se inconstitucional a 15 de dezembro último. É que, com a promulgação da Emenda 20, o art. 40 da C.F. passou a vigorar com este mandamento:

Art. 40 – (...)

.....

§ 10 – A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.



Posto isso, estou em que a resposta à Questão 3 é no sentido de considerar como possível o arredondamento previsto no § 2.º do art. 60 da Lei 1.762/86 somente em relação aos servidores que até 16 de dezembro de 1998 tenham, com ele, implementado o tempo para aposentar-se conforme qualquer das hipóteses do texto então vigente do art. 40 da Constituição Federal.

É o meu parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,**  
em Manaus(AM), 30 de março de 1.999.

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

**PROCESSO N.º 1.358/98-PGE**

**ASSUNTO:** Eficácia do art. 140, I e II, da Lei 1.762/86 e do § 2.º do art. 60 do mesmo Estatuto em relação às aposentadorias com proventos proporcionais. Consulta.

**INTERESSADO:** O Conselheiro-Presidente do E. Tribunal de Contas do Estado.

**DESPACHO:**

Recebi hoje.

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos, o PARECER N.º 035/98-PPE/PGE, emitido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, Dr. FRÂNIO LIMA, o qual responde à consulta objeto deste Processo, formulada pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.

Nada tendo a acrescentar, devolvam-se estes autos ao TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS, com observância das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,** em  
Manaus (Am), 07 de abril de 1999.

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

**PROCESSO N.º 2.876/99-PGE****ASSUNTO:** Reinclusão nos quadros da Polícia Militar. Consulta.**INTERESSADO:** O Comandante-Geral da Polícia Militar do Amazonas**PARECER N.º 085/99-PPE/PGE****EX-POLICIAIS MILITARES. READMISSÃO.**

– A exigência de concurso público para investidura em cargo público efetivo – que está inscrita no inciso II do art. 37 da Constituição Federal – não se restringe ao âmbito do serviço público civil. Inserida nas Disposições Gerais do capítulo da Administração Pública, impõe-se também no militar, em cuja terminologia a palavra *posto* possui o mesmo conteúdo de *cargo*. Trata-se, pois, de uma diferença meramente vocabular, que a organização militar hierarquizada explica. Precedente específico da PGE: Parecer n.º 056/97-PPE/PGE.

Pede o Comandante-Geral da Polícia Militar do Amazonas a esta Procuradoria o exame de pleito que 51 ex-policiais militares formulam no sentido de ser reincluídos nos quadros da corporação. Antecipa o titular da milícia do Estado que a Lei 1.154/75 (o Estatuto da PMA) contempla a “reinclusão no serviço ativo”, mas restringe essa possibilidade às hipóteses de desertor capturado ou que se apresenta voluntariamente. E junta cópia de despacho (*in* Processo n.º 7.366/95-2-SPT/GAGOV) com que o Senhor Governador indeferiu pretensão idêntica.

A questão que a peça vestibular suscita constitui tema sobre o qual esta Procuradoria já se debruçou vezes várias. O despacho governamental mesmo que o comandante da PMA menciona se louvou em estudo aqui realizado (o Parecer n.º 138/96-PPE/PGE), e sua conclusão seguiu linha de entendimento firme e pacífica, pois desta a Procuradoria não se afastou em momento algum.

Com efeito, desde o Parecer 030/93-PPE/PGE restou indiscutível que, com a promulgação da Constituição de 88, passou a ser exigido concurso público para toda investidura em cargo público, excetuados os provimentos decorrentes de reintegração (que só se verifica se o servidor foi demitido sem causa justa) e promoção.

Dos pronunciamentos que se seguiram é de ser invocado o Parecer 136/96-PPE/PGE, que trouxe à balha trecho do voto do Ministro MOREIRA ALVES como relator da ADIn 231-RJ, nestes termos:

“O inciso II do art. 37 da atual Constituição não mais apresenta os dois fatores de afrouxamento do moralizante princípio administrativo da necessidade do concurso público para o provimento dos cargos públicos que se encontravam no texto da Emenda Constitucional n.º 1/69: a referência à **primeira** investidura em cargo público e a possibilidade de a lei estabelecer exceções à exigência do concurso público para essa primeira investidura” (In RTJ 144/93, pág. 37).

E também esta decisão do E. Tribunal de Justiça do Paraná, adotada por meio do Ac. unân. 2.182 do 1.º Gr. de Câms. Cíveis, de 19 de agosto/93, nos autos do MS 26.803—I-Capital, Rel. Desdor. Nunes do Nascimento:

### **Investidura – Readmissão – Inadmissibilidade**

.....  
Não só a primeira, mas toda e qualquer investidura em cargo ou emprego público depende sempre de concurso público, não sendo mais admitida por meio de readmissão pura e simples, ainda que com os requisitos da legislação anterior à atual Constituição Federal, *ex vi* do art. 37, II, da Carta Magna (In BJA 143.279/93 – Grifos não do original).

À vista, pois, do novo tratamento constitucional do tema e à consideração de que *posto* é uma expressão diferenciada de *cargo* apenas em razão da organização hierarquizada do serviço público militar – eis que um e outro, enfim, têm as mesmas características administrativas —, esta PGE definiu que a Administração também não pode readmitir ex-policiais militares. Esse entendimento está expresso, p. ex., no Parecer n.º 056/97-PPE/PGE, de cuja ementa se vê:

– Quanto aos servidores públicos civis já há posicionamento dominante nesta Procuradoria no sentido da impossibilidade de utilização do instituto da readmissão, frente à exigência constitucional do concurso público como meio de provimento de cargo, emprego e função públicos. Precedentes da PGE: Pareceres n.ºs 033/94-PPE e 136/96-PPE, por exemplo.

– Idêntico tratamento deve ser concedido aos servidores públicos militares que desejam ser readmitidos em postos da Polícia Militar, pois tal instituição integra a Administração Direta do Estado, estando, por isso, sujeita à mesma

exigência do concurso público para preenchimento de suas vagas, conforme se entende do disposto no art. 37, *caput* e inciso II, da Constituição Federal.

Assim, diante de tudo o que venho de considerar, não há como a Administração atender ao pleito de que trata o processo. É o parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,**  
em Manaus, 30 de setembro de 1999.

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

**PROCESSO N.º 2876/99-PGE**

**ASSUNTO:** Reinclusão nos quadros da Polícia Militar

**INTERESSADO:** Polícia Militar do Amazonas

**DESPACHO :**

Recebi hoje.

Aprovo, por seus jurídicos e legais fundamentos, o PARECER N.º 085/99-PPE/PGE, da lavra do ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, Dr. Frânio Lima, que respondeu à consulta formulada, concluindo pelo indeferimento do pleito.

Devolva-se o Processo ao COMANDO GERAL DA POLÍCIA MILITAR, com observância das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,** em  
Manaus, 05 de outubro de 1999.

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora-Geral do Estado, em exercício

**PROCESSO N.º 4190/99-3-SPT/GAGOV**

**ASSUNTO:** Retorno ao Serviço Público

**INTERESSADO:** Rinaldo Souza Brito e outros

**DESPACHO:**

CONSIDERANDO que a exigência constitucional de concurso público para toda e qualquer investidura em cargo ou emprego público torna inadmissível o provimento por readmissão;

CONSIDERANDO que, o cumprimento desse dispositivo constitucional se impõe, também no âmbito do serviço público militar, em cuja terminologia a palavra posto corresponde à palavra cargo;

CONSIDERANDO o Parecer n. 085/99-PPE/PGE da d. Procuradoria Geral do Estado e o que mais consta no Processo n. 4190/99-3-SPT/GAGOV, resolve:

INDEFERIR a postulação de RINALDO SOUZA BRITO e Outros, por falta de amparo legal.

**GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS**, em Manaus, 13 de dezembro de 1999.

**AMAZONINO ARMANDO MENDES**  
Governador do Estado

**PROCESSO N.º 3428/99-PGE**

**ASSUNTO:** Pedido de contagem em dobro de períodos de férias e licença especial não-gozadas, para aposentadoria.

**INTERESSADO:** Sérgio Vieira Cardoso

**PARECER N.º 086/99-PPE/PGE**

“O § 10 do art. 40 da Constituição Federal, consoante redação conferida pela E.C. 20/98, ab-rogou, tacitamente, toda e qualquer norma legal que até então admitisse contagem de tempo fictício de serviço, exceto – por força da garantia inscrita no art. 3.º da aludida Emenda - nos casos em que o servidor reuniu os requisitos para aposentar-se até a data da promulgação da mesma E.C.” (in Despacho do Procurador-Chefe da PPE/PGE no Parecer n.º 030/99-PPE/PGE).

Senhor Procurador-Chefe:

Pede o Interessado, Procurador do Estado, que sejam contados em dobro, para fins de aposentadoria, os períodos de férias e licença especial não-gozadas que tem acumulados. Instruindo o pedido, foi anexado pela Gerência de Pessoal da Procuradoria Geral do Estado, demonstrativo informando que o Requerente acumula os períodos de licença especial correspondentes aos quinquênios 1984/1989 (90 dias) e 1989/1994 (90 dias) e os períodos de férias que deixou de gozar, referentes aos anos de 1987 a 1992 (300 dias), 1993 (30 dias), 1994 – 1.º período (05 dias), 1994 a 1996 (90 dias) 1997 – 1.º período (21 dias) e 1997 – 2.º período (14 dias), totalizando 460 dias.

Relatei.

O art. 1.º da Lei Estadual n.º 1.109/73, que dispõe sobre a contagem em dobro das férias não gozadas, para efeito de aposentadoria, estabeleceu:

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

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

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

A Lei n.º 1.762/86 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas –, ao tratar da contagem em dobro dos períodos de licença especial não-gozadas estabeleceu que:

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

.....

V – o tempo de licença especial não gozada, contado em dobro;”

Ocorre que a Emenda Constitucional n.º 20 estabeleceu novas regras para a aposentadoria, disciplinando a matéria assim:

“Art. 40 - .....

§ 10 – A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

De se perguntar, então, se as novas regras para aposentadoria fixadas pela referida Emenda Constitucional tornaram inconstitucionais as normas de contagem em dobro de férias e licença especial não gozadas, estabelecidas pelas Leis n.º 1.109/73 e 1.762/86. Tenho a resposta como afirmativa, mas apenas para aqueles servidores que ainda não tenham implementado o tempo para aposentar-se até a data da publicação da Emenda, ou seja, até 16 de dezembro último. É que a própria Emenda n.º 20 assegurou a concessão de aposentadoria com base na legislação anteriormente vigente aos servidores que até a data da de sua publicação tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios.

Dispõe assim o texto constitucional:

“Art. 3.º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como os seus dependentes, que até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

...

§ 3º São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal” (grifei).

Registre-se, por oportuno, que esta conclusão não é nova no âmbito desta PGE. Vossa Excelência ao examinar questão semelhante no Processo n.º 355/99-PGE, concluiu, com o brilhantismo de sempre que:

“É fora de dúvida, o § 10 do art. 40 da Constituição Federal, consoante redação conferida pela E.C. n.º 20/98, ab-rogou tacitamente toda e qualquer norma legal que até então admitisse contagem de tempo fictício de serviço. Assim, não há mais falar-se no benefício da Lei n.º 1.109/73 (exceto – por força da garantia inscrita no art. 3.º da aludida Emenda – nos casos em que o servidor reuniu os requisitos para aposentar-se até a data da promulgação da mesma E.C., conforme o que expus no Parecer n.º 035/99-PPE/PGE”.

Não há nos autos qualquer notícia se o Interessado possuía, em 16 de dezembro de 1998, tempo suficiente para aposentar-se com as regras então vigentes, o que impede que seja respondido, concretamente, se o ilustre Procurador do Estado faz jus ao que requer.

Assim, recomendo sejam os autos encaminhados à Gerência de Pessoal da PGE para fazer o levantamento do tempo de serviço do Requerente e, de acordo com as disposições constitucionais transcritas, se o Interessado houver completado, antes da publicação da Emenda Constitucional n.º 20, tempo suficiente para aposentar-se de acordo com as normas legais então vigentes, poderá beneficiar-se da contagem em dobro dos períodos de licença especial e férias não gozadas que requer.

É o parecer, *s.m.j.*

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,**  
em Manaus, 04 de outubro de 1999.

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Procuradora do Estado



**DESPACHO:**

Acolho.

Assim, vá o processo à Gerência de Pessoal/PGE para o levantamento recomendado pela douta parecerista, seguindo de lá, então, à decisão do Dr. Procurador-Geral.

**PPE/PGE**, em 05.10.99

**R. FRÂNIO A. LIMA**

Procurador-Chefe

**PROCESSO** N.º 3428/99-PGE

**ASSUNTO:** Contagem em dobro dos períodos de licença especial e férias não gozadas para efeito de aposentadoria.

**INTERESSADO:** Sérgio Vieira Cardoso

**DESPACHO:**

**APROVO** o Parecer de n.º 086/99 (fls. 06/10), de Lavra da Dra. Ana Eunice Carneiro Alves, acolhido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário/PGE, Dr. Frânio A. Lima.

Por oportuno registre-se que a Emenda Constitucional n.º 20/98 inseriu no ordenamento jurídico um novo regime previdenciário. Antes, o tempo de serviço era o que regia as questões ligadas à Previdência, com o advento da EC n.º 20/98 o tempo de contribuição passou a determinar a concessão de benefícios nessa esfera.

Demais disto a citada espécie legislativa vedou a contagem de tempo fictício (art. 40, § 10, CF/88, alterado pelo art. 1.º da EC n.º 20/98). Entretanto, assegurou aos servidores que preenchiam, antes da edição da emenda, os requisitos exigidos pela legislação passada o direito de se aposentarem com base nas regras ali previstas (art. 3.º da n.º 20/98).

*In casu*, infere-se das informações prestadas pela Gerência de Pessoal que o interessado tem 23 anos, 10 meses e 9 dias de serviço público. Assim, verifico que o interessado não possuía tempo de serviço suficiente para aposentar-se à época da publicação da

EC n.º 20/98, devendo, pois, submeter-se ao regime instituído pela multicitada emenda constitucional. O qual, por seu turno, não permite o cômputo em dobro dos períodos de licença especial ou férias não gozadas.

**DEVOLVAM-SE** os autos ao interessado, com as formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em  
Manaus, 19 de outubro de 1999.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 3801/99-PGE (30009/99-6 SEFAZ – 9050/1999-SEAD)**  
**ASSUNTO:** Isenção da Contribuição Previdenciária  
**INTERESSADO:** Francisco Oliveira de Mendonça

### **PARECER N.º 094/99-PPE/PGE**

#### **ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

– A isenção de contribuição para a previdência é devida ao servidor público civil ativo que, após completar as exigências para aposentadoria voluntária integral, opte por permanecer em atividade, até a data da publicação da concessão de sua aposentadoria, voluntária ou compulsória.

“Os efeitos financeiros retroagem à data em que foram preenchidas as condições estabelecidas para a aposentadoria por tempo integral de contribuição, a partir de 16 de dezembro de 1998, data de publicação da EC n.º 20/98” (*in SEAP on line – A Reforma da Previdência e o Servidor Público – Perguntas Frequentes <http://www.seap.gov.br/Institucional/Historico/Reforma/Previ/PF/htm>*)

Senhor Procurador-Chefe:

Requer o Interessado, servidor da Secretaria de Estado da Fazenda, a restituição dos valores descontados para a previdência, a partir da data da publicação da Emenda Constitucional n.º 20, ao argumento de que, havendo preenchido os requisitos para aposentar-se de acordo com as regras anteriormente vigentes, optou por permanecer em atividade, ainda que a manifestação formal haja ocorrido apenas em junho de 1999.

Analisados os autos pela Consultoria Geral dos Sistemas da SEAD, a Consultora-Chefe da CGS analisou a questão sob três aspectos, a saber:

#### “Quanto à isenção:

- no que se refira à isenção da contribuição previdenciária, a Lei Complementar n.º 20 (*sic*) é muito clara, se houverem sido preenchidos os requisitos legais constantes no texto do ato, deverá ser isento do pagamento das contribuições e até quando a mesma lei permitir (*sic*);

**Quanto ao reembolso:**

- no que se refira à questão do reembolso, o entendimento já está firmado entre a Procuradoria Geral do Estado e a Administração Pública, quando prolatou a seguinte ementa:

EMENTA: Impossibilidade de se devolver a contribuição previdenciária cobrada pelos (*sic*) servidores inativos e pensionistas referente ao mês de abril/99. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ao qual está obrigada a Administração Pública. Mandado de segurança não comporta efeitos pretéritos a sua interposição. (*sic*).

Desta forma, está muito claro que, em não havendo motivação a Administração Pública não pode agir e, ainda, somente poderá atuar sobre direitos a partir dada (*sic*) da interposição do pedido, nunca poderá atuar sobre efeitos pretéritos, pois que não existe autorização legal para tanto. Outro ponto é que estamos esperando a manifestação do STF disciplinando a matéria (*sic*);

**QUANTO A DATA DE VIGÊNCIA DA ISENÇÃO (*sic*):**

- no que se refira ao período sobre o qual o direito à isenção se faz presente, é notório que já foi respondido. Quando da publicação da LC 20 (*sic*), ficou declarado um direito, mediante certas condições, a Administração Pública foi autorizada a promover este direito a quem lhe viesse requisitar (*sic*). A motivação para o direito é efetuada pelo interessado, assim como, os direitos referente (*sic*) as sentenças dos mandatos de segurança (*sic*) também são motivadas pelos interessados e, da mesma forma, somente existe ato administrativo, a partir do momento em que nasce a pretensão do interessado e a manifestação com a conclusão da Administração Pública (*sic*). Assim entende-se que somente haverá possibilidade de quaisquer questionamentos a partir do pedido (*sic*).

Todas as questões foram esclarecidas, e assim fica disciplinado (*sic*) que, o pedido do Requerente deve ser deferido quanto a isenção da contribuição na forma determinada na Lei (*sic*), deve ficar sobrestado quanto ao reembolso solicitado, aguardando manifestação do STF e, deverá ser atendido com data retroativa àquela do pedido do interessado (*sic*).

Os autos vieram ao exame desta PGE por solicitação do Titular da SEAD.

Relatei.

Para uma melhor compreensão da questão objeto do pedido, desejo analisar a matéria a partir dos tópicos elencados pela Consultoria Geral dos Sistemas da SEAD.

### **QUANTO À ISENÇÃO:**

O § 1.º do art. 3.º da Emenda Constitucional n.º 20 conferiu ao servidor público civil que haja implementado as exigências para aposentadoria integral e opte por permanecer em atividade, a isenção da contribuição previdenciária.

Desta forma, e em consonância com o entendimento já firmado por esta PGE a respeito do assunto, no Parecer n.º 049/99-PPE/PGE, a isenção prevista no § 1.º do art. 3.º da EC n.º 20 há de ser aplicada todas as vezes que restar configurado que o servidor implementou, até a data da publicação da referida emenda constitucional, (16.12.98), as condições para aposentar-se voluntariamente com proventos integrais, de acordo com as regras legais então vigentes e optou por permanecer no exercício de suas atividades funcionais.

Vale ressaltar que a norma constitucional de que se trata é não só um estímulo ao servidor mas também interessante para o Estado, que não precisará repor a mão de obra, onerando ainda mais a folha de pessoal.

### **QUANTO AO REEMBOLSO:**

Diz a Consultora-Chefe da CGS que no que se refere ao reembolso "o entendimento já está firmado entre a Procuradoria Geral do Estado e a Administração Pública, quando prolatou a seguinte ementa:

Impossibilidade de se devolver a contribuição previdenciária cobrada pelos (*sic*) servidores inativos e pensionistas referente ao mês de abril/99. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ao qual está obrigada a Administração Pública. Mandado de segurança não comporta efeitos pretéritos a sua interposição. (*sic*)

A matéria objeto do Parecer n.º 043/99-PJC/PGE, da Procuradoria Judicial Comum, que trago aos autos, em nada diz respeito com a questão destes autos. Ali discutia-se a devolução da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas que obtiveram a concessão de medida liminar em mandados de segurança

impetrados contra a lei que instituiu a cobrança, sendo certo que não cabe a devolução, uma vez que a concessão de medida liminar só produz efeitos a partir da data do ajuizamento da ação, não produzindo efeitos pretéritos à impetração.

O referido Parecer examina, também, a questão da devolução aos servidores que não impetraram mandado de segurança, da parcela descontada no mês de abril deste ano, opinando no sentido de que por falta de preceito normativo, não pode a Administração proceder à devolução àqueles servidores, em face do princípio da legalidade.

De se registrar, por oportuno, que ao examinar a questão da cobrança da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado houve por bem restituir a todos aqueles servidores a parcela descontada, conforme declaração no Jornal "A Crítica", edição de 18.11.99, cópia em anexo.

Já no caso em questão, o que existe é uma norma constitucional, auto-aplicável, estabelecendo que o servidor que completou as exigências para aposentadoria integral e optou pela permanência em atividade faz jus à isenção da contribuição previdenciária. Não há razão, *data maxima venia*, para aguardar manifestação do STF disciplinando a matéria, uma vez que o texto constitucional estabeleceu de forma clara quem é o beneficiário da norma. Além disso, não tenho conhecimento de que esteja sob apreciação do Supremo Tribunal Federal nenhuma questão relativa ao que dispõe o § 1.º do art. 3.º da Emenda Constitucional n.º 20. A matéria *sub judice* diz respeito apenas à cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos.

### **QUANTO À DATA DE VIGÊNCIA DA ISENÇÃO:**

O § 1.º do art. 3.º da E.C. n.º 20 estabelece:

Art. 3.º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1.º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da

contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1.º, III, a, da Constituição Federal.

Da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito verifica-se que a norma tem a preocupação de deixar claro que as situações jurídicas já consolidadas deverão ser preservadas. De se notar, também, que dentre os requisitos não está incluída, e nem poderia, a apresentação do requerimento de aposentadoria antes da promulgação da Emenda n.º 20, até porque é entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal da desnecessidade do requerimento como elemento definidor da aquisição do direito à aposentadoria.

Entendo que o mesmo ocorre com relação à isenção da contribuição previdenciária de que trata o § 1.º do referido art. 3.º. Se o servidor cumpriu os requisitos ali estabelecidos a ele está assegurada, a qualquer tempo, a isenção da contribuição. O fato de o servidor haver declarado expressamente que permanece em atividade, ainda que alguns meses após a publicação da E.C. n.º 20, não impede que a ele sejam restituídas as parcelas relativas aos meses anteriores. É claro que a Administração não tem a obrigação de conceder, *sponte sua*, a isenção a todos os servidores que já possuíam tempo de serviço para aposentadoria e não o fizeram, o que seria humanamente impossível, mas uma vez que chega ao seu conhecimento a situação de um servidor que se enquadra na hipótese prevista na regra constitucional, deve o administrador público proceder à restituição das parcelas anteriores ao requerimento.

Ao tratar da questão da reforma previdenciária, respondendo às questões mais frequentes sobre o assunto, o extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, sucedido pela também extinta Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio - SEAP, atualmente Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao examinar o tema relativo à isenção de contribuição previdenciária prevista no § 1.º do art. 3.º da E.C. n.º 20 estabeleceu:

“10) A isenção do PSS de quem permanece em atividade é retroativa ao requerimento ou à data em que se completou o tempo necessário para a concessão de aposentadoria voluntária integral?

A isenção de contribuição para a Seguridade Social é devida ao servidor público civil ativo que, após completar as exigências para aposentadoria voluntária integral, opte por

permanecer em atividade, até a data da publicação da concessão de sua aposentadoria, voluntária ou compulsória. **Os efeitos financeiros retroagem à data em que foram preenchidas as condições estabelecidas para a aposentadoria por tempo integral de contribuição, a partir de 16 de dezembro de 1998, data de publicação da EC n° 20/98.**" (grifei) (*in* SEAP on line – A Reforma da Previdência e o Servidor Público – Perguntas Frequentes <http://www.seap.gov.br/Institucional/Historico/Reforma/Previ/PF/htm>) (cópia em anexo).

Vê-se, então, que aqueles servidores que preencheram os requisitos para aposentadoria com base na legislação anteriormente vigente, que optaram por permanecer em atividade, têm direito à restituição das parcelas que descontaram para a previdência desde a data da publicação da referida Emenda Constitucional. O texto constitucional em comento, incorporando a jurisprudência pacificada no STF, dispensou a manifestação expressa da vontade, para a aquisição do direito, dando-o por adquirido sempre que o servidor tiver a faculdade de agir, já na data da sua promulgação.

Diante do exposto, opino no sentido de que o Interessado faz jus à restituição das parcelas relativas aos meses de janeiro a julho, porque já havia preenchido, na data da publicação da Emenda Constitucional n.º 20, os requisitos para aposentadoria e permaneceu em atividade.

É o parecer, *s.m.j.*

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,**  
em Manaus, 25 de novembro de 1999.

**ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**  
Procuradora do Estado

**PROCESSO N.º 3801/99-PGE (30009/99-6 SEFAZ – 9050/1999-SEAD)**  
**ASSUNTO:** Contribuição previdenciária. Servidor isento. Pedido de restituição de valores descontados.  
**INTERESSADO:** Francisco Oliveira de Mendonça

**DESPACHO:**

Em face de os autos envolverem questão de meu eventual interesse, considero-me impedido de apreciar o parecer emitido a



propósito no âmbito desta Procuradoria (o de n.º 094/99-PPE/PGE, às fls. 014/020-PGE). Por isso, encaminhe-se o processo ao superior exame do Dr. Procurador-Geral sem a minha manifestação.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,**  
em Manaus(AM), 25 de novembro de 1999.

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

**PROCESSO N.º 3801/99-PGE (30009/99-6 SEFAZ – 9050/1999-SEAD)**  
**ASSUNTO:** Isenção da Contribuição Previdenciária  
**INTERESSADO:** Francisco Oliveira de Mendonça

**DESPACHO:**

**APROVO**, por seus legítimos e legais fundamentos o **Parecer n. 094/99-PPE/PGE** formulado pela Procuradora do Estado ANA EUNICE CARNEIRO ALVES.

Com efeito, a isenção do pagamento da contribuição previdenciária a partir de 16 de dezembro de 1998 – data da promulgação da Emenda Constitucional n. 20 – é direito de todos os servidores ativos que, efetivamente, àquela data, tenham completado as exigências para aposentadoria voluntária integral mas optaram por permanecer em atividade. Esse benefício lhes foi concedido até o momento da concessão de sua aposentadoria.

Trata-se, todavia, de situação jurídica que não diz respeito apenas ao requerente mas aos demais servidores da própria Secretaria de Estado da Fazenda e dos outros órgãos da Administração Direta e Indireta que se encontrem na mesma condição.

Assim, devolvo os autos à Secretaria de Estado da Administração, com a recomendação de que se efetue o levantamento dos efeitos financeiros que serão produzidos com a devolução da contribuição previdenciária aos demais servidores da Administração Estadual (Direta e Indireta) que se encontrem na mesma situação jurídica do interessado, com vistas a examinar da viabilidade e forma de pagamento de todo o atrasado.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,** em  
Manaus, 27 de dezembro de 1999.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 1742/99**

**ASSUNTO:** Demarcação de terras indígenas

**INTERESSADO:** Casa Civil/Estado do Amazonas

**PARECER N.º 013 /99 – PPIMA/PGE**

**Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. BEM PÚBLICO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS.**

1. O contraditório como garantia constitucional inerente ao Devido Processo Legal, tem por supedâneo a necessidade de prévia audição da parte contrária, considerando-se como tal a prejudicada pela prática do ato. 2. O procedimento de demarcação de terras indígenas, disciplinado pelo Dec. n.º 1.775/96 erige a audição e a possibilidade de defesa como requisito do processo de demarcação. 3. O erário amazonense para obter êxito face a demarcações abusivas e muitas vezes desarrazoadas, levadas a cabo pelo Governo Federal, deve proceder a um sério estudo antropológico em áreas objeto de demarcação, verificando as terras que realmente são tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Senhor Procurador-Chefe,

**I – RELATÓRIO**

Versa o presente Parecer sobre honroso estudo, alusivo a demarcação de terras indígenas, elaborado por Comissão constituída pela Portaria n.º 26/96 – GPGE.

Após acurada análise da matéria concluiu a referida Comissão que para a defesa judicial das demarcações efetivadas em terras públicas estaduais, pela FUNAI, é imprescindível: (a) catalogar as áreas demarcadas e (b) realizar um estudo antropológico verificando se estas áreas são tradicionalmente ocupadas por silvícolas.

Encaminhados os autos ao IFAM este os devolveu com as informações de fls. 37/43. Tendo a douta Casa Civil determinado a remessa do feito a esta Especializada para sopesar a validade e interesse nas informações prestadas.

É o breve relato. Passa-se à análise do processo.

**II – FUNDAMENTAÇÃO**

A questão veiculada nos presentes autos giza em torno da

demarcação desarrazoada de terras públicas estaduais para agrupamento indígenas enquadráveis na região vegetativa denominada de Amazônia.

Preocupado com o estado de conflituosidade latente existente na região à Chefia desta Casa, por intermédio da Portaria n.º 26/96-GPGE, vertebrou Comissão para, dentre outras missões, estudar a legalidade do Dec. n.º 1.775/96, que regulamenta o procedimento administrativo a ser adotado na demarcação de terras indígenas.

Regularmente constituída, após acurada análise da matéria, a Comissão concluiu que:

“Importantíssimo salientar o fato de que, para que esta Procuradoria possa adotar qualquer espécie de procedimento judicial, faz-se necessário o envio de elementos por parte do órgão estatal responsável (IFAM), no sentido de se aferir quais terras, efetivamente, pertencem ao Estado do Amazonas e que estariam sendo objeto de demarcação da FUNAI.

A outro tanto, considerando-se que o cerne da questão ora examinada passa obrigatoriamente pela identificação e discriminação de grupos indígenas, bem como de sua real necessidade de terras a ocupar com vistas a garantir a preservação de sua cultura, é imperiosa a elaboração de um prévio estudo antropológico, no qual e faça o levantamento dos grupos indígenas que porventura estejam ocupando terras pertencentes ao patrimônio estadual, a cargo do IFAM” (sem grifos no original).

Assim, segundo o encimado Relatório, cabia ao extinto IFAM cadastrar: (a) as terras públicas objeto de processo de demarcação pela FUNAI; (b) levantar antropológicamente os agrupamentos indígenas que ocupam terras estaduais.

Contudo, sem embargo dos requerimentos da Comissão e da própria determinação do Governador Constitucional do Estado (fls. 035-PGE), o dissolvido IFAM somente realizou a identificação das terras estaduais objeto de cadastro e demarcação como terras indígenas.

Quadra, desde logo, assinalar que os atrás citados requerimentos da Comissão tinham por escopo justamente aferir os agrupamentos indígenas existentes na região e suas respectivas áreas, sendo necessário, para tanto, um estudo antropológico,

porquanto o nosso silvícola pratica em larga escala o extrativismo e apenas subsistencialmente a agricultura, sendo imprescindível delimitar às áreas habitadas por estes povos.

Não é por outra razão que muitos doutrinadores de escol classificam as terras indígenas como *"toda área por eles habitada, utilizada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural"* (cf. Gilmar Ferreira Mendes, in *O Domínio da União sobre Terras Indígenas - O Parque Nacional do Xingu* - Brasília, 1988, Gráfica do Senado Federal).

De igual sentir é a pena alvissareira de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *ipsis litteris*: *"A Constituição de 1988 subordina o conceito de terras indígenas aos usos, costumes e tradições do povo que a habita. Sendo, assim, ao demarcar uma terra indígena, tem que se levar em conta o sentimento do povo que a habita e não apenas a idéia de patrimônio do direito moderno"* (in *O Renascer dos povos Indígenas para o Direito*, Ed. Juruá, 1998).

Diversa não é a conclusão que se extrai do seio de nossa Carta Política de 1988. Veja-se:

"Art. 231 São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1.º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições".

Destarte, faz-se essencial identificar a área onde esta atividade indigenista e extrativista tem sido praticada, pois somente desta forma se poderá impugnar eventual laudo antropológico elaborado pela FUNAI. Consequentemente, deveria o IFAM ter procedido um acurado estudo antropológico, identificando os agrupamentos indígenas existentes em terras do Estado do Amazonas, verificando as áreas necessárias à manutenção dessas culturas, i.é, as áreas tradicionalmente ocupadas por esses ameríndios.

Somente desta forma, terá a Procuradoria Geral do Estado elementos para refutar os laudos antropológicos elaborados pela

FUNAI, demonstrando técnica e cientificamente as áreas ocupadas pelos agrupamentos indígenas.

Demais disso, impende assinalar, em cores benfazejantes, que o apontado Decreto n.º 1.775/96 – objeto de estudo da Comissão (cf. Portaria n.º 26/96-GPGE) – , com supedâneo em princípios constitucionais de índole vetorial, estabeleceu o contraditório em processos de demarcação de terras indígenas. Tal diploma foi objeto de muitas e injustificadas críticas, nomeadamente daqueles que entendem que o Governo Federal só faz declarar às terras tradicionalmente ocupadas pelos silvícolas, reconhecendo um direito que lhes é ancestral. Contra tal ilação poucos se levantam, o que afronta a consciência comum, é a privação de um bem patrimonial sem ao menos se assegurar a menor possibilidade de defesa, em chagas à Constituição da República de 1.988.

No caso do Estado do Amazonas tal questão ganha dimensões gigantescas, porque às áreas reservadas à pequenos grupos indígenas – frise-se por um estudo antropológico realizado unilateralmente pela FUNAI, sem qualquer audição da administração interessada e sem possibilidade de aferição *in loco* de suas conclusões - , adquire dimensões territoriais maiores que muitas nações da Europa e da Ásia. Prejudicando, quando não hipotecando o desenvolvimento de imensidões territoriais deste Estado.

Assim, repisando os argumentos já desenvolvidos em linhas transatas, faz-se imprescindível que a SUHAB, sucessora do suprimido IFAM, designe equipe técnica de reconhecida idoneidade para a realização, *in loco*, de acurado estudo antropológico das áreas designadas, unilateralmente, pelo Governo Federal como necessárias a manutenção de agrupamentos ameríndios.

Impende, ainda, salientar que tal equipe deve:

- a) identificar os agrupamentos indígenas (localização e população);
- b) definir as áreas utilizadas habitualmente pelos mesmos;
- c) informar o nível de aculturação desses povos e se desenvolvem cultura extrativista – definir a escala – ou agricultura;
- d) informar as áreas necessárias à manutenção de suas culturas.

Com espeque nesses dados, penso, a Procuradoria Geral do Estado terá elementos para impugnar, exitosamente, demarcações abusivas, descriteriosas e muitas vezes irresponsáveis, levadas a cabo pelo Governo Federal (FUNAI).

### III – CONCLUSÃO

Em decorrência, opina-se pela remessa dos presentes autos à Casa Civil informando-a que as diligências cumpridas às fls. 37/43-PGE estão incompletas, sendo necessária a feitura de um cuidadoso estudo antropológico das áreas designadas, unilateralmente, pelo Governo Federal como necessárias a manutenção de agrupamentos ameríndios.

Outrossim, sugere-se que tal equipe antropológica deve:

- a) identificar os agrupamentos indígenas (localização e população);
- b) definir as áreas utilizadas habitualmente pelos mesmos;
- c) informar o nível de aculturação desses povos e se desenvolvem cultura extrativista – definir a escala – ou agricultura;
- d) informar as áreas necessárias à manutenção de sua cultura.

Ao cabo, recomenda-se a remessa destes autos à SUHAB, sucessora do extinto IFAM, para a constituição de Comissão para a realização do citado estudo antropológico.

É o Parecer que submetemos, *sub censura*, à consideração do digno Procurador-Chefe.

**PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E DO MEIO AMBIENTE/PGE**, em Manaus/AM, 14 de junho de 1999.

**ERICK C. L. LIMA**  
Procurador do Estado

**PROCESSO N.º 1742/99-PGE**

**ASSUNTO:** Casa Civil/Estado do Amazonas

**INTERESSADO:** Demarcação de terras indígenas.

**DESPACHO:**

Ponho-me de acordo com termos do parecer retro, de n.º 013/99-PPIMA/PGE, acrescentando o seguinte.

Conforme exposto no relatório de fls. 04 a 11, de cuja elaboração participei enquanto membro da Comissão constituída pela Portaria n.º 026/96-GPGE; por força da Constituição de 1988, art. 20, inciso XI, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas

definidas no art. 231 do texto constitucional – passaram ao domínio da União, a quem expressamente atribuiu o dever de demarcá-las.

Destaca-se que esses preceitos constitucionais, excepcionando a garantia insculpida no art. 5.º, inciso XXV, da Carta de 1988, são dotados de efeito retroativo e deletério, pois têm o condão de determinar a supressão do direito de propriedade individual, na medida em que preconizam a expropriação de todas as áreas demarcadas como terras tradicionalmente ocupadas por aborígenes, em procedimento administrativo a cargo da União/FUNAI ( que vem sendo realizado administrativamente nos termos do Decreto n.º 1.775/96), considerando, para tanto, nulo de pleno direito os atos jurídicos de constituição e transmissão de domínio incidentes nessas faixas.

Dessa maneira, todo aquele – inclusive o Estado do Amazonas – que tinha, sob a vigência da ordem constitucional suplantada, como próprias, áreas hoje demarcadas, na condição de terras tradicionalmente ocupadas por silvícolas, pela União, perdeu-as definitivamente para esta última ex vi da Constituição de 1988, ressalvado unicamente o direito de indenização por benfeitorias realizadas de boa-fé.

Demonstra-se, assim, que a Lei Fundamental de 1988 alcançou, de forma irremediável, situação definitivamente consolidadas, esboroando o direito adquirido de propriedade, no que operou, na opinião de alguns, autêntico confisco.

A propósito, assenta à fiveleta pôr em curso cita literal dos comentários de IVES GANDRA MARTINS e CELSO RIBEIRO BASTOS ao encimados dispositivo da Constituição Brasileira de 1988:

“O § 6.º (...) cuida de um confisco constitucional de propriedade já existentes, razão pela qual estaria em pleno conflito com o art. 5º, XXIV.

Como se trata de princípio menor e não de exceção, choca-se com mais relevante artigo da Constituição, que é o de número 5, razão pela qual, à luz da teoria dos comandos constitucionais inconstitucionais, essa norma poderia ser declarada inconstitucional. Entendo que deva prevalecer o dispositivo de espectro maior e não o de espectro menor em que o governo agride o patrimônio de cidadãos, sem qualquer recompensa, vilipendiado a garantia ao direito de propriedade. O confisco é proibido, não podendo ocorrer nem por força de norma constitucional menor, razão pela qual entendo que se a União pretender ser generosa com os índios que o faça não à custa de terceiros, mas cumprido sua obrigação de indenizar as terras constitucionalmente

desapropriadas com justo preço..." (Comentários à Constituição do Brasil, 3.º Vol., Tomo I, arts. 18 a 23, 1992, p. 94).

Contudo, nada obstante a decorrente conclusão no sentido da inexorabilidade da subtração dos imóveis então pertencentes ao Estado do Amazonas que sejam delimitados como terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, é juridicamente possível estabelecer o contraditório no processo de demarcação das terras indígenas, com fito de discutir a precisa dimensão e lindes desses bens, à vista dos critérios definidores constantes do art. 231 da Constituição da República e com arrimo na Cláusula constitucional do devido processo legal.

Nesse sentido, conforme acentuou o i. parecerista, Procurador Erick C. Linhares Lima, o Decreto 1.775/96 (anexo) que atualmente disciplina o procedimento demarcatório no âmbito da União/FUNAI, ainda que de modo insuficiente, possibilita a impugnação administrativa, pelos interessados, das conclusões e relatórios de identificação das áreas demarcadas.

Além disso, faz-se plenamente cabível a revisão judicial dos atos demarcatórios já consumados em ação própria, cujo eventual pressuposto deve consubstanciar-se na usurpação, pela União, através de ato demarcatório, de bens públicos estaduais que não se amolam ao conceito constitucional de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios".

Aliás, foi justo à consideração dessa possibilidade revisional que a Comissão propôs a efetivação de estudo antropológico, colimando a delimitação das áreas que realmente consistem terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, isso dentre os imóveis integrantes do patrimônio fundiário do Estado do Amazonas que foram ou estão sendo objeto de demarcação pela UNIÃO/FUNAI.

Assim porque somente munida destes subsídios técnicos é que esta PGE poderá propor a ação cabível, desde que devidamente demonstrados erros, abusos, desvios e distorções eventualmente cometidos nos trabalhos demarcatórios, com prejuízo ao patrimônio imobiliário estadual.

Trata-se de tarefa complexa posto que, como é sabido, os levantamentos, identificação e delimitação das terras ocupadas permanentemente pelos grupos autóctones são de difícil caracterização, responsáveis pela exacerbação dos conflitos entre



os proprietários individuais e o Poder Público Federal, no longo e moroso processo de demarcação das terras indígenas. A razão disso é apontada com maestria por JOSÉ CRETELLA:

"Quem conhece, mesmo superficialmente, a índole nômade do silvícola sul-americano sabe que a localização é função direta de fatores ambientais, como entre outros, a caça e a pesca. Nem mesmos malocas, localizadas num certo ponto, revelam com certeza a permanência, ao sabor da circunstâncias variáveis. Podem estar abandonadas. Jamais provam a habitabilidade. E muito menos a permanência (...). A verdade é que (a) as terras são descontínuas, entre um e outro aldeamento da nação indígena, (b) as terras não estão sendo cultivadas e pois, não produzem o que deveriam produzir, (c) as tribos, na realidade, nem estão exercendo a posse, nem estão sequer ocupando a maior parte da imensa área de onze milhões trezentos mil hectares, território bem maior que todo o território de Portugal continental, (d) os índios são em número inferior a trezentos mil, havendo tribos que não entraram em contato com a civilização, (e) há áreas que não estão sendo utilizadas, como recomenda a Constituição, nem para preservar o meio ambiente, com o qual o índio nunca se preocupou, nem para proteger seu patrimônio cultural e nem, muito menos, para a sua reprodução física, que não depende de área extensa. Desse modo, as áreas que não preenchem as finalidades assinaladas pelo legislador constituinte para que se erijam como propriedade dos silvícolas estão sendo demarcadas e integradas na domínialidades indígenas, ficando o índio proprietário e os Estados e os verdadeiros proprietários particulares prejudicados como o leilão inconstitucional das áreas demarcadas. Ilegalmente. Abusivamente." (Op. Cit. Comentários pg.1262)

Ademais, até porque se se considera a estrita literalidade gramatical do preceito do art.231 da CF/88 corre-se o risco de ver-se concretizar a previsão de CARLOS MEDEIROS SILVA, *in verbis* "(...) dar efeito retroativo à proteção possessória, em favor dos silvícolas, não teria sentido prático, nem razoável, porque isto importaria, sem limite no tempo, na devolução de todo o território aos seus primitivos habitantes" (*in Parecer RDA 122/384-385*).

Portanto, reveste-se de extrema relevância, **a uma**, o acompanhamento dos relatórios da UNIÃO/FUNAI de identificação das áreas indígenas que deverão de ser demarcadas no território do Amazonas, para fins de apresentação de impugnação administrativa, se for o caso (cf. art. do Decreto 1.775/96, bem assim, **a duas**, a efetivação do trabalho antropológico solicitado por Esta PGE, versado sobre as áreas já identificadas e demarcadas.

Nessa direção, o trabalho apresentado apresentado pelo extinto IFAM é inábil pois, não contempla, à luz de concreto estudo antropológico, a identificação precisa de eventuais faixas de terras integrantes do patrimônio Fundiário do Estado do Amazonas que teriam sido abrangidas indevidamente (com afronta aos critérios do art. 231 da Constituição) pela demarcação feita pela Administração Pública Federal.

Razão pela qual esta especializada propõe que a SUHAB, na qualidade de sucessora do IFAM, seja instada a realizar estudo antropológico, de acordo com os critérios elencados no parecer retro, objetivando identificar e descrever quais as terras de propriedade do Estado do Amazonas que foram indevidamente reconhecidas pela FUNAI/UNIÃO como áreas tradicionalmente ocupados pelos aborígenes, em dissonância com o que preceitua o art. 231 da Constituição da República.

Encaminhe-se.

**PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E  
MEIO AMBIENTE/PGE**, em Manaus, 14 de junho de 1999.

**RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO N.º 1742/99-PGE**

**ASSUNTO:** Demarcação de Terras Indígenas

**INTERESSADO:** Casa Civil

**DESPACHO:**

**DE ACORDO** com PARECER N.º 13/99/PPIMA/PGE da lavra do Procurador do Estado Dr. Erick C. L. Lima, exarada nos autos às fls. 43/50-PGE, observando os aditamentos feitos pelo douto Procurador-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente desta PGE, Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, no Despacho de fls. 51/54-PGE.

Com efeito, para o deslinde da presente questão, faz-se

necessária a realização de estudo antropológico, nos termos do aludido Parecer.

**ENCAMINHE-SE** estes autos à SUPERINTENDÊNCIA DE URBANIZAÇÃO E HABITAÇÃO DO AMAZONAS-SUHAB, com observância das formalidades de praxe, afim de que sejam atendidas as diligências solicitadas.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em Manaus, 16 de junho de 1999.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**

Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 2409/99**

**INTERESSADOS:** Samsung Display Devices do Brasil e o Estado do Amazonas

**PARECER N.º 016 /99 - PPIMA/PGE**

DIREITO CIVIL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. LANÇAMENTO DE ÁGUAS NATURAIS EM IMÓVEL INFERIOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 69 DO CÓDIGO DE ÁGUAS. RESPONSABILIDADE CIVIL – EXCLUSÃO: ART. 160, INCISO I, *IN FINE*, DO CÓDIGO CIVIL.

– Obra no exercício regular de direito o proprietário do imóvel superior que, ao facilitar o escoamento de águas naturais, procede de modo que não piore a condição natural e antecedente do imóvel inferior.

– Responsabilidade civil não configurada.

**I - RELATÓRIO**

A Chefia do Poder Executivo, a requerimento da SAMSUNG DISPLAY DEVICES DO BRASIL S. A., submete a esta douta Procuradoria Geral o exame do conflito de vizinhança noticiado no expediente de fls. 04 a 05/PGE.

Nessa carta, a referida empresa expõe que fez instalar fábrica de cinescópios no terreno que lhe está sendo doado pelo ESTADO, na área do Distrito Industrial de Manaus, conforme os termos do Protocolo de Intenção incluso a fls. 08 *usque* 12/PGE.

Sucede que BERTOLINI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, proprietária de imóvel confinante, está suscitando a responsabilidade da SAMSUNG pelo excessivo volume d'água que supostamente estaria sendo despejado no terreno daquela, em razão da implantação da fábrica de cinescópios.

A esse respeito, consta do processo: 1. a carta endereçada pelo antigo proprietário do imóvel confinante à Secretaria de Infra-estrutura, alertando sobre o problema e 2. cópia da ata da reunião entre representantes das duas empresas interessadas, havida em 07 de junho de 1999, na tentativa de compor a questão.

Por fim, destaca-se que a Empresa/Requerente justifica o pedido de consultoria feito à Chefia do Poder Executivo (fls. 04/05) na existência de interesse jurídico do Estado na resolução do problema. Isso à consideração dos termos da cláusula sexta do antes referido Protocolo de Intenção, pela qual a Administração responsabilizou-se pela execução das obras de infra-estrutura

necessárias à implantação do projeto da SAMSUNG, abrangendo terraplenagem, captação d'água e drenagem (Cláusula Sexta).

Assim vieram os autos para manifestação conclusiva.

Esta Especializada, em exame preliminar (cf. promoção de fls. 23 a 24), propugnou pela produção de parecer técnico sobre a situação narrada, providência essa efetivamente adotada pela Comissão Geral de Contratação, Execução e Fiscalização de Obras Públicas do Estado, conforme se vê a fls. 28 a 41/PGE.

## II - FUNDAMENTAÇÃO

À luz dos fatos apurados e das conclusões técnicas expendidas no Parecer Técnico de fls. 28 a 41, é certo afirmar que não se configura a suscitada responsabilidade civil da SAMSUNG bem como do ESTADO DO AMAZONAS.

Assim porquanto se depreende da mencionada peça técnica que o escoamento desfavorável de águas no terreno hoje pertencente a BERTOLINI preexiste à instalação da fábrica de cinescópios e não foi empiorada com o advento desta.

Segundo consta, essas águas de há muito provêm dos terrenos de nível superior, compreendendo uma bacia de contribuição de 1km<sup>2</sup>, em leito natural, composto de águas correntes e pluviais.

As águas correntes devem-se a várias nascentes localizadas na região, as quais, inclusive, motivaram a construção de galeria sob a rodovia Norte/Sul do Distrito, a fim de preservar seu curso natural. Essas águas seriam responsáveis pelo lançamento de 6 metros cúbicos/hora no terreno da BERTOLINI.

E as águas pluviais, na estação chuvosa, aumentavam esse volume derramado no solo da BERTOLINI para 6.372 metros cúbicos/hora, dos quais 324 metros cúbicos/horas eram despejados pelas instalações das empresas confinantes XEROX e BS CONTINENTAL.

Ademais, interessa observar é que esse volume de águas nascentes e pluviais, verificado anteriormente à implantação do projeto da SAMSUNG, já não era suportado pelo canal que atravessa o terreno inferior da BERTOLINI. Conforme ressaltado no parecer técnico, o leito natural, quando chovia, transbordava e causava inundações prejudiciais não somente ao proprietário desse imóvel mas também a centenas de moradores circunvizinhos.

Com o advento da multicitada fábrica de cinescópios da SAMSUNG, muito embora esse volume de águas pluviais tenha aumentado cerca de 1.584 metros cúbicos/hora no máximo, o Estado procedeu de forma a melhorar e corrigir a situação anterior do prédio

da BERTOLINI, mediante a construção de “um canal em Gabião com seção retangular de 4 m de largura por 2 m de altura média em toda a sua extensão (dimensão em função da calha natural existente), retificando e definindo o antigo leito, com capacidade para suportar o volume de 10,6 m<sup>3</sup>/s (38.160m<sup>3</sup>/h) (Fotos 8, 9, 10, 11, 12)”.

Aliás, justo por isso, o subscritor do Parecer Técnico em análise, Engenheiro EDILSON ROTONDANO, concluiu que: “a correção do leito do antigo Canal beneficiou não só o citado terreno como centenas de residências, que deixaram de sofrer inundações quando do transbordo (...) todas as providências técnicas foram tomadas, não caracterizando omissão ou falha na execução do projeto, já que a vazão suportada pelo Canal construído é bem maior ao volume máximo despejado no mesmo”.

Portanto, em sendo essa a verdade dos fatos, afigura-se-me improsperável toda e qualquer alegação de responsabilidade civil da SAMSUNG e, por conseguinte, do ESTADO, a respeito do escoamento das águas no imóvel inferior pertencente a BERTOLINI.

Dessa feita porque incide na situação vertente a norma do art. 69 do Código de Águas, Decreto n.º 24.643/34, o qual se pede vênha para transcrever, objetivando o melhor entendimento:

“Art. 69. Os prédios inferiores são obrigados a receber as águas que correm naturalmente dos prédios superiores.  
Parágrafo único. Se o dono do prédio superior fizer obras de arte, para facilitar o escoamento, procederá de modo que não piore a condição natural e anterior do outro.”

Essa norma, que é idêntica a do antigo art. 563 do Código Civil Brasileiro, estabelece, entre nós, a obrigação de o prédio inferior receber as águas que correm naturalmente do prédio superior.

De acordo com PONTES DE MIRANDA, referida obrigação é concebida no Direito Pátrio como “direito de vizinhança, direito dependente, contido no direito de propriedade, correspondente à limitação que sofre, em seu conteúdo, o direito de propriedade do prédio vizinho” (Tratado de Direito Privado, Tomo XIII, p. 337).

Trata-se de princípio universalmente aceito, cujo fundamento - consistente na reverência à ordem natural das coisas - foi há muito esclarecido pela doutrina.

Nesse sentido, ARNALDO RIZZATO explica que o prédio “inferior é obrigado a receber águas que vêm naturalmente do superior (...) porque é inerente à índole do direito de propriedade a limitação e não por constituir esse encargo um direito real de gozo pertencente

a outrem. As regras do direito positivo, que disciplinam a matéria, consagram édito da natureza e forma princípios universalmente aceitos. Segundo os tratadistas, a lei consagrou a obra da natureza e não a obra do homem”.

Reporta-se à lição de ALESSANDRO SACCHI: “*Tutte le legislazioni concordano nell’idea che si debba lasciare piena libertà all’opera della natura, perchè altrimenti, constringendo o mutando comunque l’opera della natura, si generebbero delle perturbazioni gravissime per le conseguense che necessariamente verrebbero a derivarne*” (in Direito das Coisas, vol. 2, p. 284).

Doutro modo, para ORLANDO GOMES, “o regime de águas, legalmente estabelecido, em função da vizinhança dos prédios onde nascem e pelos quais atravessam, compõe-se de normas que criam, para seus proprietários, direitos e deveres, sob a inspiração de uma política de harmonização de interesses dignos de proteção” (in Direitos Reais, p. 204, Ed. Forense).

Forte nessas lições, interessa assentar a incidência, na situação em tela, do preceituado no *caput* dessa norma, obrigando o proprietário do terreno da BERTOLINI, por ser inferior, a suportar o escoamento de águas naturais que desçam dos terrenos superiores, dentre os quais o pertencente a SAMSUNG.

A obrigação se estabelece sem distinção entre as águas nascentes e pluviais, pois ambas tem origem natural, o *quantum satis* para incidência da norma. Guardando esse ponto de vista, elucida SÁ PEREIRA, citado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, que: “com esse dispositivo, limita-se o legislador a sancionar uma lei da natureza; como as águas correm naturalmente de cima para baixo, de acordo com a lei da gravidade, o proprietário do prédio inferior é obrigado a recebê-las, quando advindas do prédio superior. Mas referido ônus só se entende, obviamente, com águas que corram por obra da natureza, como as pluviais e as nascentes, por outras palavras, as águas que brotem do solo e as que provenham das chuvas” (Apud Curso de Direito Civil, p. 146).

De idêntico prumo, a cátedra de LAURENT: “*les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement*”. São as águas que “*découlent des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs par suite du mouvement que la nature leur a supprimé, sans distinguer si ce sont des eaux pluviales, des eaux de source ou des eaux provenant de la fonte des neiges*” (apud Direito das Coisas, op. cit.).

Outrossim, cumpre observar, por oportuno, atento à melhor

exegese, que o fato v.g. da existência de uma rodovia separando os terrenos confinantes igualmente não afasta a incidência da norma.

Nessa direção é o magistério de PACIFICI-MAZZONI: *“Perchè il fondo inferiore sia soggetto a ricevere le acque che naturalmente volano dal superiore, non è necessario che sia contiguo a questo; dimodo chè se la via publica divida l'uno dall'altro, non dimeno é inferiore dovrà ricevere le acque che dal superiore, a traverso di essa strada vi scalino: o a meglio dire la via publica, comoe fondo inferiore, riceve le acque dal superiore e le tranmette alla sua volta a quello che le è inferiore. Chiaro è poi che il fondo inferiore che riceve l'acqua dal superiore, è alla sua volta fondo superiore a quello che di esso è più basso, e perciò questo è soggetto a ricevere le acque che gli trasmette il fondo superiore e contiguo, benchè questo le abbia ricevute da altro fondo”* (apud op. cit. p. 288).

Acorde com os ensinamentos doutrinários acima reproduzidos, é a jurisprudência dos tribunais pátrios, conforme demonstram os seguintes julgados:

“Direito de vizinhança. Prédio de nível inferior. Recebimento das águas que fluem naturalmente do superior através de orifício existente no muro divisório. Tapagem desse orifício pelo dono do prédio inferior. Inadmissibilidade. Existência de servidão natural *fluminis recipiendi* que é ele obrigado a respeitar” (in RT 190/778).

“Além das águas das chuvas provenientes do prédio superior confrontante, é obrigado igualmente o acolhimento daquelas oriundas dos prédios vizinhos, confinantes ou não, e mesmo das adjacências que, em virtude da natureza do terreno, afluem normalmente para o prédio superior, o invadam e procurem o escoamento natural” (nesse sentido veja na Revista dos Tribunais, 145/185).

Além disso, convém aludir que o fato de a SAMSUNG ter empreendido obras, facilitando o escoamento das águas no prédio inferior, constitui comportamento inteiramente lícito.

Assim, conforme a dicção do parágrafo único do enfocado art. 69 do Código de Águas, o qual consente na realização de obras pelo proprietário do prédio superior, que facilitem o escoamento, desde que disso não decorra a piora da condição natural e anterior do imóvel abaixo.

Ora, a esse respeito, o Parecer Técnico de fls. 28 a 41/PGE, como dito alhures, revelou que as obras de infra-estrutura



empreendidas pela SAMSUNG, através do ESTADO DO AMAZONAS, visando à implantação da fábrica de cinescópios - a despeito de facilitarem o escoamento das águas pluviais, aumentando em pouco mais de 20% o volume da corrente em razão do tempo - beneficiaram o imóvel inferior, deixando-o em situação melhor que a precedente.

Com efeito, foram realizadas benfeitorias solucionando o problema causado pelo canal natural. Nesse rumo – convém destacar – o ESTADO DO AMAZONAS implementou obras não somente para que o leito natural suportasse o acréscimo de volume de águas pluviais decorrentes da instalação da fábrica de cinescópios da SAMSUNG. Foi além. Corrigiu aquela situação prejudicial anterior, de incompatibilidade do leito com o volume pluvial recebido, a qual provocava a inundação natural do terreno inferior e de outros contíguos.

Logo, agindo assim, ressaí patente que a SAMSUNG e o ESTADO procederam no exercício regular de direito reconhecido pelo parágrafo único art. 69, do Código de Águas.

Palmilhando a trilha dessas idéias, o nunca assaz citado WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO ensina que “pode o dono do prédio superior, entretanto, facilitar o escoamento, mediante abertura de sulcos, regos e drenos; mas, não lhe é lícito agravar a situação do prédio inferior” (*Op. cit.*, p. 146).

Outrossim, dos compêndios de jurisprudência, em harmonia com o exposto, destacamos as seguintes ementas:

“O prédio não perde a condição de inferior, obrigado a receber as águas que correm do superior, mercê de aterros e muro, nem o imóvel dominante fica impedido de fazer desaguar um córrego, que o atravessa e naturalmente adentra no prédio contíguo, pelo fato de haver canalizado as águas, desde que, com isso, não tenha piorado a condição do vizinho” (*in Revista de Jurisprudência do TJRS*, 13/236).

“Águas. Obrigação do dono do prédio inferior de receber as que correm naturalmente do superior. Direito do dono deste de fazer obras que facilitem o escoamento natural. Direito, outro sim, de ingresso do prédio inferior para a execução de trabalhos de limpeza e conservação dessas obras... Por outro lado, o dono do prédio inferior é obrigado a consentir que o dono do superior entre em seu terreno para a execução de trabalhos de limpeza e conservação dessas obras” (*in RT* 186/785).

Então, sob os auspícios do incidente parágrafo único do art. 69, do Código de Águas, caracterizado está o exercício regular de direito, como causa infirmativa da aventada responsabilidade civil da SAMSUNG.

Dessa maneira porque *ex vi* do estabelecido no art. 160, inciso I, *in fine*, do Código Civil Brasileiro, quem age no exercício regular de direito não causa dano juridicamente relevante.

Sustenta CAIO MARIO que o fundamento moral da teoria do 'exercício regular do direito', enquanto causa excludente da responsabilidade civil, encontra-se no adágio: *quī iure suo utitur neminem laedit* (quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém). Na idéia de ato ilícito exige-se o procedimento antijurídico ou da contravenção a uma norma de conduta preexistente, de modo que não há ilícito quando inexistente procedimento contra direito. Daí o inciso I, do art. 160 do Código Civil enunciar a inexistência de ato ilícito quando o dano é causado no exercício regular do direito. (*Apud* Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, RUI STOCO).

A propósito, já se decidiu que "ninguém poderá ser responsabilizado civilmente pelo exercício regular de direito seu enquanto se mantiver dentro da ordem jurídica, ainda que terceiro venha a sofrer prejuízo sem ter sido parte na ação" (TJSC – 2ª C. Ap., Rel. Ernani Ribeiro, j. 26.2.82, *in* RT 563/230).

### III – CONCLUSÃO

Com arrimo em todo o exposto, elencam-se as seguintes conclusões:

- 1) o proprietário do terreno inferior está obrigado a receber e suportar as águas que correm naturalmente dos prédios superiores contíguos, por força do estabelecido no *caput* do art. 69 do Código de Águas;
- 2) igualmente, há de tolerar as obras realizadas na implantação da fábrica de cinescópios porque, conquanto tenham facilitado o escoamento, não pioraram a condição natural e antecedente do imóvel inferior, conforme o estatuído no parágrafo único do acima referido dispositivo de lei.
- 3) agindo no exercício regular do direito de vizinhança reconhecido pelo art. 69 do Código de Águas, não se

configura a responsabilidade civil da SAMSUNG e, por conseguinte, do ESTADO DO AMAZONAS, executor das obras, à consideração do estatuído no art. 160, inciso I, do Código Civil Brasileiro.

É o parecer *sub censura*.

**PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E MEIO AMBIENTE DA PGE**, em Manaus, 16 de agosto de 1999.

**RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO N.º 2409/99-PGE**

**ASSUNTO:** *Consulta sobre Direitos de Vizinhança*

**INTERESSADOS:** Samsung Display Decives do Brasil e o Estado do Amazonas

**DESPACHO:**

**APROVO**, por seus legítimos e legais fundamentos, o **Parecer n. 016/99/PPIMA/PGE** da lavra do ínclito Procurador-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente desta PGE, **Dr. RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA**, que respondeu satisfatoriamente a consulta formulada pela interessada, por intermédio do Gabinete de Sua Exa. o Governador do Estado

Com efeito, demonstrado que não houve agravamento das condições naturais pela execução de obras por parte do proprietário do imóvel superior com vistas à facilitar o escoamento de águas, não há falar em responsabilidade civil, a teor do disposto no art. 69 do Código de Águas e no art. 160, I, *in fine*, do Código Civil Brasileiro.

Devolva-se o processo à SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL, com o cumprimento das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em Manaus, 16 de agosto de 1999.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 2812/99-PGE****ASSUNTO:** Convite - Justificação de Revogação**INTERESSADO:** Agência de Representação do Estado do Amazonas em Brasília**PARECER N.º 680/99-PA/PGE****“ATO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO NA MODALIDADE DE LICITAÇÃO.**

O art. 22, § 3.º da Lei n.º 8.666/93 estabelece o número mínimo de três empresas convidadas para participar do certame licitatório.

Caso não compareça o número mínimo, duas são as alternativas encontradas pela Administração Pública: poderá prosseguir com o certame, desde que justifique o manifesto desinteresse dos licitantes ou deverá proceder com a repetição do convite”.

Senhor Procurador-Chefe:

A Agência de Representação do Amazonas em Brasília encaminha, para análise e posicionamento desta Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, o Processo n.º 120/99-AGE/BSB referente à contratação de empresa para fornecimento de tíquetes alimentação aos servidores da Agência.

Consta dos autos o Processo n.º 120/99 AGE/BSB, referente ao procedimento licitatório realizado na modalidade convite, tendo por objeto a contratação de empresa para fornecimento de tíquetes.

Este é o breve relatório.

Enfrento, é claro, como questão primeira a análise do procedimento licitatório instaurado para a contratação ora posta.

Consta dos autos, a solicitação formulada pela Coordenadora de Administração e Finança endereça à Gerência de Orçamento e Finanças referente a especificação da dotação orçamentária e disponibilidade financeira para a contratação pretendida, tendo sido tal informação devidamente respondida conforme vejo do documento de fls. 8/PGE.

Encontro, também, a Portaria n.º 003/99 responsável pela instituição do benefício alimentação destinado aos servidores lotados na Agência de Representação do Estado do Amazonas em Brasília, independente da jornada de trabalho e do regime jurídico funcional.

A Autoridade Competente autorizou, de forma expressa, a abertura do procedimento licitatório, na modalidade convite, tendo em vista o termo final do contrato celebrado com a BB Administradora de Cartões de Crédito S/A.

A Nota de Autorização de Despesa n.º 025/99 foi previamente emitida no valor de R\$ 75.240,00.

Três foram as empresas convidadas a participar do certame licitatório: Cheque Cardápio S/A, Transamérica Comércio e Serviços Ltda., Ticket Serviços S/A, obedecendo-se, desta forma, o número mínimo estabelecido no § 3.º do art. 22 da Lei n.º 8.666/93.

Através da Ata de Reunião da Comissão de Licitação, verifico que somente respondeu ao certame licitatório a Transamérica Comércio e Serviços Ltda., tendo, via de consequência, os membros optado pela revogação da carta-convite com fulcro no art. 22, § 7.º do mesmo diploma legal.

A decisão da comissão foi devidamente ratificada pela autoridade competente, através da justificativa de revogação acostada aos autos às fls. 31/PGE. Estas formam as justificativas apresentadas:

1. Apenas uma empresa apresentou a proposta, infringindo-se o art. 22, § 3.º da Lei n.º 8.666/93;
2. Quando não for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes convidados, essas circunstâncias deverão ser previamente justificadas, sob pena de repetição do convite.

De acordo com a Lei de Licitações, o convite é a modalidade de licitação que interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 03 pela unidade de administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência mínima de até 24 horas da apresentação da proposta, à inteligência do art. 22, § 3.º.

Tendo em vista o seu intuito de simplificação e economicidade que deve necessariamente reger essa modalidade, não há de incluir e tolerar uma fase preliminar de habilitação, iniciando-se o seu rito com o recebimento e abertura de propostas, presumindo-se habilitados os participantes escolhidos e convidados pela Administração Pública.

Para tal procedimento, como dito anteriormente, devem ser convidadas no mínimo três empresas. Comprovado este requisito, o procedimento é legítimo, mesmo que nenhum dos convidados atenda à solicitação da Administração Pública licitante.

Convém, entretanto, registrar que deverá a entidade justificar, por escrito tal circunstância, pois como determina a lei a ausência de justificativa imporá a renovação da licitação, nos termos do art. 22, § 7.º da Lei n.º 8.666/93, *verbis*:

**“Quando por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados foi impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no §3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo sob pena de repetição do convite”.**

Assim, na modalidade convite (art. 22, § 3.º) dever-se-á convidar, no mínimo três interessados do ramo pertinente ao objeto, cadastrados ou não, e uma vez afixada cópia da carta-convite, o certame se estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência mínima de 24 horas.

Neste escopo, é obrigatório que sejam convidadas, no mínimo, três empresas, de sorte que, por limitações de mercado ou desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção deste número mínimo de interessados ou propostas, nada obstará o prosseguimento do certame, desde que devidamente justificado no processo pela autoridade competente.

Desta forma, pode até mesmo ter restado apenas uma empresa, o que por si só não impede o prosseguimento do certame licitatório e a contratação.

Ora, o simples fato de se apresentarem menos de três propostas não é suficiente para determinar a repetição do convite. Este também é o entendimento de nossos doutrinadores:

**“O simples fato de se apresentarem menos do que três licitantes não é suficiente, por si, para determinar a repetição do convite.**

**Pelo contrário, será possível prosseguir na licitação se ficar demonstrado o manifesto desinteresse dos licitantes convidados (o que decorre da sua própria omissão em atender ao convite), ou limitações de mercado.**

**.... Para evitar a repetição do convite, é sempre aconselhável que o mesmo se dirija, desde logo, a número de possíveis interessados bem superior ao**

mínimo exigido. Desse modo, ficará mais fácil justificar a continuidade do procedimento com menos do que três licitantes e demonstrar a boa-fé do responsável pelo convite (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 3ª ed., Malheiros, p. 79/80).

Outra não pode ser a minha conclusão: a inexistência de, no mínimo, três interessados ou não ao comparecimento de licitantes em tal número não se constitui causa de invalidação, muito menos de revogação, do procedimento licitatório. É obrigatória, sim, a justificativa por parte da Administração Pública já que a Lei de Licitações, em momento algum, determina o número de três licitantes ao procedimento licitatório, fala, sim, em número de três convidados.

Tratando da matéria, Marçal Justem Filho posiciona-se:

**“Em primeiro lugar, não é possível subordinar a validade da licitação à escolha, totalmente subjetiva e arbitrária, dos particulares a quem foi dirigido o convite. Se particulares não desejarem apresentar proposta ou se fizerem em termos inadequados, não se pode atribuir a consequência da automática invalidação do certame. ... Sendo impossível, desde logo, a obtenção de três propostas, a Administração poderá remeter convite a número inferior de potenciais interessados. Tal deverá ser cumpridamente motivado. A ausência de justificativa imporá a renovação da licitação. A regra do § 7.º deve ser interpretada com a cautela. A ausência de justificação não invalida, por si só, o procedimento. Se estiver comprovado o preenchimento dos requisitos legais, a remessa de convites em número mínimo ou o comparecimento de número inferior ao mínimo não caracterizará, mesmo se a justificativa de comissão inexistir. Isso não elimina o dever de sancionar administrativamente os membros da comissão pela omissão”** (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 5ª edição, p. 185/186).

Compulsando-se os autos, verifico que a Autoridade Competente, através da Justificativa de Revogação, constante dos autos às fls. 31-PGE, entendeu, por bem, revogar a licitação, fundamentando a sua decisão na apresentação de uma única proposta.

Ora, neste caso, duas são as alternativas encontradas pela Autoridade: ou justifica o manifesto desinteresse dos convidados, já que a Comissão convidou três empresas a comparecerem ao certame licitatório, ou repete o convite. Jamais poderia falar em revogação, uma vez que o procedimento ainda não se conclui e fundamentação da decisão baseia-se em infringência à lei.

A respeito da revogação, entende Lúcia Valle de Figueiredo que:

**“A revogação consiste na emanção de provimento secundário, constitutivo, emanado do exercício do mesmo poder de prover, por parte do órgão ainda titular da relação jurídica, e cuja finalidade é a supressão definitiva dos efeitos do provimento inicial (primário) por motivo de conveniência e oportunidade, assentada em interesse público superveniente, concreto e atual (e da mesma natureza), atribuindo-se-lhe efeitos *ex nunc*.**

**De conseguinte, verifica-se, preliminarmente: o ato revogatório tem por finalidade a supressão dos efeitos de ato anterior, praticado legalmente, porém, por ter ocorrido situação subsequente, a Administração Pública, ao fazer nova valoração técnico-administrativa, conclui pela sua inoportunidade de sua permanência no ordenamento jurídico.**

**O ato revogatório destina-se a dois fins específicos: a) supressão dos efeitos do ato anterior e/ou b) nova disposição. Só atinge atos válidos, pois estaríamos diante de outra categoria (invalidação) se se tratasse de atos inválidos (*in Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., Malheiros, p. 210).**

Desta forma, duas são as alternativas encontradas pela Agência de Representação do Amazonas em Brasília: ou justifica o manifesto desinteresse dos convidados e prossegue com o certame licitatório ou o repete.

Curial ressaltar que o prosseguimento do certame somente poderá ocorrer se a empresa que compareceu tenha observado todos os itens elencados no convite, o que não pode analisar em virtude dos documentos não constarem do processo ora analisado.

Dada as circunstâncias dos autos, recomendo a repetição



do convite, sem que a Administração atenha-se a justificativa de revogação, conforme fundamentação acima.

À consideração superior do Procurador Chefe.

**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**, em Manaus (AM),  
13 de setembro de 1999.

**GLÍCIA PEREIRA BRAGA E SILVA**  
Procuradora do Estado do Amazonas

**DESPACHO:**

Acolho.

Encaminhe-se ao Senhor Procurador-Geral.

**P.A/PGE**, em 13.set.99

**LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA**  
Procurador-Chefe

**PROCESSO N.º 2812/99-PGE**

**ASSUNTO:** Convite - Justificação de Revogação

**INTERESSADO:** Agência de Representações do Estado do  
Amazonas em Brasília

**DESPACHO:**

Recebi hoje.

**APROVO** por seus jurídicos e legais fundamentos o **Parecer n.º 680/99-PA/PGE**, da lavra da Procuradora Dra. GLÍCIA PEREIRA BRAGA E SILVA, acolhido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, Dr. LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA.

**DEVOLVA-SE**, o Processo à **AGÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS EM BRASÍLIA**, com observância das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em  
Manaus (AM), 16 de setembro de 1999.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO N.º 3926/99-PGE.**

**ASSUNTO:** Consulta.

**INTERESSADO:** Comissão Geral de Obras.

**PARECER N.º 1002/99-PA/PGE**

**EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. PRESCRIÇÃO. REAJUSTE CONTRATUAL & CORREÇÃO MONETÁRIA.**

A questão da prescrição quinquenal torna-se preliminar e antecedente à análise da legalidade ou ilegalidade do pagamento de reajuste e correção monetária. Art. 1.º do Decreto Federal 20.910/32.

No mérito é de se destacar que os conceitos de reajuste contratual e correção monetária são diferentes: o primeiro consiste em variação dos custos da produção, e o segundo diz respeito à atualização financeira da moeda, resultante de sua desvalorização.

Reajuste contratual – previsão contratual.

Atualização financeira – arts. 5.º, §§ 1.º e 2.º, e 40, inciso XIV, alíneas “c” e “d” da sempre mencionada Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos.

Senhor Procurador-Chefe:

A COMISSÃO GERAL DE CONTRATAÇÃO, EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS, faz retornar a este órgão o processo epigrafado, instruindo-o com documentação apta a atender a promoção de fls. 417/418-PGE.

Ocorre que a extinta Secretaria de Estado de Obras e Transportes firmou com a empresa Rodal Construções e Comércio LTDA, em 17.10.89, o termo de contrato de n.º 36/89, cujo desiderato consistiu na execução dos serviços de terraplenagem e pavimentação de uma gleba pertencente ao Estado do Amazonas, situada no bairro Santa Etelvina.

Através da análise da documentação acostada aos autos depreende-se que em 08.07.99 a contratada, através de carta de fls. 05/PGE, solicitou à Comissão Geral de Obras o pagamento da importância de R\$ 232.336,41 (duzentos e trinta e dois mil, trezentos e trinta e seis reais e quarenta e um centavos), relativos a pagamentos não realizados, corrigidos monetariamente.

Infere-se dos autos, doc. de fls. 452/453/PGE, que os valores cobrados nos processos de n.º 4830 e 4832 dizem respeito às medições principais (não pagas) mais atualização financeira. Já nos processos de n.º s 8588, 5589, 4375, 4834, e 4831 as medições principais foram pagas; os valores que estão sendo cobrados nestes processos dizem respeito aos reajustamentos e correção monetária, incidíveis sobre as medições principais.

Sucintamente, é o que me cumpre relatar.

Antes de enfrentarmos a questão ora proposta em seu mérito, mister tecermos considerações a respeito do instituto denominado como prescrição.

Muitas são as formas através das quais os direitos subjetivos, sendo o direito ao crédito um desses direitos, encontram o seu termo final. A prescrição é uma delas.

Conceitualmente podemos afirmar que o instituto sob comento significa a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas durante determinado espaço de tempo.

É bem verdade que para alegar-se a prescrição há necessidade de ter-se uma ação judicial ajuizada.

Através do presente raciocínio pretendemos demonstrar que se a empresa contratada, através do instrumento de n.º 36/89-SETRAN, de 17.10.89, até a presente data não tomou qualquer providência no sentido de cobrar judicialmente os valores previamente declinados a possibilidade de fazê-lo ainda existe, contudo, o Estado do Amazonas ao defender-se judicialmente alegará a prescrição, e, por via de consequência, o processo será extinto com julgamento do mérito, desobrigando o Estado do Amazonas a pagar a quantia ora pleiteada.

É de se destacar, entretanto, que a prescrição poderá ser interrompida nas seguintes hipóteses, previstas no artigo 172 do Código Civil Brasileiro:

- 1) pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente;
- 2) pelo protesto;
- 3) por qualquer ato judicial que constitua o devedor em mora;
- 4) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor.

Isto significa afirmar que, se a administração pública reconheceu, através de qualquer documento escrito entregue à

contratada, ou através das demais hipóteses sobreditas, que devia o valor ora cobrado, a prescrição foi interrompida. Esta interrupção faria com que o prazo prescricional recomeçasse a correr da data do ato que a interrompeu, inteligência do artigo 173 do Código Civil.

O prazo prescricional aplicável para a cobrança judicial do montante verberado, a teor do art. 1.º do Decreto n.º 20.910 de 1932, é o de cinco anos, vejamos:

**“Art. 1.º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito de ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram”.**

Além da prescrição judicial, importante salientarmos a existência da impropriamente denominada prescrição administrativa. Com efeito, Hely Lopes Meirelles <sup>1</sup> ao discorrer sobre o assunto afirmou que:

**“...(omissis) se fala em prescrição administrativa – grifos no original – para indicar o escoamento dos prazos para a interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público – grifos nossos”.**

Neste sentido Diogenes Gasparini <sup>2</sup> assim leciona:

**“Entende-se por prescrição administrativa o esgotamento de prazos para a interposição de recursos administrativos ou hierárquicos na esfera administrativa ou para a Administração Pública agir em certos casos. Assim, tanto perece a pretensão do administrado em relação à Administração Pública, como da Administração Pública em face do administrado se um e outra não agirem a tempo. Com o decurso desse prazo, a Administração Pública, o servidor público e o administrado ficam despojados da faculdade de agir, já não podendo oferecer a manifestação punitiva ou intentar recurso. Assim deve ser em razão da necessidade de estabilização das**

relações que se instauram entre a Administração Pública e os administrados e servidores públicos. À vista do que até aqui se disse é fácil perceber que qualquer medida, tomada por qualquer que seja, depois do prazo prescricional, não tem como ser válida”.

O prazo prescricional, a nível administrativo, também é de cinco anos. Concorda com este raciocínio o sobredito autor, in verbis:

**“A prescrição administrativa consuma-se com o escoamento do prazo legal e, na falta desse, cremos que o prazo deve ser o mesmo instituído pelo artigo 1.º do Decreto Federal n.º 20.910/32, para prescrição de qualquer ação contra a Fazenda Pública, isto é, de cinco anos, já que é a regra da prescritibilidade”.**

Questão que pode gerar dúvida ao Administrador Público diz respeito a obrigatoriedade ou não da alegação de prescrição em casos como este. Em outras palavras, está o Administrador Público obrigado a alegar a prescrição ou trata-se de poder discricionário, podendo o mesmo agir de acordo com a sua conveniência e oportunidade? A nosso ver não há espaço para a discricionariedade neste terreno. Com efeito, Diogenis Gasparini <sup>3</sup> afirma que: *“Embora longo esse prazo para a prescrição administrativa, é melhor que se admitir, sem falta de menção legal, a imprescritibilidade. Esse prazo começa a ser contado a partir do fato ou do ato do qual se originar, e sempre que a sua consumação beneficiar a Administração Pública, esta não pode deixar de alegar tal circunstância. A falta dessa alegação caracteriza renúncia ao direito, inconcebível sem autorização legislativa. Para a Administração Pública a invocação da prescrição em benefício é dever indeclinável”* (grifamos).

Assim, após a análise da prescrição judicial e administrativa, concluímos que o Estado do Amazonas não deve pagar o valor solicitado, caso realmente tenha havido inércia da solicitante em cobrar o valor objeto do requerimento de fls. dos autos no decorrer dos últimos dez anos.

Contudo, levando em consideração a hipótese de ter havido interrupção da prescrição nos termos retro mencionados, a ser verificada pelo órgão interessado, passamos a analisar o mérito da problemática suscitada, qual seja, possibilidade de pagamento de reajuste contratual e da correção monetária.

Impende, primeiramente, definirmos cada um dos institutos susomencionados.

O reajuste contratual vem previsto no artigo 40, inc. XI, da Lei 8.666/93, sendo devido se expressamente constou do instrumento convocatório/contrato, e com base em índices previamente estipulados, que reflitam a variação do custo da produção. A cláusula de reajuste, não obstante, não visa à recomposição do valor da moeda, corroída pela inflação, mas sim objetiva refletir a variação efetiva do custo da produção do bem.

De acordo com a sobredita lei, o reajuste é devido entre a data da apresentação da proposta e a data do adimplemento da obrigação, definida esta como "a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela deste, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança", inteligência do artigo 40, §3º, da Lei 8.666/93.

Tecendo comentários a este respeito, Marçal Justen Filho<sup>4</sup> afirmou que:

**"Na sistemática anterior ao Plano Real, o reajuste seria concedido para compensar variações de custos no período anterior à execução da proposta. No período de tempo que ia da data da apresentação da proposta (ou da data de orçamento, eventualmente existente, a que se referir a proposta) até a data do adimplemento (de cada parcela, se for o caso de execução parcelada) incidira o reajuste de preços. Destinava-se a recompor as perdas inflacionárias relacionadas ao custo de produção. Na época, era obrigatório o edital conter os critérios para avaliação dessa variação ou indicar, desde logo, um índice setorial ou específico. Muitas vezes, esses índices eram formados a partir da conjugação de diversos índices setoriais, buscando apanhar, de modo mais perfeito, as variações dos diversos itens que influenciam a formação do custo da prestação do contrato".**

Verificamos que o contrato de n.º 36/89, em sua cláusula nona, previu o reajustamento de preços, a serem aferidos através do índice econômico do Custo Nacional de Construção Civil e Obras Públicas, coluna 38, através de fórmula especificada na mencionada cláusula contratual.

Logo, no caso em tela, há previsão de reajuste contratual, “devido” desde a data da apresentação da proposta até a data do efetivo adimplemento da obrigação.

Já a correção monetária, ou atualização financeira, nada mais é do que a reposição do valor aquisitivo da moeda desvalorizada em função da inflação. Embora a Lei 8.666/93 não utilize referido termo a mesma é cabível, tendo em vista ter sido regulada nos artigos 5º, §§ 1.º e 2.º, e 40, inciso XIV, alíneas “c” e “d” da sempre mencionada Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos. Da leitura destes dispositivos fica claro que a correção é devida após o cumprimento da obrigação.

A correção monetária, diferentemente do reajuste contratual, é cabível mesmo quando não tenha sido prevista no instrumento contratual. É neste sentido a jurisprudência pátria, vejamos:

**“Não constituindo a correção monetária um plus, mas mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação, deve ela incidir mesmo nos contratos pactuados sem a sua previsão (STJ – 4ª Turma – Resp-2-430-SP, j. 5.06.90 – D.J.U de 6.8.90, in Jurisprudência – Licitações e Contratos Administrativos, 2ª edição, esplanada, p. 104)”**.

É comum fazer-se confusão nos conceitos dos institutos de reajuste e correção monetária (atualização financeira). Entrementes, há que ser feita a diferença entre ambos para que as conseqüências jurídicas deles decorrentes possam ser corretamente atingidas.

Assim, confrontando os institutos do reajuste com a correção monetária temos que:

- 1) entre a data da apresentação das propostas e o efetivo adimplemento da obrigação cabe a aplicação do reajuste contratual;
- 2) entre a data do vencimento da obrigação (data em que a obrigação deveria ter sido paga) e o pagamento da parcela devida cabe a aplicação de correção monetária.

Logo, em relação a cada parcela “devida” pelo contratante ao contratado há que ser feito dois tipos de cálculos, o do reajuste e o da correção monetária.

De todo o exposto, podemos afirmar, resumidamente, que o Estado do Amazonas não se vê obrigado a pagar o valor pleiteado

pela empresa Rodal Construções e Comércio LTDA, em virtude da aplicação da prescrição. Todavia, caso tenha ocorrido alguma hipótese capaz de interromper a prescrição, que resulte em obrigatoriedade de pagamento por parte do Estado do Amazonas do reajuste contratual mais a correção monetária, há necessidade de encaminhamento do presente processo à SEFAZ ou à Auditoria do Estado, que são os órgãos que possuem os profissionais competentes a aferirem os valores a serem pagos, tendo-se por embasamento jurídico as conclusões declinadas acima, nos itens de n.º s 1 e 2, e por embasamento fático a documentação acostada ao presente processo.

É o parecer.

À especial consideração do Senhor Procurador-Chefe.

**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PGE** em Manaus  
(AM), 23 de dezembro de 1999.

**ANNA KARINA L. BRASIL SALAMA**

Procuradora do Estado

## NOTAS

<sup>1</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 590.

<sup>2</sup> *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 538.

<sup>3</sup> Ob. cit., p. 538.

<sup>4</sup> *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 375.

## DESPACHO:

Aprovo integralmente. Aduzo, tão-só, no respeitante à prescrição, que o administrador não a pode dispensar, discricionariamente, à vista do princípio da indisponibilidade do direito (e do interesse) público.

Encaminhe-se ao Senhor Procurador-Geral, atendida a urgência verbalmente recomendada.

**P.A/PGE**, em 23.dez.99

**LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA**

Procurador-Chefe



**PROCESSO N.º 3926-PGE**

**ASSUNTO:** Consulta

**INTERESSADO:** Comissão Geral de Obra

**DESPACHO:**

**APROVO** por seus jurídicos e legais fundamentos o **Parecer n.º 1002-PA/PGE**, da lavra da Procuradora Dra. ANNA KARINA L. BRASIL SALAMA, com o aditamento com que foi acolhido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, Dr. LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA, que respondeu à consulta formulada pela COP.

**DEVOLVA-SE** o Processo à **COMISSÃO GERAL DE CONTRATAÇÃO, EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS – COP**, com observância das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em Manaus (AM), 27 de dezembro de 1999.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador-Geral do Estado

**ASSUNTO:** Parecer acerca da validade Constitucional da Resolução n.º 0001/99-GSEFAZ

**INTERESSADO:** Polícia Civil

### **PARECER N.º 15/99-PROFIS/PGE**

**EMENTA:** TAXAS DE EXPEDIENTE, DE SEGURANÇA E DE SAÚDE PÚBLICA. COBRANÇA. VALIDADE CONSTITUCIONAL FRENTE AO DISPOSTO NO ARTIGO 5.º, XXXIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

IMUNIDADE CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA DE TAXAS PARA OBTENÇÃO, EM REPARTIÇÃO PÚBLICA, DE CERTIDÃO NECESSÁRIA À DEFESA DE DIREITOS E ESCLARECIMENTOS DE SITUAÇÕES DE INTERESSE PESSOAL.

INTELIGÊNCIA DO ART. 5.º, XXXIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ART. 3.º, § 7.º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

### **RELATÓRIO**

Solicita, o Delegado Geral de Polícia Civil do Estado do Amazonas, emissão de Parecer a esta Especializada a respeito da constitucionalidade da Resolução n.º 0001/99-GSEFAZ, frente ao art. 5.º, inciso XXXIV, da Constituição de República.

Para tanto, junta, com o seu Ofício, a sobredita Resolução, que adota as tabelas relativas às Taxas de Expediente, de Segurança Pública e de Saúde Pública, instituídas pelos arts. 168, 178 e 185, respectivamente, da Lei Complementar n.º 19, de 29 de dezembro de 1997.

É o relatório.

### **FUNDAMENTAÇÃO**

Para melhor elucidar a dúvida aventada pelo douto Delegado Geral, faz-se mister voltarmos às lições basilares de direito tributário correlacionando a figura da imunidade em relação às taxas.

*Tributo* é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituído em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público.<sup>1</sup>

O art. 145 da Constituição da República e o art. 5.º do Código Tributário Nacional estabelecem três espécies de tributos, quais sejam: imposto, taxa e contribuição de melhoria.

As taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, diretamente referível ao contribuinte, que pode consistir: a) no exercício regular do poder de polícia; ou b) na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível (CF, art. 145, II; CTN, art. 77).

Tem-se, pois, que a taxa se caracteriza como o tributo cuja obrigação tem por fato gerador (pressuposto de fato que dá origem à obrigação tributária) uma situação que representa uma atividade estatal específica, dirigida (referida) ao contribuinte, independentemente de qualquer benefício ou vantagem que lhe possa resultar disso.<sup>2</sup>

É irrelevante para o Direito tributário que a atividade estatal traga algum benefício ou vantagem para o contribuinte da taxa e que por este motivo tenha que providenciar uma contraprestação, já que sua causa, suficiente e necessária, é a pura e simples ocorrência do seu fato gerador.<sup>3</sup>

As taxas são regidas pelo princípio da *retributividade* segundo o qual são exigidas em decorrência de uma contraprestação do poder público.

O Código Tributário Estadual, Lei Complementar n.º 19, de 29 de dezembro de 1997, em seu artigo 158 elenca o rol de taxas estaduais, a saber: Taxa de Expediente, Taxa Judiciária, Taxa de Segurança Pública, Taxa de Saúde Pública e Taxa de Emolumentos.

A Resolução n.º 0001/99-GSEFAZ aplica valores às taxas de expediente, de segurança e de saúde pública, instituídas pelos arts. 168, 178 e 185, respectivamente, da Lei Complementar n.º 19/97.

A Constituição Estadual, em seu art. 3.º, § 7.º, estabelece:

“Art. 3.º. O Estado, nos limites de sua competência, assegura, em seu território, a brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais declarados na Constituição da República.

(...)

§ 7.º - É assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxa ou emolumento ou garantia de instância, o direito de petição e de representação aos Poderes Públicos para coibir ilegalidade ou abuso de poder, e de obtenção, em repartições públicas, de ***certidão necessária à defesa de direitos e esclarecimentos de situação de interesse pessoal***”. (grifei).

O art. 5.º, XXXIV da Constituição da República, está assim redigido:

“Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a **obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situação de interesse pessoal,**” (grifei)

Os supracitados dispositivos constitucionais prevêem uma hipótese de *imunidade*, ou seja, uma limitação ao poder de tributar. Na lição de LUCIANO AMARO,<sup>4</sup> *imunidade configura simples técnica legislativa por meio da qual o constituinte exclui do campo tributável determinadas situações sobre as quais ele não quer que incida este ou aquele gravame fiscal, cuja instituição é autorizada, em regra, sobre o gênero de situações pelo qual aquelas estariam compreendidas.*

Na conhecida definição do Prof. PAULO DE BARROS CARVALHO, a imunidade é “a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas”.<sup>5</sup>

Ao proceder à repartição do poder impositivo, pelo mecanismo da competência tributária, a Constituição Federal coloca fora do campo tributável reservado à União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios certos bens pessoas e serviços.

O estabelecimento da imunidade exprime, assim, uma norma pela qual as pessoas tributantes se tornam incompetentes para instituir impostos em relação a determinadas pessoas, bens e serviços.

Em última análise, ao estabelecer imunidades a Carta Magna delimita a competência tributária de cada uma das entidades

da Federação brasileira, obstando, assim – com o limitar do âmbito da incidência da tributação –, o exercício das atividades legislativas do ente tributante.

A norma constitucional que veicula imunidade é, pois, regra jurídica no plano das competências tributárias dos poderes públicos, <sup>6</sup> contribuindo para traçar o perfil das mesmas. <sup>7</sup>

A norma constitucional de imunidade não atua, portanto, em um momento posterior à outorga de competência tributária, *mas simultaneamente a este*, colaborando na definição das faixas de competências tributárias entregues às entidades políticas. Não se trata de uma limitação ou supressão da competência tributária ou do poder de tributar, pela razão de que, nas situações imunes, não existe (nem preexiste) poder de tributar ou competência impositiva. <sup>8</sup>

Com efeito, a competência tributária de cada uma das pessoas jurídicas de direito público interno é obtida com a *conjugação simultânea* de duas espécies de regras constitucionais, que passaremos a denominar, no decorrer do presente trabalho, de: a) regras positivas de atribuição de competência; e b) regras negativas de atribuição de competência, grupo no qual classificam-se as normas que contêm preceito imunitório, também chamadas de normas imunizantes. <sup>9</sup>

A regra de imunidade é, assim, uma das formas de *demarcação de competência*, pois, congregada às demais (regras positivas de atribuição de competência), produz o campo dentro do qual as pessoas investidas de poder político haverão de operar, legislando sobre matéria tributária. As regras de imunidade dirigem-se, pois, ao legislador ordinário de cada ente político (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

Portanto, a rigor, a imunidade não subtrai competência tributária, pois esta é apenas a soma das atribuições fiscais que a Constituição Federal outorgou ao poder tributante (regra positiva de competência) e o campo material constitucionalmente imune (regra negativa de competência).

Este campo constitucionalmente imune nunca pertenceu à competência tributária deste, que já nasce, pois, "limitada". Com efeito, nas hipóteses de imunidade, a Constituição, ao ratear os campos impositivos, outorga ao ente público o seu campo impositivo *previamente reduzido* pela exclusão de pessoas ou fatos, postos fora da área tributária.

Oportuna a lição de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *verbis*: "A técnica constitucional brasileira não se circunscreve em repartir a matéria tributável. Não se restringe a mera indicação, a

cada pessoa jurídica de direito público interno, da esfera de tributação reservada à sua competência. Essa atribuição constitucional de competência é completada pela proibição - formal e material - de serem instituídos tributos abrangendo hipóteses constitucionalmente previstas como imunes".<sup>10</sup> (grifamos)

Na verdade, a competência impositiva foi atribuída como autorização para tributar determinados fatos ou pessoas e, simultaneamente, como proibição de que determinadas pessoas ou coisas fossem tributadas.<sup>11</sup>

Vê-se, pois, que a regra de imunidade não limita a competência tributária, mas é norma negativa que precede a outorga de competência, e, portanto, colabora no desenho constitucional da faixa de competência adjudicada às entidades tributantes.

A norma que firma a hipótese de imunidade está ínsita (de maneira negativa, proibitiva) na competência impositiva,<sup>12</sup> sendo uma das múltiplas formas de demarcação de competência. Dirige-se ao legislador ordinário para produzir, juntamente com as demais (normas positivas de atribuição de competência), o campo dentro do qual as pessoas jurídicas investidas de poder político poderão operar, legislando sobre matéria tributária.

A imunidade é técnica legislativa por meio da qual o constituinte exclui expressamente do campo tributável determinadas situações sobre as quais ele não quer que incide este ou aquele gravame fiscal, cuja instituição é autorizada, em regra, sobre o gênero de situações pelo qual aquelas estariam compreendidas – se não fosse a norma imunizante.<sup>13</sup>

Ou seja, a Constituição, ao definir a competência – e não depois de fazê-lo –, excepciona determinadas situações que, não fosse a imunidade, estariam dentro do campo de competência, mas, por força do preceito imunitório, permanecem fora do alcance do poder de tributar outorgado pela Constituição.<sup>14</sup>

A União, por exemplo, pode tributar a renda (art. 153, III, CF/88), exceto a dos partidos políticos (art. 150, VI, "c", CF/88); os produtos industrializados estão, em regra, no campo de atuação do IPI (art. 153, IV, CF/88); mas os livros, por exceção, não podem ser tributados (art. 150, VI, "d", CF/88) pois as imunidades tributárias definem uma área expressamente subtraída à competência legislativa (em matéria tributária) das pessoas constitucionais.

A imunidade erige o *status negativus libertatis*,<sup>15</sup> tornando intocáveis pelo tributo determinadas situações ou pessoas; é um dos aspectos do direito da liberdade, posto que protege os direitos

fundamentais contra a incidência em geral (art. 150,IV e V), dos impostos (art. 150,VI), das *taxas* (art. 5º, itens XXXIV, LXXIII, LXXIV, LXXVI e LXXVII; art. 206,IV; art. 208, § 1.º) e das contribuições (art. 195, § 7.º e 203).

O direito às condições mínimas de existência digna não pode ser objeto de incidência fiscal por ser condição para o exercício da liberdade constitucionalmente assegurada, por conseguinte, o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão.

Nesse sentido é a lição de REGINA HELENA COSTA, ao estudar o princípio constitucional tributário da capacidade contributiva: "A preservação do mínimo vital é efeito do princípio examinado, correspondendo, exatamente, a uma isenção técnica, fundada na ausência de capacidade contributiva, não podendo, pois, ser revogada. A capacidade contributiva, não podendo, pois, ser revogada. A capacidade contributiva só se pode reputar existente quando estiver presente alguma riqueza acima do mínimo vital, conceito este que varia no tempo e no espaço".<sup>18</sup>

No direito positivo brasileiro, o art. 5º, XXXIV, da Constituição da República, e o art. 3.º, § 7.º da Constituição do Estado do Amazonas, externam um caso de imunidade do mínimo existencial.

Ressalte-se, por oportuno, que o enquadramento da imunidade dar-se-á quando a certidão requerida visar esclarecer situações de interesse pessoal.

Noutro giro, LUCIANO AMARO entende que a questão deve ser vista conjuntamente com o princípio da capacidade contributiva, expresso no art. 145, § 1.º, da Constituição, onde se prevê que, "*sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*".

O princípio da capacidade contributiva visa a preservar o contribuinte, buscando-se evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, o livre exercício de sua profissão, a livre exploração de sua empresa, bem como o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica.

Apesar de o texto constitucional só mencionar a capacidade contributiva quanto aos impostos e a despeito da característica

remuneratória das taxas, submetem-se elas, por "aplicação natural", segundo JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA, com apoio em RAMON VALDÉS COSTA, ao cânone da capacidade contributiva: "em primeiro lugar, determinando ele a intributabilidade daqueles que, por incidência delas, estariam tendo o seu mínimo de existência digna comprometido (exemplo desta aplicação do princípio é a chamada justiça gratuita ut artigo 5.º, LXXIV, da Constituição, que decorre da sua conjugação com os direitos de petição e de ação previstos nos incisos XXXIV e XXXV), entendendo-se como redistribuído pela comunidade mais favorecida economicamente a parcela não suportada pelos administrados mais modestos. O mesmo se diga do inciso LXXVI, que estabelece imunidade tributária quanto aos serviços de registro civil do nascimento e à expedição da certidão de óbito".<sup>17</sup>

### CONCLUSÃO

Assim, tem-se que a Resolução 0001/99-GSEFAZ, que estabelece os valores das taxas de expediente, de segurança e de saúde pública, devidamente tipificadas no Código Tributário Estadual, deve ser vista com reservas.

A imunidade estabelecida no art. 5.º, XXXIV, da Constituição da República assegura, INDEPENDENTEMENTE DO PAGAMENTO DE TAXAS, a obtenção de certidões para a defesa de direitos de interesse pessoal, tornando, desta forma, inconstitucional qualquer taxação de serviços públicos para emissão de certidão para os fins supra, como as abaixo relacionadas:

### ANEXO II – TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA POLÍCIA CIVIL E MILITAR CERTIDÕES, LAUDOS E SERVIÇOS

ITEM	DISCRIMINAÇÃO DE INCIDÊNCIA
3.2.	CERTIDÃO de registro ou termo em livros, autos administrativos ou inquéritos e processos policiais (por folha)
3.3.	CERTIDÃO negativa de registro de furto ou roubo de veículo
3.4.	CERTIDÃO qualquer outra certidão



À luz de todo o exposto, em resposta à consulta formulada pelo Delegado Geral da Polícia Civil, e considerando o art. 5.º, XXXIV da Constituição da República e art. 3º, §7º, da Constituição Estadual, entendo que **a cobrança de taxa para emissão de certidão para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal é inconstitucional.**

Esclareça-se, outrossim, que a inconstitucionalidade atinge tão somente as taxas susomencionadas, e não as demais, posto tratar-se de contraprestação de um benefício concedido ao contribuinte.

É o parecer, salvo melhor juízo.

**PROCURADORIA FISCAL – PROFIS/P.G.E.**, em Manaus,  
29 de novembro de 1999.

**ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO**  
Procuradora do Estado

#### NOTAS:

<sup>1</sup> AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>2</sup> SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Taxa - doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 3.

<sup>3</sup> SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Taxa - doutrina, prática e jurisprudência*, cit., p. 4.

<sup>4</sup> Ob. cit., p. 145.

<sup>5</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 121.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1946*. vol. 2, São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 156.

<sup>7</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 399.

<sup>8</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, cit., p. 145.

<sup>9</sup> Souto Maior Borges também admite tal dicotomia, mas classifica as referidas normas em *autorizativas*, "que definem positivamente o exercício do poder fiscal" e *limitativas*, "que determinam os limites em que esse poder poderá ser exercido, ou deverá ser exercido" (*apud* Geraldo Ataliba e Aires F. Barreto, "Parecer", *in* RDT n. 44, abril-junho/1988, p. 48).

<sup>10</sup> BORGES, José Souto Maior. *Isenções tributárias*. 2. ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 182.

<sup>11</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Imunidades e isenções", in *Estudos de direito tributário*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18.

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Imunidades e isenções", cit., p. 19.

<sup>13</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, cit., p. 145.

<sup>14</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, cit., p. 146.

<sup>15</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 57.

<sup>16</sup> COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 102.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 95-96.

#### **PROCESSO N.º 3.893/99-PGE**

**ASSUNTO:** Parecer acerca da validade Constitucional da Resolução n.º 001/99-GSEFAZ

**INTERESSADO:** Polícia Civil

#### **DESPACHO:**

Acolho o parecer retro, de n.º 15/99, de autoria da Procuradora Adriane Simões Assayag Ribeiro, onde restou demonstrado que o poder de imposição do Estado deve respeitar o campo de limitação tributária traçado pelo constituinte, sendo-lhe, portanto, vedado impor gravames tributários que restrinjam os direitos fundamentais assegurados na Carta Magna, protegidos pela imunidade tributária.

Nesse contexto, ressei à evidência ser inconstitucional, por infringir o art. 5.º, XXXIV, do Texto Supremo, qualquer norma estadual que imponha a cobrança de taxas para emissão de certidões necessárias à defesa de direitos e esclarecimentos de situação de interesse pessoal.

Conclui-se, assim, ser parcialmente inconstitucional a Resolução n.º 001/99-GSEFAZ, Anexo II – Taxa de Segurança Pública, itens 3.2, 3.3 e 3.4.

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

**PROFIS**, 23 de dezembro de 1999.

**SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO**

Procuradora-Chefe da PROFIS/PGE

**PROCESSO N.º 3.893/99-PGE**

**ASSUNTO:** Parecer acerca da validade Constitucional da Resolução n.º 001/99-GSEFAZ

**INTERESSADO:** Polícia Civil

**DESPACHO:**

**APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, o **Parecer n.º 015/99-PROFIS/PGE**, da lavra da Procuradora ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO, acolhido pela ilustre Procuradora-Chefe da Procuradoria Fiscal/PGE, Dra. SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO, que respondeu à consulta formulada pela Polícia Civil.

**DEVOLVAM-SE** os autos à POLÍCIA CIVIL – PC, com observância das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em Manaus (Am), 27 de dezembro de 1999.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**

Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 24.896/96-2 SEFAZ**

**RECURSO Nº 248/98-3-CRF**

**RECORRENTE:** Auditoria Tributária

**INTERESSADA:** Coimpa Soc. Ind. de Metais Preciosos da Amazônia Ltda.

**PARECER N.º 198-2/99-RF**

**EMENTA:** ICMS. CONSULTA. "DRAWBACK" INTERMEDIÁRIO. RECURSO DE OFÍCIO.

- O parágrafo único da Cláusula primeira do Convênio ICMS n.º 27, de 13.09.90, estabelece condições para a fruição do benefício da isenção instituída no caput do mesmo dispositivo, dentre as quais está a necessidade de a operação de exportação ser realizada pelo próprio estabelecimento que realizou a operação de importação.

- Comprovado que as operações de exportação dos bens acabados – onde se encontram inseridos fisicamente os bens importados pela consulente – não foram realizadas pela própria empresa importadora das matérias-primas ou bens intermediários, não ficarão as mesmas isentas do pagamento do ICMS, de acordo com o disposto no Parágrafo único da Cláusula primeira do Convênio ICMS n.º 27, de 13.09.90.

- Recurso de ofício a ser conhecido e provido.

**COIMPA SOCIEDADE INDUSTRIAL DE METAIS PRECIOSOS DA AMAZÔNIA LTDA.**, formulou consulta à SEFAZ acerca da figura do "drawback intermediário", conforme exposto na inicial.

A consulente pretende usar o regime de "drawback intermediário" nas importações de Prata, destinada à fabricação de Nitrato de Prata, que seria fornecido a uma outra empresa, esta situada no Estado de São Paulo, que, por sua vez, iria empregar esse nitrato, na condição de produto intermediário, na fabricação de produto destinado à exportação para o exterior.

Entende a consulente que preenche as condições para que a importação de Prata seja desonerada do ICMS (Cláusula primeira, parágrafo único, alíneas "a" e "b", do Convênio ICM 07/89), apesar de lembrar que a Cláusula Quarta do Convênio ICMS 27/90 veda a isenção do ICMS (instituída na Cláusula primeira do mesmo ato) aos

casos de estabelecimentos situados em Unidades da Federação distintas. Pergunta, ao final, se seu entendimento está correto, e se a operação de importação em questão poderá realizar-se conforme apresentada.

A Ilustrada Coordenadoria de Tributação e Informação da SEFAZ, em Parecer de n.º CS 028/95-NPALT/CTI (fls. 19), conclui que "o entendimento da consulente está perfeitamente correto, quanto à operação descrita na inicial".

Solicitado o pronunciamento da Coordenadoria de Fiscalização, esta se manifesta pelo "deferimento do pedido, ou seja, conceder-se aprovação da metodologia proposta pelo contribuinte" (fls. 16-17).

O Coordenador da CTI, no entanto, ao manifestar-se nos autos (fls. 13-14) em Parecer de n.º 62/96-CTI, e após lembrar que a norma tributária que outorga isenção deve ser interpretada literalmente (art. 111, II, do CTN), desaprovou o Parecer n.º CS 028/95-NPALT/CTI, destacando que a Cláusula primeira do Convênio 27/90 somente contempla o importador *que diretamente exportar para o exterior* a mercadoria anteriormente importada, o que não é o caso da consulente, que, destarte, não teria amparo legal para usufruir de isenção do ICMS nas operações sujeitas ao regime de "drawback intermediário".

Irresignada com Despacho n.º 100/96-AT, que acatou o Parecer n.º CS 62/96 da CTI, a consulente pede sua reforma, por entendê-lo em desconformidade com a realidade dos fatos, pois entende que o mesmo teria confundido importação de nitrato de prata, quando, em verdade, a operação realizada pela consulente trata-se de importação de insumos *para a fabricação de nitrato de prata*.

Baixados os autos à Coordenadoria de Fiscalização para examinar e opinar, esta se manifesta através de diligência (fls. 79-80) realizada por Inspetor Fiscal, o qual, em verdade, não opina sobre a questão, limitando-se a fazer um breve relato dos fatos que ocorreram no processo até então.

A Auditoria Tributária, mais uma vez, manifesta-se sobre os autos, mas desta vez favoravelmente ao contribuinte, revendo, destarte, o despacho n.º 100/96-AT.

Por ter proferido decisão em processo de Consulta, e entendendo ser a mesma favorável ao contribuinte acima identificado, a douta Auditoria Tributária recorre de ofício a este Conselho, em obediência ao disposto no art. 258, do Código Tributário do Estado do Amazonas (Lei Complementar estadual n.º 19, de 29.12.97).

Encaminhados os autos a esta Representação Fiscal para emissão de parecer jurídico, opinamos, naquela ocasião, pela manutenção da decisão recorrida, que julgou improcedente a ação fiscal, pois entendíamos que se o “caput” da Cláusula primeira do Convênio ICMS 27/90 isenta do ICMS as operações realizadas sob o regime de “drawback”, sem estabelecer ressalvas, não excluiria aquelas realizadas sob a modalidade do “drawback intermediário”, donde concluímos que também estas se beneficiariam daquela isenção, face a ausência de norma proibitiva.

Durante a sessão de julgamento do referido processo na Segunda Câmara do Conselho de Recursos Fiscais, mais precisamente, na fase de debates e discussão, foi solicitada vista do mesmo pelo Conselheiro Relator, que encaminhou novamente os autos a esta Representação Fiscal para eventual reexame da matéria.

Analisando novamente os autos, agora com mais vagar, percebemos que o Convênio ICMS 27/90 - que isenta do ICMS as operações realizadas sob o regime de “drawback” – *estabelece, sim*, uma ressalva no item 2 do Parágrafo único da Cláusula primeira, a qual exclui do benefício fiscal as operações realizadas sob a modalidade do “drawback intermediário”, como passaremos a explicar nas linhas que se seguem.

Para a correta compreensão da matéria versada no presente processo e da conclusão a que chegaremos ao final desse parecer, se afigura necessária reflexão acerca do regime de “Drawback”, expressão que origina-se do inglês, do verbo *to draw* (tirar) e *back* (outra vez), significando, portanto, literalmente, *retirar*.<sup>1</sup>

O *drawback* é “o regime aduaneiro especial que concede isenção, suspensão ou restituição dos tributos aduaneiros incidentes sobre matérias-primas, produtos intermediários ou material de embalagem a serem utilizados em mercadorias que, obrigatoriamente, se destinam à exportação, vale dizer, o produto a ser exportado há de ser integrado pela matéria-prima ou produto intermediário importado ou acondicionado na embalagem importada”.<sup>2</sup>

O incentivo fiscal do regime de *drawback*<sup>3</sup> consiste, portanto, em conceder, relativamente a mercadoria utilizada no beneficiamento, fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada:

- a) restituição, total ou parcial, ou suspensão do pagamento de tributos (Imposto sobre a Importação, IPI e taxas);
- b) isenção dos referidos tributos que incidirem sobre a

importação de mercadoria, em quantidade e qualidade equivalente à utilizada no beneficiamento, fabricação, complementação ou acondicionamento do produto exportado.

Caracteriza-se, assim, o regime de “drawback” como um incentivo à exportação, pois visa beneficiar o exportador em seus esforços destinados a ampliar, ou mesmo agilizar, seu mercado fora do País e, conseqüentemente, gerar resultados que possam beneficiar a balança comercial.

Além do “drawback” propriamente dito - aquele em que o importador *diretamente* exporta para o exterior a mercadoria anteriormente importada *por ele próprio* - existe uma figura chamada de “drawback intermediário”, modalidade que beneficia as empresas denominadas “fabricantes intermediários”, que tenham a necessidade de importar insumos para industrializar produtos intermediários, fornecidos diretamente a empresas “industriais-exportadoras”, para emprego na produção de produto final destinado à exportação (art. 30 da Portaria DECEX n.º 24, de 27.08.92).

O “drawback intermediário” é regulado pela Portaria DECEX n.º 24/92 que, no seu art. 4º, estende o benefício do “drawback propriamente dito” às mercadorias importadas utilizadas em produtos exportados ou a exportar ou ainda a matérias primas e outros produtos que sejam utilizados na fabricação de produtos exportados ou acondicionamento.

No que tange ao ICMS, o art. 1º, VII, da Lei Complementar n.º 4/69, concedia isenção do imposto estadual (EC n.º 1/69) às entradas, em estabelecimento importador, de mercadorias importadas do exterior sob o regime de “drawback”.

A concessão de isenção de ICMS nas importações sob o regime de “drawback” encontra atual fundamento no art. 3º da Portaria n.º 24, de 26.08.92, do Departamento de Comércio Exterior - DECEX, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 3º - Os benefícios do “drawback” compreendem a suspensão ou isenção (...) do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), este na forma definida pelos Estados e Distrito Federal, inclusive no âmbito do CONFAZ (...);”

Em atendimento ao disposto no artigo supra, foi editado o Convênio ICMS n.º 27, de 13.09.90 (com as alterações do Convênio 77/91), assim regulando a matéria:

Cláusula primeira – Ficam isentas do ICMS o recebimento por importador ou, quando prevista na legislação estadual, a entrada de mercadoria no estabelecimento de mercadoria importada sob o regime de “drawback”.

Parágrafo único – O benefício previsto nesta cláusula:

(...)

**2 – Fica condicionado à efetiva exportação, pelo importador**, do produto resultante da industrialização da mercadoria importada, comprovada mediante a entrega, à repartição a que estiver vinculado, da cópia da Declaração de Despacho de Exportação – DDE, devidamente averbada com o respectivo embarque para o exterior, até 45 dias após o término do prazo de validade do Ato Concessório do regime ou, na ausência deste, do documento equivalente, expedido pelas autoridades competentes.” (GRIFAMOS)

“Cláusula terceira – A isenção prevista na Cláusula primeira **estende-se, também, às saídas e retornos dos produtos importados com destino à industrialização por conta e ordem do importador.**” (GRIFAMOS)

“Cláusula quarta – **O disposto na Cláusula anterior não se aplica a operações nas quais participem estabelecimentos localizados em Unidades da Federação distintas.**” (GRIFAMOS)

Da leitura do Convênio supramencionado, infere-se, à primeira vista, numa leitura superficial, que o mesmo, em sua Cláusula primeira, isentaria do ICMS **todas** as operações realizadas sob o regime de “drawback”, posto que não exclui em seu “caput” aquelas realizadas sob a modalidade do “drawback intermediário”, donde extrair-se o entendimento de que também estas beneficiariam-se daquela isenção, face a ausência de norma proibitiva.

Todavia – e este é o ponto nodal da questão, para o qual, todavia, não se atentou no primeiro momento em que esta Representação Fiscal manifestou-se nos autos – o parágrafo único da Cláusula primeira do mesmo Convênio estabelece uma série de condições para a fruição o benefício da isenção, dentre as quais está



a necessidade de a operação de exportação ser realizada pelo próprio estabelecimento que realizou a operação de importação, circunstância esta que não foi atendida no presente caso.

Cumpra-se destacar que tal requisito é confirmado com a leitura da Cláusula terceira do mesmo Convênio que estende o incentivo, também, às saídas e retornos dos produtos importados com destino à industrialização por conta e ordem do importador. Nesta caso, uma empresa importa determinado bem, envia-o para outro estabelecimento que o emprega em processo de industrialização, retornando, em seguida, para o primeiro estabelecimento – o importador – que, finalmente, remete o produto acabado para o exterior. Note-se que, mesmo nesta hipótese, a operação de exportação é realizada pelo estabelecimento importador, distinguindo-se da situação descrita na Cláusula primeira em virtude de, nesta (“drawback propriamente dito”), não ocorrer o envio do bem importado a outra empresa para industrialização, processo que ocorre no próprio estabelecimento importador.

A Cláusula quarta do mesmo Convênio exclui da isenção instituída na Cláusula terceira as operações nas quais participem estabelecimentos localizados em Unidades da Federação distintas. Tal dispositivo, segundo entendemos, não tem aplicação ao presente caso, porquanto não se trata de saída e *retorno* de produto importado com destino à industrialização por conta e ordem do importador. Como dito linhas atrás, a isenção de que se beneficiaria a empresa interessada não é da Cláusula terceira, mas a da Cláusula primeira – se não fosse o disposto no item 2 da mesma, limitando a fruição do benefício aos casos em que a operação de exportação for realizada pelo próprio estabelecimento importador.

Destarte, comprovado que as operações de exportação dos bens acabados – onde se encontram inseridos fisicamente os bens importados pela consulente – não foram realizadas pela própria empresa importadora das matérias-primas ou bens intermediários, não ficarão isentas do pagamento do ICMS, de acordo com o disposto no Parágrafo único da Cláusula primeira do Convênio ICMS n.º 27, de 13.09.90.

Diante do exposto, considerando o que consta no processo e adotando os fundamentos da Decisão recorrida, opinamos pelo conhecimento do presente Recurso de Ofício e seu provimento, para reformar a decisão da Auditoria Tributária, devendo prevalecer o

entendimento de que as operações de importação mencionadas pela Interessada em sua consulta ficam sujeitas ao pagamento do ICMS.  
É o parecer, s.m.j.

Manaus, 22 de março de 1999.

**CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO**

Procurador do Estado

Representante Fiscal

**NOTAS:**

<sup>1</sup> Fernando A. Brockstedt, *O ICM: comentários interpretativos e críticos*, Porto Alegre: Rotermond, 1972, p. 176.

<sup>2</sup> Voto do Juiz Oliveira Lima in *RDT*, n.º 57, p. 160.

<sup>3</sup> O Decreto federal n.º 68.904, de 12.7.71 (*DOU* de 13.7.71), regulamentou o instituto do "drawback", previsto no art. 78 do Decreto-lei n.º 37, de 18.11.66.

**PROCESSO N.º 2099/99 PGE**

**ASSUNTO:** Consulta sobre Pedido de Intervenção do Estado em Município.

**INTERESSADO:** GAGOV.

**PARECER N.º 001/99-GPGE**

**Ementa:** CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO DO ESTADO EM MUNICÍPIO. FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE DOS MEMBROS DA MESA DIRETORA PARA REQUERER INTERVENÇÃO. EXEGESE DOS ART. 128, II, E 129, I, DA CARTA ESTADUAL.

É possível a decretação de intervenção por ato do Chefe do Poder Executivo Estadual no Município de Codajás, com fundamento no art. 128, II, da Carta Estadual, desde que caracterizado que até o momento da expedição do respectivo Decreto não tenham sido prestadas as contas devidas, na forma da Lei.

*Os membros da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Codajás são autoridades públicas aptas a requerer intervenção no referido Município, a teor do disposto no art. 129, I, da Constituição Estadual.*

O Inclito Secretário do Estado Chefe da Casa Civil, em Despacho às fls. 55/PGE, solicitando parecer conclusivo, submete ao exame desta Procuradoria Geral o Pedido de Intervenção no Município de Codajás formulado pela Mesa Diretora da Câmara Municipal daquele Município, ao Chefe do Executivo Estadual.

Em fundamento ao pedido, alega a Mesa Diretora da Câmara Municipal de Codajás, que o Prefeito Municipal SIMÃO BARROS DA SILVA, não apresentou até 30 de março de 1999 o Balanço Geral do Município referente ao exercício financeiro de 1998, como determina o art. 9.º da Lei Complementar n.º 06, de 22 de janeiro de 1991, bem como deixou de encaminhar mensalmente, desde setembro de 1998, os Balancetes Orçamentários e Financeiros, na forma do art. 16 da aludida Lei Complementar, apesar de instado a fazê-lo no prazo de 24 horas, em atenção ao princípio constitucional do contraditório.

Segundo o entendimento daquela Câmara Municipal, a não apresentação do Balanço Geral/1998, no prazo estabelecido, fez o Prefeito Municipal incorrer na hipótese prevista no art. 128, II da

Constituição do Estado do Amazonas, dando azo à decretação de Intervenção Estadual no Município. A legitimidade para o requerimento de intervenção vem fundamentada no art. 129, I da Carta Estadual.

Instruem o pedido de intervenção os documentos de fls. 07 a 16-PGE dos autos.

Às fls. 18, expediente do Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas informando que até o dia 24 de maio do corrente ano, o Sr. Prefeito Municipal de Codajás, Simão Barros da Silva não havia encaminhado àquela Colenda Corte de Contas Prestação de Contas da Prefeitura, apesar de notificado duas por vezes por telegrama para fazê-lo. Esclarece ainda o referido expediente que em razão do não cumprimento da solicitação, enviou o Ofício n.º 206/SECEX de 10 de maio do corrente ano, solicitando à Câmara Municipal daquele Município que procedesse a Tomada de Contas Especial na forma do art. 9.º e seus parágrafos da Lei n. 2.423/96.

Das fls. 22 a 28/PGE dos autos, requerimento do Prefeito Municipal de Codajás, pela improcedência do pedido de intervenção.

Preliminarmente argüi o Prefeito Municipal a ilegitimidade ativa da Mesa Diretora da Câmara para a interposição do pedido de Intervenção, posto, no seu entender, trata-se de *"ação isolada de membros da oposição, acostumados ao desfrute insaciável da máquina pública"*. Prossegue na argumentação apontando *"ilegalidade do pedido"*, já que o Município de Codajás não incidiu em nenhuma das causas ensejadoras de pedido de intervenção, e que as denúncias e alegações apresentadas carecem de comprovação, bem como não foi comprovada a cidadania dos signatários do pedido.

No mérito alega *"inversão de deveres"*, já que a Câmara Municipal tinha conhecimento de que o Balanço/98 não estava pronto devido a sua própria demora em entregar a sua prestação de Contas, que não houve *"confissão"* por parte do Prefeito, mas somente um pedido de prazo mais dilatado dada a complexidade da matéria, que o Município de Codajás não se encontra em *"extrema calamidade financeira"*, que o Egrégio Tribunal de Contas do Estado havia concedido ao Prefeito Municipal de Codajás o prazo de 10 dias para apresentação perante aquela Corte de Contas dos Balancetes, do Balanço Geral do Município e da Prestação de Contas do Exercício de 1998, que foi solicitado prorrogação deste prazo por mais 45 dias, o que ainda não foi decidido pelo TCE, restando provado que o Prefeito Municipal de Codajás está prestando as contas devidas. Instrui o alegado com os documentos de fls. 29 a 43-PGE.

Encaminhados os autos à Consultoria Especial da Casa Civil, em Despacho datado de 1.º de junho do corrente, constante às fls. 50/54-PGE, o ilustre consultor Chefe da Casa Civil, Dr. Daniel Isidoro de Mello, após análise da legislação pertinente ao assunto alerta para competência da Câmara Municipal de Codajás em proceder à tomada de contas do Prefeito, quando estas não apresentadas no prazo de lei, e para a possibilidade da prestação intempestiva destas, caso em que o responsável estaria sujeito às cominações ditadas pelo TCE.

Esclarece ainda o Consultor Chefe que o instituto da intervenção é de caráter excepcional, e que esta possibilidade só deveria ser cogitada na hipótese de o Prefeito além de não prestar contas à Câmara, esta não proceder à respectiva tomada.

Finaliza concluindo que, já que o Tribunal de Contas adotou as mediadas cabíveis a levar o Prefeito de Codajás a prestar as contas devidas, seria aconselhável aguardar o resultado das medidas adotadas por aquela Egrégia Corte de Contas.

Relatei.

Examinando os autos, afigura-se-me clara a hipótese de possibilidade de intervenção prevista no inciso II, do art. 128 da Carta Estadual, *in verbis*:

“Art. 128. O Estado não intervirá nos Municípios, salvo quando:

.....  
 II – não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;  
 .....

O dispositivo em questão é bastante claro e preciso no seu conteúdo; é dever do Município prestar contas da aplicação dos recursos públicos sob sua alçada nos prazos fixados na legislação.

*In casu*, restando comprovado que o Município de Codajás não havia prestado contas, nem ao TCE, tampouco à Câmara Municipal de Codajás, está-se diante da hipótese de intervenção cominada pelo art. 128, II, da Constituição Estadual.

Não vislumbro nos autos qualquer problema relativo à legitimidade da Mesa Câmara Municipal para apresentar pedido de Intervenção ao Chefe do Poder Executivo Estadual, já que o art. 129, inciso II, estabelece que “nas hipóteses dos itens I a III, do artigo anterior, a denúncia será apresentada ao Governador do Estado por **autoridade pública** ou por qualquer cidadão”. Assim, penso, salvo

melhor entendimento, que os membros da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Codajás são autoridades públicas aptas a requerer intervenção no referido Município.

Mister se faz destacar, todavia, que o instituto da intervenção, de natureza excepcional, aplica-se por prazo determinado e para finalidade específica; uma vez cessada a causa motivadora da intervenção, deve ela ser suspensa. No caso em questão, o problema encontrado no Município de Codajás é a falta de prestação de contas até o mês de maio do corrente ano, donde resulta que caso já tenham sido prestadas as contas, ainda que intempestivamente, não haverá mais motivo para intervenção sob esse fundamento.

À luz do exposto, entendo possível a decretação de intervenção por ato do Chefe do Poder Executivo Estadual no Município de Codajás, com fundamento no art. 128, II, da Carta Estadual, desde que caracterizado que até o momento da expedição do respectivo Decreto não tenham sido prestadas as contas devidas na forma da Lei.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Devolva-se à Secretaria de Estado da Casa Civil, com o cumprimento das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em  
Manaus (AM), 05 de julho de 1999.

**JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO**  
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 051/99-PGE**

**ASSUNTO:** Orientação sobre a Celebração de Contrato de Gestão

**INTERESSADA:** Fundação Vila Olímpica Danilo de Mattos Areosa.

**PARECER N.º 053 /99-PA/PGE**

**CONSTITUCIONAL. REFORMA DO ESTADO E ADMINISTRATIVA. AGÊNCIAS EXECUTIVAS. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. CONTRATOS DE GESTÃO.**

- A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto de redefinição de seu papel, passando necessariamente pela reformulação de sua máquina administrativa.

- Delimitado o papel do Estado como regulador e provedor ou promotor de serviços, em substituição ao de executor direto, não de ser criadas novas formas de gestão.

- Publicização, privatização e terceirização constituem mecanismos de redimensionamento do aparelho estatal.

- A adoção de contratos de gestão pressupõe a regulamentação do parágrafo 8º, do art. 37, da Constituição Federal, por tratar-se de norma de eficácia limitada e aplicabilidade mediata.

- Normas federais relativas a organização administrativa da União são restrita àquela unidade da Federação.

- Os Estados-Membros face a sua capacidade de auto-administração, poderão organizar seus serviços de forma que lhes convier, desde que respeitadas as limitações constitucionais.

O Exmo. Sr. Superintendente da FUNDAÇÃO VILA OLÍMPICA DANILLO DE MATTOS AREOSA, em Ofício datado de 08.01.98, solicita a esta Procuradoria Geral do Estado, orientações sobre a implementação do art. 26 da Lei Estadual nº 2.528, 30.12.98, de que autoriza o Poder Executivo a "**celebrar contratos de gestão, na forma da legislação em vigor, que tenham por objeto as atividades próprias daquela entidade, da Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas e do Estádio Vivaldo Lima**".

No referido documento alerta para a necessidade de ser celebrada a mesma forma de avença com o Centro Desportivo e de Convenções.

Autuado, o processo foi a mim distribuído.  
É o relatório.

A resposta a ser oferecida à matéria da consulta, pressupõe como colocação preambular, a análise da denominada "reforma do Estado Brasileiro", proposta pela União Federal, e em especial, de um de seus componentes, mais precisamente, a "reestruturação do aparelho administrativo".

## I - A REFORMA DO ESTADO. RAZÕES E FUNDAMENTOS.

No início do Governo passado do Presidente Fernando Henrique Cardoso, o Executivo Federal propôs uma reformulação do papel do Estado Brasileiro, como forma de superação da crise que estávamos vivenciando, notadamente no seu aspecto financeiro. O Brasil deveria deixar de ser diretamente responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços para fortalecer sua função de promotor e regulador desse desenvolvimento.

De forma sucinta, em trabalho apresentado à Segunda reunião do Círculo de Montevidéu, em Barcelona, ocorrido nos dias 25 e 26 de abril de 1997, o Ministro Bresser Pereira explicou "**A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**", traduzindo a vontade do Governo Federal.

Naquela oportunidade, analisou os quatro componentes ou processos básicos de reestruturação do Estado, a saber: **1. delimitação das funções do Estado, com a diminuição de seu tamanho, em especial no que tange a pessoal, por intermédio de programas de privatização<sup>2</sup>, publicização<sup>3</sup> e terceirização; 2. redução do grau de interferência do Estado, via programas de desregulação; 3. aumento da governança através do ajuste fiscal e da reforma administrativa, com substituição da administração burocrática pela gerencial; e 4. aumento da governabilidade.**

O primeiro componente tem por objetivo reduzir o "tamanho" do Estado, a partir da definição de suas reais atribuições. A premissa é de que as funções estatais dividem-se em três categorias: a). atividades exclusivas do Estado, cujas competências serão desenvolvidas por secretarias formuladoras de políticas públicas que comporão o núcleo estratégico do Estado, juntamente com os ministros e o chefe de governo; b). os serviços sociais e científicos do Estado que deverão ser publicizados, ou seja, transferidos para o



setor público não-estatal, através das organizações sociais; e c). a produção de bens e serviços para o mercado que deverá ser privatizada.

Definidas as atividades, é possível separar a administração pública em quatro setores:

**1- NÚCLEO ESTRATÉGICO** que corresponde ao governo, em sentido lato;

**2- ATIVIDADES EXCLUSIVAS** onde são prestados os serviços que só o Estado pode realizar, como por exemplo, aqueles provenientes do poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar;

**3- SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS**, que correspondem ao setor em que o Estado atua com outras entidades públicas não governamentais e privadas;

**4- PRODUÇÃO DE BENS E CONSUMO** correspondente à área em que o Estado atua por intermédio de empresas para desenvolver atividades econômicas voltadas para o lucro, como por exemplo, as do setor de infra-estrutura.

Para cada um desses quatro setores será formulado um tipo de gestão, de acordo com suas peculiaridades e, em especial, formas de propriedade<sup>4</sup>.

Essas funções, por sua vez, subdividem-se em principais e auxiliares, sendo que as segundas deverão ser terceirizadas.

Para melhor traduzir os objetivos pretendidos, dois quadros foram apresentados pelo então Titular do extinto Ministério de Administração e Reforma do Estado - MARE<sup>5</sup>, a partir da delimitação das três áreas de atuação do Estado, o primeiro explicitando a separação das funções e respectivos projetos para melhor geri-las e o segundo, demonstrando como será a atuação em cada uma delas.

**Quadro 1: Delimitação da Área de Atuação do Estado**

	Atividades Exclusivas de Estado	Serviços Sociais e Científicos	Produção de Bens e Serviços p/Mercado
Atividades Principais	ESTADO Enquanto Pessoal	↓ Publicização	↓ Privatização
Atividades Auxiliares	Terceirização	Terceirização	Terceirização

### **Quadro 2: Instituições Resultantes da Reforma do Estado**

	Atividades Exclusivas de Estado	Serviços Sociais e Científicos	Produção de Bens e Serviços p/Mercado
Atividades Principais	ESTADO Enquanto PESSOAL	Entidades Públicas Não-Estatais	Empresas Privatizadas
Atividades Auxiliares	Empresas Terceirização	Empresas Terceirizadas	Empresas Terceirizadas

O segundo aspecto básico da reforma do Estado consiste na redefinição de seu papel regulador das atividades privadas, atribuição que mesmo inserida no âmbito de sua competência, hoje é excessiva e deve ser reduzida. A fórmula para diminuir esta interferência, assevera a equipe técnica do Governo Federal, é a criação de processos de desregulamentação<sup>6</sup>.

Já o aumento da governança<sup>7</sup> do Estado pressupõe o ajuste fiscal e uma efetiva reforma administrativa, substituindo-se a administração pública burocrática pela **"gerencia<sup>P</sup>, que também vem sendo chamada de nova administração pública"**, cujas principais características são as seguintes:

- **orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente;**
- **ênfase no controle dos resultados através dos contratos de gestão (ao invés de controle dos procedimentos);**
- **fortalecimento e aumento da burocracia estatal, organizada em carreiras ou "corpos" de Estado, e valorização do seu trabalho técnico e político de participar, juntamente com os políticos e a sociedade, na formulação e gestão das políticas públicas;**
- **separação entre secretarias formuladoras de políticas públicas, de caráter centralizado, e as unidades descentralizadas executoras dessas mesmas políticas;**
- **distinção de dois tipos de unidades descentralizadas: as agências executivas, que realizam atividades exclusivas de Estado, por definição monopolistas, e**

*os serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o poder de Estado não está envolvido;*

- *transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos;*
- *adoção cumulativa, para controlar as unidades descentralizadas, dos mecanismos (1) de controle social direto, (2) do contrato de gestão em que os indicadores de desempenho sejam claramente definidos e os resultados medidos, e (3) da formação de quase-mercados em que ocorre a competição administrada;*
- *terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado.*<sup>9</sup>

Por derradeiro, o aumento da governabilidade envolve uma reforma política, de forma a garantir que dentro do possível, a vontade dos cidadãos será cumprida pelos agentes políticos, sem contudo transmutar seus mandatos em imperativo<sup>10</sup>, impondo-lhes um aumento de "responsabilização".

Toda essa reestruturação irá culminar com um novo perfil do Estado Brasileiro - Estado Social-Liberal.

A nós, entretanto, interessa tão somente os mecanismos de reaparelhamento da máquina administrativa<sup>11</sup>, única faceta da reforma do Estado que passaremos a examinar nos tópicos seguintes.

## **II - A REFORMA ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELO GOVERNO FEDERAL.**

A reforma da administração pública objetiva fortalecer a governança, ou seja, a capacidade de implementação de políticas pelo Estado, substituindo-se a administração pública burocrática, pelo menos em parte, pela administração pública gerencial, muito mais flexível e eficiente.

A idéia central da proposta de reaparelhamento da administração pública foi cristalizada em um documento denominado **PLANO DIRETOR DE REFORMA DO ESTADO**, idealizado pelo extinto Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, sob o comando do Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira e

divulgado em reunião da Câmara de Reforma do Estado, datada de 21.09.95.

Quando no item anterior relatamos o primeiro processo básico de reestruturação do Estado - a delimitação de suas funções, vimos que no setor público são identificáveis quatro setores: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas, os serviços não exclusivos ou competitivos e a produção de bens e consumo.

Considerando as características de cada um deles, o mencionado Plano Diretor propõe duas alterações, com ampla repercussão sobre a estrutura estatal:

- ***a reorganização do aparelho do Estado, mediante a privatização e a publicização de atividades que devam ter sua forma de propriedade redefinida.***
- ***a assimilação da administração gerencial nos setores de prestação de serviços ao público ou de fiscalização, mediante novas formas de articulação entre a administração direta e a indireta.***<sup>12</sup>










A redefinição do conceito de propriedade parte da noção de que no capitalismo contemporâneo não se pode falar exclusivamente em propriedade pública e propriedade privada. Há um gênero intermediário, a propriedade pública não-estatal, ***“constituída pelas organizações sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público”***<sup>13</sup>

Já a utilização de novas formas de articulação implica na substituição parcial da denominada administração pública burocrática pela gerencial, cujas características também foram nominadas no item de nº I.

Estas transformações só poderão tornar-se realidade com um realinhamento da estrutura e forma de gestão de cada um dos setores do Estado, buscando fortalecer o núcleo estratégico; revitalizar as autarquias e fundações, na forma de agências; publicizar as atividades não exclusivas do Estado e privatizar a produção de bens e serviços para o mercado.

A combinação entre as modificações de estrutura e forma de gestão, a partir dessa nova perspectiva de administração pública e do conceito de propriedade, pode ser vista na figura 3<sup>14</sup>:

**Quadro 3: Setores do Estado, Formas de Propriedade e de Administração**

		FORMA DE PROPRIEDADE		FORMA DE ADMINISTRAÇÃO		INSTITUIÇÕES
		Estatal	Pública, Privada Não-Estatal	Burocrática	Gerencial	
Atividades Exclusivas do Estado	<b>NÚCLEO ESTRATÉGICO</b> Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios					Secretarias Formuladoras de Políticas Públicas
	<b>ATIVIDADES EXCLUSIVAS</b> Polícia Regulamentação Fiscalização, Fomento, Seguridade Social Básica					Agências Executivas e Autônomas
	<b>SERVIÇOS EXCLUSIVOS NÃO-</b> Universidades, Hospitais, Centros de pesquisa, Museus	Publicização → 				Organizações Sociais
	<b>PRODUÇÃO PARA O MERCADO</b> Empresas Estatais	Privatização → 				Empresas Privadas

### III - SETORES DO ESTADO. TIPOS DE GESTÃO E FORMAS DE PROPRIEDADE.

#### A - DO NÚCLEO ESTRATÉGICO

Nessa área de atuação são definidas as leis e políticas públicas. No Brasil é integrada pela cúpula dos Poderes do Estado Brasileiro - Executivo, Legislativo e Judiciário, formada pelos chamados agentes públicos, aí incluídos os agentes políticos e os servidores públicos *stricto sensu*, cabendo-lhes "formular e avaliar diretrizes e políticas públicas".

Do ponto de vista da organização administrativa, corresponde no Poder Executivo Federal, a segmentos de órgãos que integram a administração direta, ou melhor, que integram a estrutura da Presidência da República e dos Ministérios.

A propriedade do núcleo estratégico, assim como das outras atividades exclusivas, deverá ser estatal. Além dos mecanismos tradicionais - aprovação de leis (Legislativo), definição de políticas públicas (cúpula do Executivo) e emissão de decisões (Judiciário), esse núcleo contará com um novo instrumento: o contrato de gestão, através do qual definirá os objetivos dos entes executores do Estado, bem como os indicadores de desempenho e os meios humanos, materiais e financeiros necessários para sua consecução.

A reformulação proposta, ao argumento de aumentar a efetividade do núcleo estratégico, manterá a administração burocrática<sup>15</sup>, mas implantará mecanismos de modernização, através de uma política de profissionalização do serviço público, dotando-lhe ainda de ***“capacidade gerencial para definir e supervisionar os contratos de gestão com as agências autônomas, responsáveis pelas atividades exclusivas do Estado, e com as organizações sociais, responsáveis pelos serviços não exclusivos do Estado realizados em parceria com a sociedade”***.<sup>16</sup>

Na esteia dessa linha de raciocínio, os servidores públicos ***stricto sensu*** limitar-se-ão aos integrantes desse setor, sonho que após a Emenda Constitucional nº 19/98, o Governo Federal já considera viável, tudo porque o Constituinte Derivado excluiu a uniformidade de regime jurídico de pessoal, permitindo a adoção de mais de um regime e desde, é claro, que sejam aprovadas algumas medidas infraconstitucionais.

Nossa conclusão, nesse aspecto, está fundada na leitura de projetos de lei já encaminhados ao Congresso, com objetivo, dentre outros, de assegurar apenas aos servidores integrantes desse núcleo, excetuados os agentes políticos que estão submetidos a regras próprias, o regime estatutário que por suas características é mais rígido e melhor se adequa a “administração pública burocrática”. Tais servidores terão prerrogativas e garantias funcionais específicas diferenciadas em relação a outros regimes que porventura venham a ser instituídos, ao argumento de que ***“são os responsáveis pelas funções de formulação e avaliação de políticas públicas, pela gestão governamental e pela operação de atividades e serviços que pressuponham o exercício dos poderes inerentes ao Estado”***.<sup>17</sup>

É importante ressaltar que a tônica, na verdade, é transformar o regime contratual ou celetista na regra geral, mantendo, como já dissemos, somente as carreiras do núcleo estratégico no atual regime estatutário. Imaginam os técnicos da área federal que uma vez implantado esse sistema estarão solucionados os problemas da previdência social especial para os servidores públicos e a questão da estabilidade no serviço, uma vez que tais “privilégios” limitar-se-ão aos integrantes desse núcleo.

A União Federal com o fito de viabilizar as pretensões que ora acabamos de relatar, já encaminhou ao Congresso Nacional, os seguintes Projetos de Lei<sup>18</sup>:

1. Projeto de Lei Complementar nº 248 que “Disciplina a

perda do cargo por insuficiência de desempenho do servidor público estável, e dá outras providências”;

2. Projeto de Lei nº 4.811 que “Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração Federal Direta, autárquica e fundacional”;

Todos esse projetos preservaram os servidores que compõem o “núcleo estratégico”, mais especificamente os seguintes:

- 1- Advogado Geral da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União; Procurador e Advogados dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União; Defensor Público da União; Policial Federal, Policial Rodoviário Federal e Policial Ferroviário Federal, e de carreiras cujos cargos sejam privativos de brasileiros natos, bem como seus correspondentes nos demais entes da Federação, no Projeto de Lei Complementar nº 248<sup>19</sup> que ***trata de fixar procedimento especial para os ocupantes desses cargos efetivos no processo de dispensa por insuficiência de desempenho;***
- 2- Idem no Projeto de Lei nº 4.811, com a ressalva de que trata-se de norma aplicável somente a administração pública federal, ***dispondo que apenas esses servidores estarão submetidos ao regime estatutário e, portanto, ao modelo de estabilidade previsto no art. 41 e ao regime previdenciário especial estabelecido no art. 40, ambos da Carta Magna do País ;***

E mais, como somente esses servidores estarão submetidos ao regime estatutário, em caso de necessidade de corte de pessoal, na forma do art. 169 da Constituição Federal, só serão exonerados em último caso e desde que obedecidos os critérios a serem disciplinados em lei especial. Pelo menos é o estabelecem os Projetos de Lei Complementar nº 249 e de Lei nº 4.812 que disciplinam “os limites das despesas com pessoal, na forma do art. 167 da Constituição” e “as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa”, respectivamente.

A novidade fica por conta da não inclusão dos servidores responsáveis pelas atividades de fiscalização e de polícia na categoria de integrantes do famoso “núcleo estratégico”.

Por outro lado, todas as atividades que estejam fora do núcleo estratégico, mesmo exclusivas, serão executadas por entidades descentralizadas que serão controladas e fiscalizadas pelas secretarias formuladoras das diretrizes via contratos de gestão.

Causa uma certa surpresa afirmações contidas em publicações do MARE, no sentido de que algumas das **“atividades voltadas para a operação de serviços de arrecadação, fiscalização ou de manutenção da segurança, poderão ser organizadas na forma de Agências Executivas”**<sup>20</sup>, se bem que coerentes com o fato de tais serviços não estarem inseridos no núcleo estratégico.

## **B. SETOR DAS ATIVIDADES EXCLUSIVAS. AGÊNCIAS AUTÔNOMAS: EXECUTIVAS E REGULADORAS.**

Entende-se por exclusivas aquelas atividades em que é exercido o poder do Estado, ou seja, o de legislar, de punir, de tributar e de realizar transferências a fundo perdido. É possível incluir nessa área os órgãos de fiscalização, de regulamentação e os responsáveis pelas transferências de recursos. Como exemplo temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, as forças armadas, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento das normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

Enquanto no núcleo estratégico são formuladas, avaliadas e controladas diretrizes e políticas públicas, nesse outro setor as políticas formuladas são implementadas através dos órgãos descentralizados ou da administração indireta.

Entretanto, esses entes descentralizados, hoje detentores em tese do poder do Estado, melhor dizendo autarquias e fundações públicas, deverão ser repensadas para que possam sair da administração burocrática rígida, voltada para o controle a priori dos processos, para a gerencial baseada no controle a posteriori dos resultados e na competição administrada.

A transformação almejada será feita via qualificação em agências autônomas das fundações e autarquias que possuam poder de Estado, com o aumento da autonomia dessas entidades, a significar que terão ampla liberdade para administrar os recursos humanos, materiais e financeiros colocados a sua disposição; mais em contrapartida impondo-lhes um controle de resultados, inclusive social, possível através da celebração de um contrato de gestão.



No plano federal já foram iniciadas as primeiras etapas de concretização desta meta, mesmo que de forma ainda acanhada, como por exemplo no INMETRO, IBAMA, IBGE, CNPq, CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, SVS – Secretaria de Vigilância Sanitária e SDA – Secretaria de Defesa Agropecuária, unidades pilotos que tem servido de laboratório.

A União, amparada primeiro pela Medida Provisória 1.549, de 31.12.97 que cedeu lugar a Medida Provisória nº 1.651, aprovadas pela Lei nº 9.649, de 27.05.98, criou o Projeto Agências Executivas, regulamentando esses diplomas legais nos Decretos nº 2.487 e 2.488, ambos de 02.02.98.

A denominação Agência Executiva é apenas uma qualificação a ser concedida por Decreto Presidencial a autarquias e fundações públicas que exerçam atividades exclusivas do Estado, não se constituindo numa nova figura jurídica da administração pública, para fazerem jus às flexibilizações e autonomias concedidas.

A Lei acima referida traz dois artigos sobre a matéria, **verbis**:

**Art. 51** O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento Institucional em andamento;

II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§ 1º - A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

§ 2º - O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

**Art. 52** - Os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

§ 1º - Os Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e

estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.

§ 2º - O Poder Executivo definirá os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos Contratos de Gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas.

Não basta, segundo a referida lei, a vontade das instituições e respectivos Ministérios. A autarquia ou fundação que pretenda qualificar-se como agência executiva deverá preencher dois requisitos básicos: 1. Ter um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional em desenvolvimento; e 2. Assinar um contrato de gestão com o Ministério Supervisor.

No plano estratégico devem constar as ações de aprimoramento da qualidade da administração, com vistas à melhoria dos resultados oriundos de sua atuação, do atendimento aos clientes e usuários e da utilização de verbas públicas, o que só será possível através de um planejamento organizado e permanente, ao invés de ocasional, como é de praxe.

O Decreto nº 2.487/98 acima citado, em seu art. 2º, fixa as regras relativas ao mencionado plano, *in verbis*:

**Art. 2º . O plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional das atividades candidatas a Agências Executivas contemplará, sem prejuízo de outros, os seguintes conteúdos:**

- I – o delineamento da missão, da visão de futuro, das diretrizes de atuação das entidades e a identificação dos macroprocessos por meio dos quais se realiza sua missão, em consonância com as diretrizes governamentais para a sua área de atuação;**
- II - a revisão de suas competências e forma de atuação, visando à correção de superposições em relação a outras entidades e, sempre que cabível, à descentralização de atividades que possam ser melhor executadas por outras esferas de Governo;**
- III- a política, os objetivos e as metas de terceirização de atividades mediante contratação de serviços e estabelecimento de convênios, observadas as diretrizes governamentais;**

**IV - a simplificação de estruturas, compreendendo a redução de níveis hierárquicos, a descentralização e a delegação, como forma de reduzir custos e propiciar maior proximidade entre dirigentes e a agilização do processo decisório para os cidadãos;**

**V- o reexame dos processos de trabalho, rotinas e procedimentos, com a finalidade de melhorar a qualidade dos serviços prestados e ampliar a eficiência e eficácia de sua atuação;**

**VI - a adequação do quadro de servidores às necessidades da instituição, com vistas ao cumprimento de sua missão, compreendendo a definição dos perfis profissionais e respectivos quantitativos de cargos;**

**VII - a implantação ou aperfeiçoamento dos sistemas de informações para apoio operacional e ao processo decisório da entidade;**

**VIII- a implantação de programa permanente de capacitação e de sistema de avaliação de desempenho dos seus servidores;**

**IX- a identificação de indicadores de desempenho institucionais, destinados à mensuração de resultados e de produtos**

**Parágrafo Único - As entidades referidas no “caput” promoverão a avaliação do seu modelo de gestão, com base nos critérios de excelência do Prêmio Nacional da Qualidade, identificando oportunidades de aperfeiçoamento gerencial, de forma a subsidiar a elaboração do plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional.**

O extinto MARE<sup>21</sup> traduzindo esse Decreto, enumera as etapas necessárias para que uma entidade da administração indireta preencha o primeiro requisito para qualificar-se como agência executiva, asseverando que inicialmente é imprescindível o planejamento participativo, ou seja, elaborado com a participação de todos os servidores. Ao depois, orienta o planejamento, desdobrando-o nas seguintes etapas:

- . Definindo a missão;**
- . Definindo a visão de futuro;**
- . Identificando e definindo resultados sociais;**

- *Identificando macroprocessos e definindo objetivos estratégicos;*
- *Identificando fatores críticos de sucesso e definindo prioridades estratégicas;*
- *Identificando problemas;*
- *Analisando a consistência das etapas do planejamento até este ponto;*
- *Definindo metas de desempenho;*
- *Definindo indicadores de desempenho;*
- *Coleta de dados;*
- *Avaliando o desempenho institucional;*

Vê-se, pois, que o Projeto Agências Executivas passa necessariamente pelo planejamento efetivo, realizado por administradores e não por juristas, a quem incumbe tão somente dar a conformação legal para concretização das metas almejadas, mesmo porque finda essa etapa, seu resultado será consubstanciado em um termo contratual, no qual o Contratante – fundações e autarquias, compromete-se a cumprir os objetivos pactuados, e, do outro lado, o Contratado – Estado, assume o compromisso de conceder-lhe maior autonomia de gestão e os recursos necessários à implementação de suas atividades.

A qualificação de instituições como agências executivas dar-se-á em quatro etapas: “**1. Decisão do Ministério supervisor e da instituição; 2. Assinatura de protocolo de intenções, com a constituição de Comissão Coordenadora, que será responsável pela condução do processo de transformação; 3. Assinatura de Contrato de Gestão; 4. Decreto de qualificação da instituição como Agência Executiva.**”<sup>122</sup>

Quando a atividade ou serviço estiverem sendo desenvolvidos diretamente pelo próprio Ministério, a qualificação incluirá uma etapa de criação de autarquia ou fundação.

O controle desses entes será a posteriori, como deve ser uma administração gerencial, caracterizada por decisões e ações voltadas para resultados que melhor atendam às demandas dos clientes e usuários e a redução dos custos operacionais.

A reformulação do controle, por seu turno, implica na concessão de maiores autonomias, em relação a três áreas: orçamento e finanças; administração de recursos humanos; e serviços gerais e contratação de bens e serviços, possível apenas a partir de um redimensionamento das normas legais inerentes ao modelo burocrático de administração.

Também exige o fortalecimento de mecanismos que possibilitem a participação do povo tanto na formulação, quanto na avaliação das políticas públicas adotadas por cada entidade, viabilizando o controle social das mesmas.

O Governo Federal imbuído desse espírito tem revisto dispositivos legais e normativos que constituem um obstáculo à agilidade e eficiência de referidas agências, procurando implantar um modelo de flexibilizações. Para tanto, afora os dois instrumentos legais susmencionados, já vem editando regulamentação específica para essas agências autônomas. Vejamos:

#### Quadro 4: Flexibilização das Agências Executivas<sup>23</sup>

MEDIDAS	CONSEQUÊNCIA
<p><b>Estagiários</b> Permite a aceitação de estagiários em quantitativos livremente fixados pela Agência. (Instrução Normativa nº 7, do MARE, de 3 de julho de 1997)</p>	<p>Adequação do recrutamento de estagiários às necessidades de cada Agência.</p>
<p><b>Concurso Público</b> A Agência poderá realizar concurso e nomear os candidatos independentemente de autorização pelo MARE, observada a existência de vagas e de recursos orçamentários. (Instrução Normativa nº 7, do MARE, de 3 de julho de 1997).</p>	<p>Agiliza e desburocratiza procedimentos para realização dos concursos.</p>
<p><b>Pagamento de Exercícios Anteriores</b> A Agência poderá realizar diretamente a inclusão de valores relativos a exercícios anteriores na folha de pagamentos. (Instrução Normativa nº 7, do MARE, de 3 de julho de 1997)</p>	<p>Agiliza procedimentos, atribuindo à Agência a responsabilidade pelos pagamentos.</p>

<p><b>Segurança em Veículos</b> A Agência terá autonomia para estabelecer a padronização dos equipamentos opcionais de segurança, nos seus veículos. (Instrução Normativas nº 7, do MARE, de 3 de julho de 1997)</p>	<p>Permite a adaptação dos padrões às característica de operação e aos ambientes em que são utilizados os veículos.</p>
<p><b>Telefone Celular</b> A Agência não terá de obedecer a limites no número de aparelhos de telefonia celular a serem alocados para seus servidores. (Instrução Normativa nº 7, do MARE, de 3 de julho de 1997)</p>	<p>Permite a regulamentação do Acesso aos telefones celulares, conforme as necessidades e características de trabalho dos servidores, em cada Agência.</p>
<p><b>Serviços Extraordinários</b> Remove limites à realização de serviços extraordinários pelos servidores da Agência, mantidos o limite mensal fixado em lei. (Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998)</p>	<p>Atendimento a necessidades operacionais de cada Agência</p>
<p><b>Mudanças de Estrutura</b> Confere autonomia para que a Agência promova alterações na sua estrutura administrativa, desde que não haja aumento de despesas. (Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998)</p>	<p>Agilização de procedimentos e melhor adequação da estrutura às características e objetivos de cada Agência.</p>
<p><b>Afastamento de Servidores do País</b> Confere autonomia para que a Agência autorize o afastamento de servidores do país. (Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998)</p>	<p>Agilização de procedimentos e autonomia para atender às características e objetivos de cada Agência.</p>
<p><b>Avaliação de Desempenho</b> Os servidores da Agência poderão ser avaliados por regulamento próprio. (Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998)</p>	<p>A Agência poderá implantar sistema de avaliação de desempenho adequado às suas características de trabalho e de cultura.</p>

<p><b>Controle de Frequência</b> O regulamento da Agência poderá definir suas próprias regras, inclusive excepcionando, a seu critério, a aplicação do controle de ponto. (Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998)</p>	<p>A agência poderá proceder ao controle de frequência atendendo às suas peculiaridades de trabalho e de cultura.</p>
<p><b>Contingenciamento de Recursos</b> As dotações orçamentais e a programação de desembolso das Agências não poderão sofrer contingenciamento. (Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998)</p>	<p>Assegurar os recursos previstos com vistas ao cumprimento do contrato de gestão</p>
<p><b>Suprimento de Fundos</b> As Agências poderão fixar seus próprios limites para suprimento de fundos em despesas de pequeno vulto. (Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998)</p>	<p>Adequar valores às necessidades operacionais de cada Agência</p>
<p><b>Termos Aditivos a Convênios</b> Simplifica a exigência de celebração de termo aditivo para contratos e convênios com vigência plurianual. (Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998)</p>	<p>Simplificar procedimentos na execução de convênios</p>
<p><b>Limites para Licitação</b> Fixa valores duas vezes mais elevados para dispensa de licitação, aplicáveis somente às Agências Executivas e Empresas Estatais. (Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998)</p>	<p>Permite maior flexibilidade e rapidez nas compras e contratações, facilitando o aproveitamento de oportunidades de mercado e conferindo maior autonomia de ação aos gestores.</p>

O outro requisito – celebração de um contrato de gestão, será detalhado com mais vagar em tópico próprio. Agora nos restringiremos a conceituá-lo como o instrumento que fixará objetivos e metas a serem alcançados pela entidade, em determinado lapso de tempo, assim como as formas de avaliação de seu desempenho na consecução dos objetivos ajustados.

Afora as agências executivas, a nível federal também estão sendo implantadas outras espécies de agências autônomas: as denominada agências reguladoras, como por exemplo, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a ANP – Agência Nacional de Petróleo e ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações.

As referidas agências, como se vislumbra pelo próprio nome, foram criadas para regular, ou melhor, gerir, aquelas atividades que estão sendo privatizadas ou que mesmo constituindo-se em serviço público, estão sendo entregues a empresas particulares via concessão ou permissão. Sua natureza jurídica é de autarquia sob regime especial. Não existe lei genérica, como ocorre nas executivas. Nas próprias leis criadoras foram fixados todos os objetivos, características, direitos, deveres, regime de pessoal, forma de contrato de gestão, etc. Surgiram como conseqüências do processo de desestatização.

Com a adoção do modelo descrito, na esfera da administração indireta permanecerão as fundações e autarquias até agora conhecidas e outras qualificadas como agências autônomas – executivas ou reguladoras que serão dotadas de maior grau de autonomia de gestão.

### **C. SETOR DE SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS OU COMPETITIVOS: SERVIÇOS SOCIAIS E CIENTÍFICOS.**

O setor das atividades não-exclusivas do Estado deverá ser publicizado, considerando que nessa área existe a atuação simultânea com organizações públicas não estatais e privadas. Em outras palavras a execução desses serviços deverá ser transferidos para o setor público não-estatal, também conhecido como terceiro setor, entidades sem fins lucrativos, organizações não-governamentais ou organizações voluntárias, onde uma vez fomentados pelo Estado, assumirão a forma de organizações sociais.



Compreende aquelas atividades que embora não envolvendo o poder de Estado, é realizada ou subsidiada pelo Poder Público porque são de alta relevância para o bem-estar social ou, ainda, porque envolvem economias externas que não podem ser adequadamente remuneradas no mercado, pela cobrança dos serviços.

Incluem-se nesta categoria as escolas, universidades, centros de pesquisas científicas e tecnológica, creches, ambulatórios, hospitais, entidades de assistência aos carentes, museus, orquestras sinfônicas, emissoras de rádio e televisão educativa e cultural, etc, ou mais precisamente aquelas atividades relacionadas com educação, saúde, cultura e proteção ambiental.

Se o financiamento desse setor em largas proporções é uma atividade exclusiva do Estado, sua execução não o é, já que constituem-se em atividades competitivas que podem ser controladas não apenas através da administração pública gerencial, mas especialmente pela sociedade.

Nestes termos não se justifica que permaneçam dentro do Estado, nem que sejam privadas porque além de serem atividades fortemente subsidiadas pelo Erário, contam com doações voluntárias da sociedade. Daí a necessidade de serem publicizadas e não privatizadas.

A publicização compreende o processo através do qual, de forma planejada, procede-se à extinção de entidade estatal exercente de atividade não exclusiva e à posterior qualificação como organização social, de fundação ou associação de direito privado, sem finalidade lucrativa.

Na busca desse objetivo, a União Federal no âmbito do "Programa Nacional de Publicização" criou na Lei nº 9.637, 15 de maio de 1998, o Projeto Organizações Sociais, pretendendo transformar as atuais fundações públicas que desempenham tais atividades em entidades de direito privado sem fins lucrativos, que tenham autorização legislativa para celebrar contratos de gestão e assim possam ter direito a dotação orçamentária.

***"Organizações sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade***

**de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público”<sup>24</sup>**

**Do ponto de vista do direito, “são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.”<sup>25</sup>**

Não estarão dentro da Administração Pública, tendo em vista que apesar de se constituírem em uma inovação institucional, não representam uma nova figura jurídica, mas associações civis sem fins lucrativos, portanto, pessoas jurídicas de direito privado, qualificadas por decreto como Organizações Sociais.

Da mesma forma que ocorre nas agências executivas, é necessário um planejamento participativo, cujas etapas podem ser assim enumeradas<sup>26</sup>:

- **definindo a missão;**
- **definindo a visão de futuro;**
- **identificando e definindo resultados sociais;**
- **identificando macroprocessos e definindo objetivos estratégicos;**
- **identificando fatores críticos e definindo prioridades estratégicas;**
- **identificando problemas;**
- **analisando o ambiente (cenário);**
- **analisando a consistência das etapas do planejamento até este ponto**
- **definindo indicadores de desempenho;**
- **realizando coleta de dados; e,**
- **avaliando o desempenho institucional.**

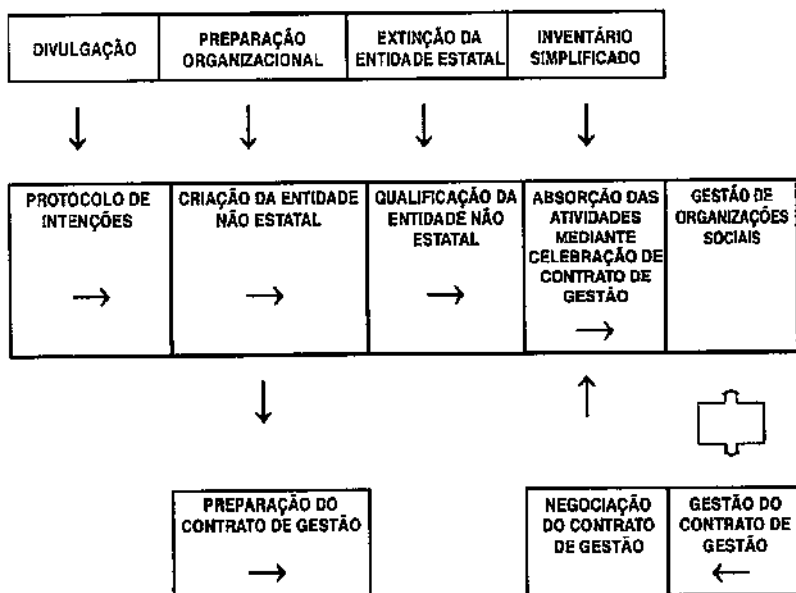
O processo de publicização está demonstrado no diagrama abaixo:<sup>27</sup>

## Quadro 5 – Implementando Organizações Sociais: O Processo de Publicização

### P U B L I C I Z A Ç Ã O

AÇÕES DE IMPLEMENTAÇÃO    ⇒    AÇÕES CONTÍNUAS

DECISÃO DE GOVERNO    ⇒    AÇÕES PRÉVIAS    ⇒    ATOS LEGAIS    ⇒    AÇÕES POSTERIORES



No diagrama acima são indicadas 8 etapas, a partir de ações isoladas ou agregadas ao processo de privatização, a saber:

- **divulgação;**
- **protocolo de intenções;**

- **preparação institucional das atividades a serem publicizadas;**
- **criação e composição da entidade não estatal;**
- **preparação e negociação do contrato de gestão;**
- **atos legais (extinção e qualificação);**
- **inventário simplificado;**
- **absorção de atividades pelas OS mediante contrato de gestão.**

Implementadas as OS, sua operação regular implica duas ações contínuas:

- **administração do contrato de gestão; e**
- **gestão de organizações sociais.**

A criação de entidades aptas à adoção do modelo OS, pressupõe a adequação do estatuto das entidades civis já constituídas ou ainda por constituírem-se, as normas da legislação vigente relativa a pessoas jurídicas, bem como aquelas relativas as Organizações Sociais.

Sinteticamente estas são as orientações do MARE para qualificação de uma entidade de direito privado como OS: 1. Fundar um pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos (Fundação ou Associação); e 2. Aprovar o estatuto em assembléia, contendo denominação, sede social, fins, fundo social, duração, administração, representação, forma do estatuto, responsabilidade dos sócios, destino do patrimônio, condições de extinção da pessoa jurídica, registro e eleição do Conselho Diretor e da Diretoria Definitiva.

Qualificada como OS, a entidade poderá receber recursos financeiros e a administrar bens e equipamentos do Estado. Em contrapartida, se obrigará a celebrar contrato de gestão, verdadeiro compromisso de resultados, por meio do qual serão ajustadas metas de desempenho que possibilitem a qualidade dos serviços prestados ao público.

Em suma, as características básicas das organizações sociais podem ser assim enumeradas:

**· é definida como pessoa jurídica de direito privado, sem finalidade lucrativa, criadas fora do Estado e sem vinculação com a administração pública ;**

- *consiste em forma de descentralização para a sociedade;*
- *atuará nas áreas de ensino, pesquisa, meio-ambiente, cultura e saúde;*
- *será fomentada pelo Estado, a quem incumbe repassar recursos orçamentários, podendo absorver patrimônio de entidade estatal extinta, inclusive servidores;*
- *seu patrimônio reverterá ao Estado no caso de extinção ou desqualificação;*
- *seu órgão de deliberação superior será integrado por representantes de entidades da sociedade civil, pessoas de notória capacidade profissional e idoneidade moral, assim como por representantes do Estado e associados da própria OS;*
- *o regime de seu pessoal será o contratual ou celetista;*
- *poderá licitar com base em regulamento próprio;*
- *o instrumento que liga a Associação ao Estado é o contrato de gestão;*
- *seu controle é a posteriori ou de resultados;*
- *a execução do contrato de gestão é fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora; e ,finalmente,*
- *é possível desqualificá-la por descumprimento das cláusulas pactuadas.*

Para finalizar iremos comparar as mudanças ocorridas entre autarquias, fundações e organizações sociais.

**Quadro 5: Mudanças esperadas na Gestão de Serviços por Organizações Sociais.**

<b>Autarquias e Fundações Públicas</b>	<b>Organizações Sociais</b>
Servidores admitidos sob o Regime Jurídico Único	Empregados contratados sob o regime celetista
Recursos fiscais na forma de orçamento detalhado.	Recursos fiscais na forma de transferências em dotações globais, além de captação de recursos
Submissão a normas uniformes de licitação e contratação.	Normas específicas de licitação e contratação.
Fiscalização e controle sobre procedimentos administrativos	Ênfase nos controles sobre resultados alcançados, mediante contrato de gestão.

## D. PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO.

A política em relação a esse setor é entregar a produção a iniciativa privada, com base no pressuposto de que as empresas serão mais eficientes se controladas pela economia de mercado e administradas por particulares, cabendo ao Estado um papel de regulador e transferidor de recursos, ao invés de executor direto.

O papel do Estado deixa de ser de agente propulsor da atividade econômica, função que passa a ser reservada à iniciativa privada; competindo-lhe reprimir os abusos, assegurar o bem-estar da sociedade e o crescimento do país.

É caracterizado pelas atividades econômicas lucrativas que ainda permanecem no aparelho estatal como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura, seja porque faltou capital ao setor privado para aplicar em determinadas áreas, seja porque constituem monopólio do Estado, sendo imprescindível na hipótese de privatização, de regulamentação rígida.

No setor de produção para o mercado a eficiência também é o princípio administrativo básico e a administração gerencial a mais indicada. A propriedade privada é a regra e a pública só pode ser admitida quando não existir capital privado disponível ou em caso de monopólio natural. Daí resulta o princípio da subsidiariedade: só deve ser estatal a atividade que não puder ser controlada pelo mercado.

As agências reguladoras foram criadas justamente para possibilitar a saída do Estado do papel de executor para o de regulador e transferidor de recursos. Como espécie de agências autônomas estarão prestando um serviço exclusivo do Estado, fora do núcleo central, dotadas de maior autonomia, sem contudo, serem as responsáveis diretas pela execução dessas atividades.

Os objetivos para essa área é ***“dar continuidade ao processo de privatização”***, iniciado muito antes das demais reformas dos outros setores do Estado; ***“reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais que forem privatizados; e implantar contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizadas”***.<sup>28</sup>

Vale registrar que as modificações previstas para essa área, surgiram no Brasil ainda no Governo do ex-Presidente Collor quando foi lançado o denominado “Programa de Desestatização<sup>29</sup>”, primeiro criado via Medida Provisória e transformada, ao depois, na Lei nº 8.031/90. Aliás os primeiros contratos de gestão surgiram nesse

período através do Decreto nº 137, de 27.05.91, instituiu o "Programa de Gestão das Empresas Estatais".<sup>30</sup>

#### IV - CONTRATOS DE GESTÃO.

Contratos de gestão ou de resultados é o instrumento "**por meio dos quais é concedida autonomia a órgão ou entidades governamentais, visando, em contrapartida, à consecução de objetivos e metas específicos**".<sup>31</sup>

Sua finalidade é a de possibilitar o atingimento de metas de políticas públicas pela entidade contratante, em troca de benefícios concedidos pelo Estado. Em outras palavras, regula a relação entre o órgão estatal e entidades estatais ou não (agências autônomas, organizações sociais e empresas estatais), executoras da diretriz determinada pelo ente central ou supervisor, a quem incumbe a formulação das políticas públicas.

Constitui-se no principal instrumento de supervisão do Estado para a gestão estratégica e consolidação da administração gerencial, tendo em vista que baseia-se no planejamento, discriminando os objetivos e metas a serem alcançados durante sua vigência, bem como mencionando os indicadores de desempenho que possibilitem avaliar os resultados apresentados.

Destina-se, principalmente, a

- **clarificar o foco da instituição, interna e externamente;**
- **oferecer base para proceder à comparação entre o atual desempenho da instituição e o desempenho desejado;**
- **definir níveis de responsabilidade e responsabilização;**
- **possibilitar os controles sociais, por resultados e por comparação com outras instituições.**<sup>32</sup>

O contrato de gestão deve conter basicamente as seguintes cláusulas: objeto; disposições estratégicas; indicadores de desempenho; definição dos meios e condições das metas ajustadas; sistemática de avaliação; valor; condições de revisão, suspensão e rescisão da avença; definição dos responsáveis e de conseqüências decorrentes do descumprimento dos compromissos assumidos; obrigações das partes contratantes; condições de vigência e renovação; e, mecanismos de publicidade e controle social.

Enquanto instrumento da administração pública gerencial, sua formulação pressupõe um planejamento estratégico da instituição, de forma a permitir a delimitação das metas, respectivos indicadores de desempenho e planos de ação, envolvendo ainda estágio de negociação e aprovação.

Na órbita federal, os referidos contratos estão regulamentados genericamente em três diplomas legais, de onde se conclui que não existe um só tipo, a saber:

- **Lei n.º 9.637/98, arts. 5º a 7º, referente a organizações sociais;**
- **Lei n.º 9.649/98, arts. 51 e 52, relativa a agências executivas;**
- **Decreto n.º 137/91, arts. 8º e 9º, pertinente a empresas estatais.**

Afora esta legislação, nas leis que criaram as Agências Reguladoras - ANEEL, ANATEL E ANP, também foram instituídas normas acerca dos contratos de gestão, e desde a edição da Emenda n.º 19/98, passou a ser tratado em sede constitucional, com a inclusão do parágrafo 8º, no art. 37.

Traçando um paralelo entre os contratos de gestão das organizações sociais e das agências executivas, o prof. Pedro Paulo de Almeida Dutra,<sup>33</sup> fez as seguintes ponderações:

<b>ORGANIZAÇÕES SOCIAIS</b>	<b>AGÊNCIAS EXECUTIVAS</b>
Visa a formação de parcerias e fomento para a produção não lucrativa	Visa assegurar a autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidas no ajuste.
Elaborado de comum acordo com a entidade privada qualificada como OS	Idem
Estabelece critério para manutenção da qualificação como OS	Estabelece critério para manutenção da qualificação como Agência Executiva.



Partes contratantes: Ministério Supervisor e OS	Partes contratantes: Ministério Supervisor, MARE, Ministério do Planejamento e Orçamento, Ministério da Fazenda e Instituição
Fiscalização pelo Ministério Contratante e Interviente.	Idem
Responsabilidade solidária dos fiscalizadores	Apenas penalidades a entidade e dirigentes
Visa assegurar a publicização dos serviços não exclusivos	Visa assegurar maior autonomia gerencial
Retira-as do poder de tutela	Não as retira do poder de tutela

### **V-IMPLEMENTAÇÃO DA REFORMA ADMINISTRATIVA PELOS ESTADOS MEMBROS.**

Alguns Estados da Federação, adotando as proposições do Governo Federal, iniciaram a reestruturação de seus aparelhos administrativos, nos mesmos moldes da filosofia que impregnou a União.

Em outras palavras, estão descentralizando mais ainda as atividades exclusivas via criação de agências autônomas (executivas), publicizando as não exclusivas ou competitivas através de organizações sociais e privatizando o setor de produção de bens e serviços para o mercado.

Num rápido levantamento, verificamos que os Estados-Membros que seguiram a política federal estão "copiando" a mesma sistemática, como se estivessem referendando as idéias da cúpula do Executivo da União.

No demonstrativo abaixo transcrito, é mais fácil visualizar as entidades federadas que já começaram a reestruturar sua máquina administrativa e os mecanismos de implantação:

ESTADO	ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	AGÊNCIAS EXECUTIVAS
SÃO PAULO	<p>- LC Nº 846, DE 04.06.1998  <b>EMENTA</b> – Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, e dá outras providências.</p> <p>- <b>DECRETO</b> N. 43.493 DE 29.09.1998.  <b>EMENTA</b> – Dispõe sobre a qualificação das organizações sociais da área da cultura, e dá outra providências.</p>	NÃO TEM
BAHIA	<p>- <b>LEI</b> Nº 7.027, DE 29.01.1997.  <b>EMENTA</b> – Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, e dá outras providências.</p> <p><b>DECRETO</b> Nº 6.430, DE 13.06.1997.  <b>EMENTA</b> – Regulamenta a Lei nº 7.027, de 29 de janeiro de 1997, que instituiu o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, e dá outras providências.</p> <p>- <b>DECRETO</b> Nº 7.007, DE 14.11.1997.  <b>EMENTA</b> – Regulamenta a Lei nº 7.027, de 29 de janeiro de 1997, que instituiu o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, e dá outras providência.</p> <p><b>DECRETO</b> Nº 7.008, DE 14.11.1997.  <b>EMENTA</b> – Estabelece normas específicas para operacionalização, pela área de saúde do Estado, do Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, instituído pela Lei nº 7.027, de 29 de janeiro de 1997.</p>	NÃO TEM

<b>CEARÁ</b>	<b>LEI Nº 12.781, DE 30.12.1997</b> <b>EMENTA</b> – Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, dispõe sobre a qualificação destas entidades e dá outras providências.	<b>NÃO TEM</b>
<b>MARANHÃO</b>	<b>LEI Nº 7.068, DE 03.02.1998</b> <b>EMENTA</b> – Dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais e dá outras providências	<b>LEI Nº 7.356, DE 29.12.1998</b>
<b>ESPÍRITO SANTO</b>	<b>LEI Nº 5.584, DE 15.12.98</b> <b>EMENTA</b> – Institui o Programa Estadual de Incentivo às organizações sociais e dá outras providências	<b>NÃO TEM</b>
<b>DISTRITO FEDERAL</b>	<b>NÃO TEM</b>	<b>NÃO TEM</b>
<b>GOIÁS</b>	<b>NÃO TEM</b>	<b>NÃO TEM</b>
<b>MINAS GERAIS</b>	<b>NÃO TEM</b>	<b>NÃO TEM</b>
<b>ACRE</b>	<b>NÃO TEM</b>	<b>NÃO TEM</b>
<b>PIAUÍ</b>	<b>NÃO TEM</b>	<b>NÃO TEM</b>
<b>SERGIPE</b>	<b>NÃO TEM</b>	<b>NÃO TEM</b>
<b>AMAZONAS</b>	<b>NÃO TEM</b>	<b>NÃO TEM</b>

Dos doze Estados pesquisados, aqueles que iniciaram o reaparelhamento de sua máquina optaram primeiramente pela publicização dos serviços sociais e científicos, com a criação de aparato legal que permitisse o surgimento das organizações sociais. O Maranhão foi único Estado que já tratou das agências executivas e Sergipe o primeiro a criar agência reguladora (Lei n.º 3.973, de 10.06.98)

É importante ressaltar que o Estado do Maranhão fugiu do modelo federal no que se refere ao núcleo estratégico, substituindo as secretarias por gerências, com a pretensão de adotar a administração gerencial inclusive nesta área.

O terceiro, para não dizer primeiro, instrumento de modernização da máquina administrativa, o chamado processo de privatização, como é de conhecimento de toda Nação Brasileira, já vem sendo utilizado a mais tempo, conforme podemos vislumbrar adiante:

ESTADO	PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO
RONDÔNIA	LEI Nº 663, DE 02.07.96 EMENTA - Institui o Programa Estadual de Desestatização
RIO GRANDE DO NORTE .	LEI COMPLEMENTAR Nº 143, DE 03.04.96 EMENTA - Institui o Programa Estadual de Desestatização e o Fundo de Privatização.
RIO DE JANEIRO	LEI Nº 2.470, DE 1995 EMENTA - Institui o Programa Estadual de Desestatização
DISTRITO FEDERAL	LEI Nº 1.714, DE 13.10.97 EMENTA - Institui o Programa de Gestão das Empresas Estatais do Distrito Federal – PROGE, estabelece as diretrizes gerais para aplicação do contratos de gestão e dá outras providências.

O Estado do Amazonas, por exemplo, desde a Lei nº 2.330, de 29.05.95, que "Reestrutura a Administração do Poder Executivo Estadual, Extingue Órgãos e Entidades e dá outras providências, para não voltar muito ao passado, já vem autorizando a privatização de determinadas empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo criado inclusive uma Comissão para este fim. Mais recentemente editou a Lei nº 2.504, de 12.11.98, autorizando a privatização do Banco do Estado do Amazonas.

Na última Lei de Reforma, a de nº 2.528/98, mais uma vez

foi autorizado a "liquidação" da Empresa Amazonense de Dendê, da Companhia de Navegação do Interior e do Matadouro Frigorífico de Manaus.

## **V - FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA REFORMA ADMINISTRATIVA. ANÁLISE DO PARÁGRAFO 8º DO ART. 37 DA CARTA MAGNA.**

A Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu o parágrafo 8º ao art. 37 da Carta Magna, verbis:

**Art. 37 .....omissis.....**

**Parágrafo 8º. A autonomia gerencial, orçamentaria 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 dos contratos;**

**II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, diretos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;**

**III - a remuneração do pessoal.**

No PEC - Projeto de Emenda Constitucional original encaminhado pelo Poder Executivo esse dispositivo não estava inserido, surgindo em substitutivo posterior, como forma de dar substrato constitucional aos Projetos Organizações Sociais, Agências Autônomas e de Desestatização, cujos mecanismos de implantação passam pela celebração de um contrato entre entes públicos responsáveis pela formulação de políticas (núcleo estratégico) e órgãos da administração indireta ou pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos.

A redação do referido dispositivo, entretanto, está repleta de imprecisões técnicas. Primeiro leva a crer que é possível celebrar contratos entre entes da administração direta. Depois assevera que esses ajustes serão firmados entre "seus administradores e o poder público", contrariando toda a teoria geral dos contratos, em ambos os casos, por uma única razão: os entes da administração direta, bem como o poder público não possuem personalidade jurídica.

Abstraindo esses equívocos, o citado mandamento prevê em sede constitucional os famosos “contratos de gestão”, determinando que “lei” deverá fixar seu conteúdo, respeitado o disposto nos incisos I, II e III, configurando-se em norma de eficácia limitada.<sup>34</sup>

Poder-se-ia dizer que na esfera federal e em alguns Estados-Membros da Federação essa regra é de eficácia plena e aplicação imediata, tendo em vista que a legislação anteriormente editada acerca do tema foi recepcionada.

É bem verdade que a expressão “lei” induz ao convencimento de que há necessidade de edição de lei nacional, mas até sua feitura nada obsta que a legislação até agora elaborada continue a vigorar, utilizando-se os demais entes federados de sua competência concorrente suplementar. Posteriormente, quando o Congresso Nacional vier a regulamentar o mencionado artigo, verificar-se-á se há ou não antinomias.

Tratando-se de modificação proposta pelo Executivo é quase certo que sua regulamentação seguirá a linha até agora adotada pelo Governo Federal, ou seja, será feita seguindo o modelo apresentado pelo Plano Diretor de Reforma do Estado, talvez até mesmo ampliando-o.

A Presidência da República aliás já remeteu ao Congresso Nacional, Projeto de Lei que “Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências”, que uma vez aprovado indubitavelmente dará novos contornos ao citado mandamento constitucional.

Não estamos sequer cogitando da “inconstitucionalidade” dessa norma, afirmativa já alardeada por determinados juristas, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não acata a tese de inconstitucionalidade de regra constitucional frente a princípios gerais. Da mesma forma, estamos desconsiderando as deformidades técnicas e entendo que a legislação infraconstitucional deu-lhe e continuará dando uma interpretação sistêmica.

Para arrematar, o referido artigo prescinde de regulamentação para ser aplicado pela União Federal, mas até que seja editada lei de cunho nacional, os demais entes da Federação, se optarem pela adoção dos contratos de gestão, terão que regulamentá-lo em texto próprio, salvo naquelas entidades federadas que já dispõe de instrumentos legais hábeis.

## VI – CONCLUSÕES

De tudo que foi exposto, sinteticamente, é possível extrair as seguintes ilações:

1. O Estado Brasileiro está passando por um período de reforma estrutural, segundo proposta do Governo Federal, cujos pontos centrais são a delimitação de suas áreas de atuação, diminuição de sua intervenção na iniciativa privada, aumento da governança e da governabilidade;
2. A redução do papel do Estado pressupõe a definição de sua atuação em quatro áreas: núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não exclusivos ou competitivos e a produção de bens e serviços para o mercado;
3. Definidas as áreas de atuação, novas formas de gestão devem ser implementadas, levando-se em consideração os tipos de propriedade (pública, pública não-estatal e privada), procedimento que implicará numa total reforma do aparelho estatal, com o fito de transformar a administração burocrática em administração gerencial;
4. A idéia é fazer com que o Estado deixe de ser o executor direto para transformar-se em formulador de políticas, utilizando-se dos processos de publicização, privatização e terceirização;
5. As atividades exclusivas definidas como não integrantes do núcleo estratégico, deverão ser entregues a Agências Autônomas: Executivas e Reguladoras;
6. A publicização ocorrerá no setor das atividades não exclusivas ou competitivas, cuja forma de propriedade é a não-estatal, por intermédio de organizações sociais;
7. A produção de bens e serviços para o mercado deverá ser privatizada e controlada via agências reguladoras;
8. Todas as atividades secundárias deverão ser terceirizadas;
9. O contrato de gestão é o vínculo jurídico que o Estado manterá com todos os entes desvinculados do núcleo estratégico; e finalmente,
10. O parágrafo 8º, do art. 37, da Constituição Federal, criado pela Emenda Constitucional n.º 19/98 deve ser interpretado dentro do contexto proposto pela legislação federal infraconstitucional, até que venha a ser regulamentado.

## VII – RESPOSTA A CONSULTA FORMULADA

A norma constante da Lei Estadual nº2.528, de 31.12.98, que determina a celebração de contrato de gestão com a ora Consultente, com a Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas, o Centro Cultural do Amazonas e o Estádio Vivaldo Lima é absolutamente inócua, sem qualquer possibilidade de ser aplicada, por ausência total de regulamentação acerca desta forma de ajuste, tendo em vista que a única norma de âmbito nacional que trata da matéria – parágrafo 8º, do art. 37, da CF, é de eficácia limitada e aplicação mediada.

No texto do susomencionado dispositivo há menção expressa à “legislação em vigor”. Entrementes, de tudo que foi amplamente explanado, vimos que os contratos de gestão surgiram dentro de uma reformulação da máquina administrativa federal, fruto de um planejamento de 4 longos anos e só tornada possível após a aprovação de uma série de normas infraconstitucionais, todas de aplicabilidade exclusiva no âmbito da União.

Tratando-se de matéria referente à organização administrativa, a União Federal realmente não teria competência para impor aos demais entes da Federação a observância dos dispositivos legais atinentes ao assunto em pauta. Sequer poderia obrigar os Estados-Membros a seguir o modelo federal no que tange à utilização de instrumentos como agências autônomas, organizações sociais, contratos de gestão e mesmo a opção pela privatização de determinadas atividades, pelo menos em tese, quanto a esse último aspecto.

Princípio basilar do Estado Federativo é a capacidade de auto-administração conferida a cada um dos entes federados que o compõe, em razão do que organizar-se-ão como entenderem conveniente, respeitados é óbvio os mandamentos constitucionais extensíveis, estabelecidos e sensíveis.

Por outro lado, não há óbice para que os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios, mesmo quando a matéria esteja inserida dentro de suas competências privativas, copie o modelo federal, desde é claro que não invadam a esfera de atuação da União Federal. No Brasil aliás esse procedimento já se tornou praxe, consequência de uma Federação que originou-se de um Estado extremamente centralizado.

Alguns Estados-Membros, como vimos, anteciparam-se a edição da “lei” a que se refere o dispositivo constitucional acima citado e seguiram os passos da União, editando leis com vistas a permitir



que suas máquinas administrativas pudessem se adaptar ao novo perfil que está sendo implantado na área federal. Assim procedendo exerceram sua competência concorrente suplementar.

O Estado do Amazonas, se esta for a decisão política de seus dirigentes, poderá dar nova configuração ao seu aparelho estatal. Todavia, é necessário proceder a uma reformulação de certos aparatos legais, esclarecendo-se que apesar disso não será possível uma assemelhação total com as normas federais porque determinadas matérias estão na órbita da competência exclusiva da União, não podendo ser derogadas até que lei nacional autorize expressamente.

O segundo caminho é aguardar a regulamentação dos contratos de gestão, hoje previsto em sede constitucional, mas sujeito a "lei" regulamentadora de autoria da União para adquirir aplicabilidade.

Buscando contribuir para a solução da consulta que nos foi formulada, tratamos de apresentar as minutas em anexo, num total de seis, todas adaptadas do modelo proposto pela União, caso a decisão venha a ser pela adoção dos novos instrumentos utilizados pela Administração Pública Federal. As minutas elaboradas, ressaltamos, servem como instrumentos iniciais de discussão, considerando que parte de seu conteúdo constitui objeto de deliberação política.

Resumidamente, o Estado do Amazonas poderá adaptar-se as propostas da União Federal e com isso utilizar-se do contrato de gestão, seguindo os seguintes passos:

1. Adoção do modelo de Organizações Sociais via edição de lei que permita a qualificação de entidades sem fins lucrativos, desde que tais pessoas jurídicas enquadrem-se em determinados requisitos, bem como de decreto regulamentado o Plano de Publicização;
2. Adoção do modelo de Agências Executivas, através de lei e decreto regulamentador, que autorize a qualificação de fundações públicas e autarquias. As etapas seguintes serão a assinatura do Protocolo de Intenções com as entidades interessadas em qualificar-se, a publicação de Portaria nomeando a Comissão Coordenadora e, após escoado o prazo fixado no protocolo, a celebração do contrato de gestão.

Os aspectos legais podem ser solucionados a partir da

utilização destas fórmulas, passíveis de discussão, se for o caso, para adaptar-se as decisões macroestruturais do Poder Político.

Não adentramos na questão do planejamento, assunto alheio a nossa seara, mas que se configura como etapa antecedente à realização de qualquer contrato de gestão.

De igual modo, deixamos de fazer referência a uma possível qualificação da Consulente, se organização social ou agência executiva, por entender que tal escolha é ato discricionário do Chefe do Executivo Estadual. No máximo podemos asseverar que a União entende tratar-se de atividade não exclusiva ou competitiva, inclusive no que se refere às demais pessoas jurídicas referidas no artigo da Lei Estadual em comento. Se esta for a opção do Poder Executivo Estadual, tais entidades deverão ser extintas para, ao depois, serem criadas sob a forma de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, na qualidade de associações, e assim serem qualificadas como organizações sociais.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE**, em Manaus,  
22 de janeiro de 1999.

**INDRA MARA BESSA**  
*Procuradora do Estado*

#### **NOTAS:**

<sup>1</sup> In Cadernos MARE de Reforma do Estado nº 01.

<sup>2</sup> Processo de transferência para o setor privado das atividades que podem ser controladas pelo setor privado

<sup>3</sup> Palavra utilizada para distinguir o processo de transferência dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado exerce para o setor público não-estatal, daquele que é usado na privatização.

<sup>4</sup> O Plano Diretor prevê três espécies de propriedade: pública estatal, pública não-estatal e privada.

<sup>5</sup> Mesmo trabalho citado no item 1

<sup>6</sup> Diminuição do volume de normas limitadoras da atividade econômica, reduzindo os entraves burocráticos que aumentam o preço das transações. Ocorre através da desburocratização e da regulação.

<sup>7</sup> É a capacidade financeira e administrativa em sentido amplo de uma organização de implementar suas políticas (mesmo trab. Item 1)

<sup>8</sup> Observe-se que a expressão é utilizada em contraposição à administração pública burocrática, tendo como característica o fato de que é voltada para a definição exata dos objetivos que o administrador público deverá alcançar; para a garantia de maior autonomia do dirigente na gestão dos recursos humanos e financeiros a sua disposição e para o controle a posteriori.

<sup>9</sup> Mesmo trabalho cit. item 1

<sup>10</sup> Quando o político é eleito exclusivamente para cumprir a vontade de seus eleitores, podendo, em caso de conflito entre eles, perder seu mandato.

<sup>11</sup> Aparelho do Estado significa a administração pública em sentido lato, ou melhor, a estrutura organizacional do Estado, em seus três Poderes e três níveis - União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

<sup>12</sup> In Caderno MARE de Reforma do Estado nº 15 – Os avanços da Reforma da Administração Pública, pg. 18

<sup>13</sup> In Plano Diretor de Reforma do Estado, Imprensa Oficial, 1995, pg. 54.

<sup>14</sup> In Cadernos MARE de Reforma do Estado nº 11 – A Nova Política de Recursos Humanos, pg. 27

<sup>15</sup> Seus princípios orientadores são a profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional legal, enquanto que suas formas de controle são sempre a priori.

<sup>16</sup> Mesmo trabalho cit. Item 13.

<sup>17</sup> Mesmo trabalho cit. Item 12, pg. 97.

<sup>18</sup> In Boletins da Câmara dos Deputados.

<sup>19</sup> Na exposição de Motivos do Projeto de nº114, de 27.10.98, foram definidas as atividades exclusivas do Estado, a saber: representação judicial e extrajudicial da União e segurança pública, nos termos do art. 144 da CF.

<sup>20</sup> Mesmo trabalho cit. Item 12, pg. 97.

<sup>21</sup> In Cadernos do MARE de Reforma do Estado nº 9 – Agências Executivas, pg. 15 e ss.

<sup>22</sup> Mesmo trabalho cit. item 20, pg. 101.

<sup>23</sup> Mesmo trabalho cit. Item 12

<sup>24</sup> In Cadernos MARE de Reforma do Estado nº 2 – Organizações Sociais, pg. 13.

<sup>25</sup> In Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Ed. Atlas, 1998, pg. 311

<sup>26</sup> Mesmo trabalho cit. no item anterior, pg. 111.

<sup>27</sup> Mesmo trabalho cit. no item anterior, pg. 111.

<sup>28</sup> Mesmo trabalho cit. Item 13.

<sup>29</sup> É a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão e a permissão (In Desestatização, Privatização, Concessão e Terceirizações, Marcos Juruena Vilela Souto, Ed. Lumen Juris, pg. 54)

<sup>30</sup> Os primeiros contratos de gestão foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce - antes da sua privatização e com a Petróleo do Brasil S.A

<sup>31</sup> In Reforma Administrativa – O Estado, o Serviço Público e o Servidor, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, Ed. Brasília Jurídica, 1998, pg. 316.

<sup>32</sup> Mesmo trabalho cit. Item , pg. 37.

<sup>33</sup> Palestra proferida no Seminário sobre Reforma Administrativa, em 27.11.98.

<sup>34</sup> São aquelas que apresentam "aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade", segundo classificação adotada por José Afonso da Silva, in Aplicabilidade das normas constitucionais, Ed. RT, 1982, pg. 89.

#### **DESPACHO:**

Adoto.

Encaminhe-se ao Senhor Procurador-Geral.

**P.A./PGE**, em Manaus, 29.jan.99

**LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA**

Procurador Chefe

**PROCESSO Nº 051/99-PGE**

**INTERESSADA:** Fundação Vila Olímpica "Danilo de Matos Areosa"

**ASSUNTO:** Orientação sobre a celebração de Contrato de Gestão

#### **DESPACHO:**

Recebi hoje.

**APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos o Parecer nº 053/99-PA/PGE, da lavra da Procuradora do Estado Dr<sup>a</sup> Indra Mara Bessa, acolido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, Dr. Lourenço dos Santos Pereira Braga

**DEVOLVA-SE** o Processo a Fundação Vila Olímpica, com observância das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em Manaus (Am), 29 de janeiro de 1999.

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

**PROCESSO Nº 852/99-PGE**

**ASSUNTO:** Análise de Licitação na modalidade Tomada de Preços.

**INTERESSADA:** Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania

**PARECER N.º 249/99-PA/PGE**

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. INVALIDAÇÃO. VÍCIO PROCEDIMENTAL.**

A fixação de novo prazo para apresentação de propostas face a inabilitação de todas as licitantes não significa a reabertura da licitação para que sejam sanadas tão somente as irregularidades apontadas naquele estágio. O art. 48, parágrafo 3.º, da Lei n.º 8.666/93 autoriza a reabertura daquela etapa.

Tratando-se de nova fase de habilitação e não de mero prosseguimento da etapa anteriormente iniciada, não é possível arguir conclusão do direito à interposição de recursos administrativos por parte dos licitantes, mesmo quando contra ataca decisão repetida em ambas as ocasiões.

A abertura das propostas de preços antes de findo o prazo recursal invalida o procedimento licitatório, cabendo à autoridade superior anular o certame.

Presentes os pressupostos legais, o recurso deve ser conhecido, ainda que inválida a licitação.

Trata-se de solicitação formulada pelo **Exmo. Sr. Secretario de Estado de Justiça e Cidadania** que, instado para manifestar-se conclusivamente sobre recurso administrativo interposto pela licitante **A. M. Franco & Cia Ltda.**, no curso de Licitação na modalidade Tomada de Preços realizada pela Comissão Geral de Licitação, na qualidade de autoridade responsável pela homologação do certame, requer à audiência prévia desta Procuradoria Geral.

O pedido de pronunciamento veio instruído com a seguinte documentação: Edital da Tomada de Preços n.º 179/98-CGL; documentos de habilitação das empresas **A. M. Franco & Cia Ltda.**, **Criar Soluções Produtos e Serviços de Informática Ltda.** e **Mozart Pereira Lopes**; Ata de recebimento da documentação e da proposta de preços; recurso administrativo da empresa **A. M. Franco & Cia Ltda.** contra sua inabilitação; impugnação apresentada pela firma **Criar Soluções Produtos e Serviços de Informática Ltda.**; decisão do Exmo

Sr. Secretario de Estado de Justiça e Cidadania: Mandado de Segurança interposto pela licitante A. M. Franco & Cia Ltda.; nova documentação das participantes A. M. Franco & Cia Ltda. e Criar Soluções Produtos e Serviços de Informática Ltda.; ata de recebimento da nova documentação; impugnações das licitantes; ata de apreciação e julgamento da documentação; propostas de preços das duas empresas habilitadas; ata de abertura das propostas de preços; relatório da Comissão Geral de Licitação sobre ofício encaminhado pelo Presidente do CREA/AM, cuja juntada foi requerida pela firma A. M. Franco & Cia Ltda.; recurso da licitante A. M. Franco & Cia Ltda.; impugnação da outra licitante e manifestação da CGL pelo indeferimento da referida peça recursal.

Sinteticamente, estes foram os atos praticados no curso do procedimento licitatório **sub censura**, cujo objeto é a aquisição e implantação do sistema de segurança para o Presídio de Regime Fechado do Complexo Penitenciário Anísio Jobim:

1. Compareceram à licitação 03 participantes, todos com documentação incompleta, razão porque a Comissão Geral de Licitação - CGL reabriu o prazo de habilitação, para que as licitantes apresentassem nova documentação na forma do que autoriza o art. 48 parágrafo 3º, da Lei n.º 8.666/93;
2. Contra a referida decisão uma das licitantes, A. M. Franco & Cia Ltda., impetrou Mandado de Segurança pretendendo sua classificação e a inabilitação dos demais participantes;
3. Mesmo concedida a liminar determinando o sobrestamento do certame, no mérito a ação foi extinta e o procedimento prosseguiu normalmente;
- 4- Mantido o entendimento anterior da CGL, no dia da reapresentação das propostas retornaram apenas duas interessadas: A. M. Franco & Cia Ltda. e Criar Soluções Produtos e Serviços de Informática Ltda.;
5. As duas licitantes apresentaram novamente os documentos relativos a habilitação; cada uma interpôs impugnação contra a habilitação da outra, mas a Comissão negou provimento, considerando todas habilitadas;
6. A decisão da habilitação foi proferida pela CGL no dia 17.03.99, sendo designado o dia posterior para abertura da proposta de preços;
7. Na data estipulada - 18.03.99 - foram abertas as propostas de preços, saindo vencedora a empresa Criar Soluções Produtos e Serviços de Informática Ltda. Naquela

oportunidade a Comissão autorizou a juntada de ofício do CREA/AM, contestando a decisão daquela CGL que não acatou o recurso da licitante A.M. Franco & Cia Ltda., pronunciando-se pela total improcedência do alegado;

8. Irresignada com o julgamento proferido na fase habilitatória, tempestivamente, a empresa A. M. Franco & Cia Ltda. apresentou recurso administrativo renovando o pedido de inabilitação da outra empresa, naquele momento já vencedora do procedimento licitatório sob o fundamento de que a mesma não possuía engenheiro de segurança;

9. Recebida a peça recursal, a CGL comunicou o fato a licitante vencedora do certame que incontinenti impugnou o referido recurso;

10. Em seguida, aquele Órgão proferiu pronunciamento intitulado "Instrução de Recursos", remetendo os autos para apreciação do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Justiça e Cidadania que deverá julgar a mencionada peça e a própria legalidade do certame.

É o que me cumpre relatar.

A Tomada de Preços **sub exame** já está concluída, inclusive com a divulgação da vencedora do certame licitatório. A questão agora é saber se pode ou não ser homologada, tendo em vista que após a proclamação do resultado final, a outra licitante interpôs recurso administrativo contra a fase de habilitação.

A pretensão da licitante recorrente é que a vencedora do certame licitatório seja desclassificada, ao argumento de que a mesma não preencheu o requisito 7.3-4 b do Edital, referente a necessidade de comprovação de possuir em seu quadro de pessoal engenheiro especializado em segurança. Se a sua pretensão for acatada, será a vencedora da licitação na qualidade de licitante única.

O exame da questão de mérito do susoreferido recurso, a princípio, é despiciendo para o deslinde do problema. Importa saber se o recurso é cabível ou não. Caso positivo, restará anular a fase decisória ou todo o procedimento licitatório, haja visto que a irrisignação da recorrente é contra a fase anterior ao julgamento, ou melhor, o momento de habilitação.

A licitante A. M. Franco & Cia Ltda., usando da faculdade conferida pelo art. 109, alínea b, da Lei n.º 8.666/93, recorreu contra decisão da Comissão que habilitou a outra participante da licitação. A fase de habilitação encerrou-se em 17.03.99 e nos termos do que prescreve esse dispositivo, o prazo recursal é de 05 dias úteis,



encerrando-se, portanto, em 24.03.99, data em que efetivamente apresentou a citada peça.

Demonstrada a tempestividade do recurso, só o descumprimento dos demais pressupostos recursais objetivos ou subjetivos ensejaria uma decisão fundada exclusivamente em preliminar. Tal hipótese, entretanto, não pode ser aplicada ao caso vertente, considerando que todos os requisitos de admissibilidade do recurso foram preenchidos.

A Comissão Geral de licitação às fis. 454, entretantes, afirma que procedeu a abertura dos envelopes de preços e posterior conclusão da fase de julgamento antes de findo o prazo recursal, por entender que o direito dos licitantes à interposição de recursos face a habilitação, pelo menos no aspecto relativo aos documentos apresentados e não contestados, quando essa etapa foi realizada anteriormente, estava precluso. Em suma, a argumentação é que o objeto da impugnação da licitante recorrente não constituiu fato novo porque aquela Comissão, no primeiro momento de habilitação, aceitou o documento ora impugnado sem que houvesse qualquer manifestação contrária das demais participantes. Acatando essa teoria, a fase habilitatória teria sido dividida em subetapas, a um e a dois, esta limitada a complementação da documentação faltante.

Na nossa opinião esse entendimento não corresponde a dicção do art 45, parágrafo 3º, da Lei 8.666/93. O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos permite que no caso de inabilitação de todas as licitantes a Administração Pública fixe o prazo de 08 dias para apresentação de "nova documentação". A interpretação há de ser literal: nova não significa prosseguimento, mas início.

Demais disso, se todas foram inabilitadas e nova oportunidade lhes foi conferida como pretender que naquela ocasião **recorressem contra decisão de inabilitação** da outra participante para que os motivos de tal decisão fossem calçados em mais irregularidades? Tal pretensão é no mínimo incoerente.

Em sendo assim, só vislumbro uma solução: conhecer do recurso, como aliás já o fez a Comissão Geral de Licitação, ao proferir juízo de admissibilidade, determinando inclusive a intimação da licitante impugnada e manifestando-se pela impossibilidade de reconsiderar sua decisão, após o que enviou os atos à apreciação da autoridade superior, nos moldes do que preceitua o parágrafo 4º do art. 109, da Lei n.º 8.666/93. Ao depois, cabe examinar a questão de mérito decidindo pela sua improcedência face as razões a seguir expendidas e, de consequência anular a fase posterior - o julgamento.

A alegação da licitante recorrente está fundada em premissa errônea quando assevera que a empresa Criar Soluções Produtos e Serviços de Informática Ltda. não possui engenheiro habilitado em segurança do trabalho. Ao cotejarmos a documentação apresentada pelas duas participantes, constatamos que os engenheiros de uma e de outra possuem a mesma qualificação técnica, conforme se verifica às fls. 271 e 313/323, condição que inclusive é confirmada pelo CREA/AM.

Nesse particular, a Comissão Geral de Licitação proferiu a única decisão cabível. Na documentação da licitante impugnada há farta comprovação de que a condição imposta pelo edital referente a capacitação técnico-profissional da mesma, cuja exigência resumia-se na demonstração de que possuía engenheiro especializado em segurança, devidamente reconhecido pela entidade competente, foi preenchida.

A outra licitante, na verdade, confundiu a prescrição editalícia. A exigência do item 7.4.3.a referia-se a necessidade de reconhecimento pelo CREA/AM da qualificação do engenheiro como especialista em segurança, não que o citado profissional fosse registrado naquela entidade como pertencente ao Quadro de Pessoal Permanente da empresa.

Mesmo que esta fosse a intenção daquela norma, ainda assim seria o caso de inabilitação das duas licitantes, lá que a declaração do CREA/AM relativa a firma recorrente também não contém esse elemento. Por óbvio, todavia, se tal qualificação recai sobre um dos sócios da empresa, como sói ser o caso da firma recorrente, não é necessária outra demonstração para inferir que aquela pessoa jurídica tem em seu quadro de pessoal o citado profissional. De igual sorte, se há prova incontestante que a outra empresa celebrou contrato de trabalho com engenheiro detentor da qualificação exigida na licitação, dispensável que tal situação seja confirmada pelo CREA/AM.

Ultrapassado este aspecto, após prolatação da decisão administrativa, a fase subsequente deve ser invalidada porque abertura e o julgamento das propostas de preços só poderia ter sido realizado após o transcurso do prazo recursal ex vi do disposto no art. 43, inciso III, da Lei susomencionada, in litteris:

**Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:**

**III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos**

concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos.

O exaurimento da fase habilitatória, portanto, ocorre de três formas: ou transcorre o prazo para recurso sem que seja interposto, ou há desistência expressa por parte dos interessados, ou os recursos porventura apresentados são decididos.

No caso vertente, nenhuma das três hipóteses acima aventadas esteve presente. A Comissão Geral de Licitação simplesmente iniciou a etapa de julgamento, por achar que o direito a interposição das licitantes estava precluso, fundamento que só trouxe ao conhecimento público na denominada "Instrução de Recurso".

A invalidação<sup>1</sup> do julgamento redundará na anulação de todo o procedimento licitatório, tendo em vista que a Administração Pública não poderá convalidar o julgamento das propostas por uma simples razão: os envelopes correspondentes aquela etapa já foram abertos e o resultado proclamado.

Os administrativistas pátrios até admitem que os atos inválidos possam ser convalidados. Para tanto distinguem a invalidade em três categorias: atos inexistentes, atos nulos e atos anuláveis, aí incluídos os atos irregulares, sustentando, na verdade, que a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis aplica-se a esse ramo do direito. De acordo com esses doutrinadores, apenas os atos nulos não seriam convalidáveis, enquanto que os anuláveis o são. Significa dizer que conhecido os vícios, existem modos de corrigi-los retroativamente.

Nesse assunto, estou com os ensinamentos do prof. Oswaldo Bandeira de Mello<sup>2</sup> que traça as seguintes distinções entre ato nulo e anulável:

**"O ato nulo é aquele inquinado de defeito grave que o impede de atingir o efeito jurídico almejado. É o em que falta elemento essencial para a sua razão de ser, na sua estrutura jurídica, pois viola disposição legal de ordem pública ou dos bons costumes, em geral, que a preceitua para qualquer ato jurídico. Já o ato anulável é aquele em que falta elemento accidental, pois se prende ao interesse das partes que participam do ato, e instituída para protegê-las, tendo em vista a manifestação das vontades."**

E mais adiante:

**“Será nulo quanto à capacidade da pessoa se praticado o ato por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão absolutamente incompetente ou por agente usurpador da função pública. Será nulo quanto ao objeto, se ilícito ou impossível por ofensa frontal à lei, ou nele se verifique o exercício de direito de modo abusivo. Será nulo, ainda, se deixar de respeitar forma externa prevista em lei ou preterir solenidade essencial para sua validade. Ao contrário, será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, na hierarquia, ao superior. Outrossim, será tão-somente anulável o que padeça de vício de vontade decorrente de erro, dolo, coação moral ou simulação”.** (grifos nossos)

Ter-se-ia, sob essa ótica, que enquadrar o ato praticado pela Comissão Geral de Licitação que procedeu a abertura e julgamento das propostas dos licitantes antes de findo o prazo recursal contra a fase de habilitação, na categoria dos nulos ou anuláveis.

Entendemos que trata-se de ato nulo por preterição de solenidade essencial para sua validade, tendo em vista que a licitação, enquanto procedimento administrativo, desdobra-se em fases e que **“a realização e exaurimento de cada qual é pressuposto e requisito da fase subsequente. Daí que a conclusão da etapa antecedente condiciona a irrupção da subsequente.”**<sup>3</sup>

Nosso ponto de vista é compartilhado por doutrinadores de escol, segundo os quais **“a anulação pode ser parcial, atingindo determinado ato, como a habitação ou classificação. Como desses atos cabe recurso, se a Comissão der provimento, reconhecendo a ilegalidade, ela deverá invalidar o ato e repeti-lo, agora escoimado de vícios; isto se a Invalidação não for verificada posteriormente, quando já se estiver na fase subsequente, neste caso, deverá ser anulado todo o procedimento.”**<sup>4</sup>

A declaração de nulidade é dever da Administração Pública, ainda quando não haja provocação de terceiro, nos termos do que prescreve o art. 49, caput, da Lei acima referida, in verbis:

**Art. 49. A autoridade competente para aprovação do procedimento ....., devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros,**

**mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.**

Como a Administração está estritamente vinculada à lei, até por força do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, não se admite que possa praticar atos ofensivos a disposições legais, razão porque a autoridade administrativa tem o dever de invalidar seus próprios atos se eivados de ilegalidade.

**Ad argumentandum**, ainda que estabelecêssemos a distinção entre nulidade e anulabilidade a partir de uma visão que considerasse nulo o ato que ofendesse regra de tutela do interesse público, e anulável aquele que maculasse dispositivo legal que protege interesse particular, tese defendida por certos teóricos<sup>5</sup>, teríamos que concluir que as normas relativas as fases procedimentais da licitação tutelam interesse público e, via de consequências, não se pode pretender convalidar ato praticado em desconformidade com tais regras.

**Em conclusão**, opino pela declaração de nulidade de todo o certame licitatório, recomendando que, caso nossa manifestação seja acatada, há necessidade de proceder-se a intimação de todos os interessados, em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do art. 49, susomencionado.

Entrementes, tendo em vista que a contratação seria efetuada com recursos oriundos de Convênio celebrado com a União Federal, que impôs prazo para realização do contrato, caso haja demonstração inequívoca dessa afirmativa, aliado ao próprio objetivo da avença pretendida, vislumbro a possibilidade de contratação direta, com fulcro no Art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.886/93, assunto que poderá ser melhor examinado, desde que seja possível analisar o referido ajuste

Oportuno frisar que a situação emergencial poderá ficar caracterizada pela inércia ou incúria de servidores públicos e nessa hipótese deverá ser apurada a responsabilidade dos mesmos.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE**, em Manaus,  
13 de abril de 1999.

**INDRA MARA BESSA**  
Procuradora do Estado

#### **NOTAS:**

<sup>1</sup>Invalidação é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido

produzidos em desconformidade com a ordem jurídica, segundo magistério de Celso Antônio Bandeira de Melo, em sua obra intitulada "Curso de Direito Administrativo, 11ª Edição, Ed. Malheiros.

<sup>2</sup> In Princípios Gerais do Direito Administrativo, 1ª Edição, volume I, Ed. Forense.

<sup>3</sup> Mesm ob. cit. item 1.

<sup>4</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, In Direito Administrativo, 10ª Edição, Editora Atlas.

<sup>5</sup> Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª. Edição, Ed. Dialética, pg. 448/449 classifica os atos administrativos em nulos e anuláveis levando em conta se a norma orienta-se à consecução do interesse público ou retrata tutela ao interesse privado dos licitantes, no que é contraditado por Antônio Carlos da Cíntra Amaral, in Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos, 1ª Edição, Ed. Malheiros, pg. 59/61 que com base no princípio da indisponibilidade do interesse público refuta veementemente esse entendimento.

<sup>6</sup> "Mais adiante, vai distinguir a emergência "real", resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, ou seja, a "emergência fabricada". A ambas a Lei dá idêntico tratamento, no que se refere à possibilidade de contratação direta. Porém, não exime o responsável pela falha administrativa de sofrer as sanções disciplinares compatíveis, nos casos de emergência fabricada" ou produzida por negligência. Em nosso entender, somente esta forma ficaria satisfeito o princípio da moralidade administrativa; isto é, se, realmente, responsabilizado for o funcionário que deu causa à situação emergencial." Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, in Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, 3ª Edição, Ed. Malheiros.

#### **DESPACHO:**

Acolho integralmente o Parecer.  
Encaminhe-se ao Senhor Procurador-Geral.  
P.A./PGE, em Manaus, 15.abr.99

**LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA**  
Procurador Chefe

**PROCESSO Nº 852/99-PGE**

**INTERESSADA: SESEG**

**ASSUNTO: Análise de Licitação na Modalidade de Tomada de Preço**

#### **DESPACHO:**

Recebi hoje.

**APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos o Parecer nº 249/99-PVPGE, da lavra da Procuradora do Estado Dr<sup>a</sup> Indra Mara Bessa, acolido pelo ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, Dr. Lourenço dos Santos Pereira Braga

Saliento a observação constante no final do Parecer aprovado, quando a atenta parecerista cogitou prazo a celebração do contrato, afirmado que “caso haja demonstração inequívoca dessa afirmativa, aliado ao próprio objetivo da avença pretendida, vislumbro a possibilidade de contratação direta, com fulcro no Art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, assunto que poderá ser melhor examinado, desde que seja possível analisar o referido ajuste”.

**DEVOLVA-SE** os autos à Secretaria de Estado da Segurança Pública, com observância das formalidades de praxe.

**GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, em Manaus (Am), 15 de abril de 1999.

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

## TRABALHOS FORENSES

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

O **ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, instituidor e mantenedor da Fundação HEMOAM, 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 n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, formular pedido de **SUSPENSÃO DA MEDIDA LIMINAR** deferida pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Dr. João Mauro Bessa., nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **SAMEL SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR LTDA** contra ato do **DIRETOR DA FUNDAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DO AMAZONAS - HEMOAM**, Dr. Nelson Fraiji, sob os fundamentos de fato e de direito adiante articulados e submetidos à sábia apreciação de Vossa Excelência, no curso deste arrazoado.

#### I. DA MEMÓRIA FÁTICA

Trata a espécie de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Ilmo. Diretor Presidente da Fundação HEMOAM, entidade instituída e mantida pelo Estado do Amazonas.

Segundo alegado na inicial do *mandamus* em comento, a Fundação HEMOAM iria suspender o fornecimento de sangue e hemoderivados aos pacientes assistidos pelos serviços de saúde da Impetrante.

Aduziu a Impetrante que a Fundação HEMOAM é o único centro médico hemoterápico do Estado do Amazonas capaz de fornecer sangue e derivados. Afirmou, também, que desde 1.990 recebe produtos hemoterápicos, sem efetuar o ressarcimento dos custos alusivos aos procedimentos dos mesmos executados pela referida fundação.

Assevera, por fim, que no seu entender os produtos hemoterápicos são públicos e que se constituiria ilegalidade a cobrança dos mesmos, reparável pela via excepcional do mandado de segurança.



Ver-se-á, todavia, que as assertivas lançadas pela Impetrante não se coadunam com a realidade, eis que não ocorreu qualquer ilegalidade no ato praticado pelo Diretor Presidente da Fundação HEMOAM, entidade instituída e mantida pelo Tesouro Estadual, na sua justa e legítima recusa em fornecer produtos hemoterápicos à Impetrante.

É importante frisar, desde logo, que a Impetrante falseia a verdade quando afirma ser a Fundação HEMOAM o único centro médico capacitado à prestação de serviços hemoterápicos. Ora, Excelência, inexistente vedação a que a Impetrante crie seu próprio centro de coleta, processamento e transfusão de sangue, ou ainda que adquira o produto em outros estados de nossa federação.

Demais disso, por valioso, impõe-se assinalar que no cumprimento de suas finalidades, a Fundação HEMOAM nunca se recusou a amparar as pessoas que a procuram para prestar serviços hemoterápicos e a realizar exames outros serviços hemoterápicos requisitados pelos médicos da rede pública de saúde, sem nenhum ônus para as pessoas que atende.

Importante é destacar que os gastos com esse atendimento aos mais carentes necessitados de serviços de hemoterapia e com os exames realizados são todos custeados com verbas do Tesouro Estadual e do Sistema Único de Saúde (SUS).

De se referir, ainda, que 26 (vinte e seis) clínicas e hospitais particulares existentes no Estado do Amazonas mantêm contrato de prestação de serviços com a Fundação HEMOAM, através dos quais ressarcem à referida fundação os custos relativos aos serviços hemoterápicos prestados, sendo esses contratos uma relevante fonte de recursos que permite o aprimoramento e o investimento em novas tecnologias, tudo com o objetivo de melhor atender a população e poder continuar prestando serviços de excelência reconhecida.

No mandado de segurança sob espeque, a Impetrante – empresa de direito privado, instituída e presidida pelo Deputado LUIZ FERNANDO SARMENTO NICOLAU - afirma que a Fundação HEMOAM se recusa a fornecer, gratuitamente, produtos derivados do sangue, para atendimento de seus pacientes, tendo ajuizado a ação mandamental com o fito de que esta entidade mantida e criada com verbas públicas realize, graciosamente, o tratamento hemoterápico dos pacientes particulares da Impetrante, num verdadeiro ato de assistencialismo à custa do Erário.

Nada obstante, o MM. Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública, Dr. João Mauro Bessa, houve por bem conceder medida liminar *iníto litis* e *inaudita altera parte*, na qual antecipou o próprio objeto do

pedido formulado no *mandamus*, ao determinar que a HEMOAM procedesse o fornecimento gratuito de hemoterápicos, sem que a Impetrante pague pelos insumos de produção, conforme autoriza a Portaria n.º. 267/99 da Secretaria de Assistência à Saúde (cf. DOU edição de 25.06.99). A respeitável decisão possui o seguinte teor:

"Na análise detida dos pressupostos para a concessão da medida liminar requerida, transparece na peça inaugural e documentos que a instruem, a relevância dos motivos que assenta a pretensão e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito alegado, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. É que o fundamento do pedido se assenta na regra constitucional inserta no art. 199, parág. 4.º, que veda todo tipo de comercialização com o processamento e transfusão de sangue e seus derivados. De outro, impossível não imaginar que, deixando o HEMOAM de fornecer ao hospital da impetrante o sangue e seus derivados, os prejuízos sejam irreversíveis, tanto que o que está ameaçado pelo ato impugnado, na verdade, não é o simples interesse de uma relação obrigacional entre as partes, mas a saúde e a própria vida de seres humanos que, eventualmente, venham a necessitar de sangue ou de seus derivados.

(...)

Face ao exposto, CONCEDO A LIMINAR requerida para o fim de: a) determinar à autoridade impetrada que se abstenha de suspender o fornecimento de sangue e seus derivados à impetrante; b) determinar, ainda, que se abstenha a referida autoridade de exigir da impetrante o cumprimento de obrigações relacionadas à cobrança de fornecimento e/ou prestação de serviços hemoterápicos em geral até o pronunciamento definitivo deste mandado de segurança, expedindo-se a competente notificação

(...)

Intime-se.

Manaus (AM), 08 de setembro de 1.999

(a) João Mauro Bessa  
Juiz de Direito"

**Prima facie**, constata-se que o deferimento da medida liminar viola flagrantemente preceitos legais vigentes, seja em virtude

de o Juiz conceder, liminarmente, mais do que foi pedido – julgamento *extra petita* -, vez que a Impetrante postulou somente a não suspensão do fornecimento de sangue, e o douto magistrado, além disso, concedeu-lhe, também, a suspensão de qualquer procedimento de cobrança. Demais disto, é manifesta a impossibilidade de se deferir medida liminar de natureza satisfativa do pedido formulado na ação.

O Estado do Amazonas, em vista dos vícios que maculam a respeitável decisão liminar, e em face da necessidade de proteger a ordem jurídica e administrativa, a saúde e a economia públicas, vem perante Vossa Excelência requerer suspensão da medida sob reproche, o que faz com base nos argumentos jurídicos a seguir articulados.

## II. DO DIREITO

### 2.1 DA LEGITIMIDADE DO ESTADO

O Estado do Amazonas possui legitimidade e interesse processual para formular o presente pedido de suspensão, na medida em que a liminar deferida prejudica seriamente a política e os programas de saúde pública desenvolvidos através da FUNDAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DO AMAZONAS – HEMOAM, entidade criada por autorização da Lei Estadual n.º. 1987, de 09 de outubro de 1.990, sendo mantida com recursos do Tesouro Estadual.

As fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, como sabido, têm natureza jurídica de autarquia, constituindo-se em um instrumento de descentralização das atividades da Administração.

Acerca da natureza jurídica das fundações criadas e mantidas pelo Estado, oportuna é a análise dos seguintes excertos jurisprudenciais:

**EMENTA:** “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. AÇÃO DE DESPEJO AJUIZADA POR PARTICULAR CONTRA A FUNDAÇÃO IBGE. AS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO SÃO CONSIDERADAS COMO DE NATUREZA AUTARQUICA, SENDO COMPETENTE, POIS, A JUSTIÇA FEDERAL PARA O JULGAMENTO DAS CAUSAS EM QUE FOR PARTE FUNDAÇÃO CRIADA PELA UNIÃO.”

[PROCESSO: CC 0000213 UF:DF ANO:89 RIP:00007416  
CONFLITO DE COMPETÊNCIA

ORIGEM: TRIBUNAL:STJ ACÓRDÃO

JULGADOR: SEGUNDA SEÇÃO/DECISÃO:28-06-1989

FONTE: DJ DATA: 21/08/1989 PG:13326

RELATOR: MINISTRO ATHOS CARNEIRO  
DECISÃO: POR UNANIMIDADE, CONHECER DO CONFLITO E  
DECLARAR COMPETENTE O SUSCITANTE, JUÍZO FEDERAL  
DA 4ª. VARA-DF.]

**EMENTA:** "COMPETÊNCIA. FUNDAÇÃO ROQUETE PINTO.  
AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. I - É DA COMPETÊNCIA  
DA JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR AÇÃO  
ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA POR PARTICULAR  
CONTRA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO  
FEDERAL. COM EFEITO, REFERIDA FUNDAÇÃO É  
CONSIDERADA COMO DE NATUREZA AUTÁRQUICA.  
PRECEDENTE. II - CONFLITO DE QUE SE CONHECE, A FIM  
DE DECLARAR-SE A COMPETÊNCIA DO MM. JUÍZO FEDERAL  
SUSCITANTE."

[PROCESSO: CC 0017375 UF:RJ ANO:96 RIP:00031787  
CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

ORIGEM: TRIBUNAL:STJ ACÓRDÃO

JULGADOR: PRIMEIRA SEÇÃO/DECISÃO:14-08-1996

FONTE: DJ DATA:02/09/1996 PG:31019

RELATOR: MIN. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, CONHECER DO CONFLITO E  
DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO FEDERAL DA 18. VARA  
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,  
SUSCITANTE.]

**EMENTA:** "COMPETÊNCIA. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE  
DE BRASÍLIA-FUB. EXECUÇÃO FISCAL. I - É DA  
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E  
JULGAR EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA POR  
ENTIDADE PÚBLICA CONTRA FUNDAÇÃO LOCAL  
INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO FEDERAL. COM  
EFEITO, REFERIDA FUNDAÇÃO É EQUIPARADA A  
AUTARQUIA FEDERAL, PARA OS EFEITOS DO ART. 109,  
I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PRECEDENTES. II - CONFLITO  
DE QUE SE CONHECE, A FIM DE DECLARAR-SE A  
COMPETÊNCIA DO MM. JUÍZO FEDERAL SUSCITANTE."

[PROCESSO: CC 0018084 UF:DF ANO:96 RIP:00051475  
CONFLITO DE COMPETÊNCIA

ORIGEM: TRIBUNAL:STJ ACÓRDÃO

JULGADOR: PRIMEIRA SEÇÃO/DECISÃO:27-11-1996

FONTE: DJ DATA:09/12/1996 PG:49199

RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO  
DECISÃO: POR UNANIMIDADE, CONHECER DO CONFLITO E  
DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO FEDERAL DA 11ª. VARA  
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL,  
SUSCITANTE.]

Demonstrado, pois, que o HEMOAM é uma fundação criada e mantida pelo Estado do Amazonas, com o fito de prestar serviços médicos especializados à população. Donde se evidencia o incontestado interesse do Estado de ver suspensa a medida liminar sob reproche, à vista dos graves danos que está a causar ao erário e à política de saúde pública .

## 2.2 DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DA DECISÃO

Dispõe a Lei n. 4.348, de 26 de Junho de 1964, que fundamenta o presente pedido, *expressis verbis*:

*“Art. 4.º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (Vetado) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato” (grifou-se).*

O dispositivo transcrito condiciona, de forma clara, o cabimento do pedido de suspensão ao atendimento de pressupostos, dentre os quais: **a defesa da ordem jurídica, da economia e da saúde públicas.**

No caso em exame, é patente que a medida liminar combatida contraria a ORDEM JURÍDICA em vigor, posto que foi, **data venia**, deferida sem observância dos ditames legais.

Ademais, *primu ictu oculi*, observa-se que essa respeitável decisão liminar causa sérios transtornos à saúde pública e à economia estadual, em face do que urge a necessidade de sua imediata revogação, por ato dessa DD. Presidência.

## 2.3 DA OFENSA À ORDEM JURÍDICA

### 2.3.1 DA ILEGITIMIDADE ATIVA

A Impetrante ajuizou o *mandamus* visando obter ordem judicial que determine à Fundação HEMOAM fornecer produtos hemoterápicos aos pacientes por ela assistidos.

Entretanto, culto Magistrado, a Impetrante, entidade de direito privado, não possui *legitimatío ad causam* para vir a juízo, em nome próprio, defender direito alheio. De fato, se direito houvesse a defender, no caso, este seria direito subjetivo próprio das pessoas interessadas nos serviços hemoterápicos, jamais da Impetrante, a qual não se enquadra em nenhuma das figuras processuais que pudessem autorizá-la a representar as pessoas destinatárias de sua ação “assistencialista”, incidindo, na hipótese, as disposições imperativas dos arts. 3.º e 6.º do CPC.

Logo, ao postular em Juízo direito do qual nem mesmo indiretamente é titular, a Impetrante deu azo à extinção do processo sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC, tendo em vista a inexistência de uma das condições da ação, qual seja: a legitimidade *ad causam*.

Acerca dessa condição inafastável, é a oportuna a análise do seguinte entendimento doutrinário:

*“Refere-se às partes, sendo denominadas, também, legitimação para agir ou, na expressão latina, legitimatío ad causam. A legitimidade, no dizer de Alfredo Buzaid, conforme já referido (Cap. 1,8), é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto. A cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Em regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo. Cada um deve propor as ações relativas a seus direitos.*

(...)

*No Código de Processo Civil, a legitimidade como condição da ação é expressamente exigida no art. 3º: “Para propor ou contestar a ação é necessário Ter interesse e legitimidade”, e ainda no art. 6º “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei”. (Curso de Direito Processual Civil, Vicente Greco Filho, ed. 12ª, pp. 77/78)*

Apesar de evidente a ausência do sobredito requisito de constituição válida e regular da ação, o MM. Juiz monocrático não apenas recebeu e conheceu da ação, como, ainda, deferiu a medida liminar requerida, violando o texto legal que determina que o processo, nessas circunstâncias, deve ser extinto sem o julgamento do mérito,

devendo o vício ser conhecido *ex officio* pelo julgador, por se tratar de matéria de ordem pública.

Assim, incluído Desembargador-Presidente, o deferimento da medida liminar contrariou a ordem jurídica estabelecida, na medida em que a ação mandamental sequer apresenta as condições que ensejem o conhecimento da causa.

### 2.3.2 DA DECISÃO EXTRA PETITA

Neste ponto, bem se percebe a nulidade da liminar atacada, na medida em que o duto magistrado do feito concedeu mais que foi pedido. Com efeito, o art. 128 do CPC é expresso ao determinar para o magistrado o dever de decidir a lide nos limites em que foi proposta. Assim, não lhe é dado exceder esses limites nem ficar aquém deles, omitindo-se.

Ocorre que no presente caso o magistrado concedeu mais que postulado. De fato, a Impetrante postulou, tão-só, a manutenção do fornecimento de hemoderivados. Veja-se:

#### “DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

*Ex positis*, em razão dos fatos acima expostos, comprovado de plano o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requer à Vossa Excelência, o seguinte:

A) – Que seja concedida a medida liminar, *inaudita altera pars* (sic), determinando ao Diretor presidente do HEMOAM que mantenha o fornecimento de sangue e seus hemoderivados à impetrante e seus pacientes, abstendo-se de suspender o referido fornecimento a partir de 09.09.99, sem prejuízo das medidas legais cabíveis.

B) – Seja notificada a autoridade coatora, de todo o teor desta petição, entregando-lhe a Segunda via dela, para no prazo legal, preste as informações que julgar necessárias.

C) – Que seja ouvido o ilustre Representante do Ministério Público, para ao final ser concedido em definitivo a segurança impetrada, confirmando-se a medida liminar, posto que o ato impetrado ferem (sic) a Constituição Federal nos arts. 5º, XIII, 170 e 199, §4º.

Para os efeitos legais, dá-se à causa o valor de R\$1.000,00 (mil reais).

Manaus, 27 de agosto de 1999”

Contudo, a despeito do encimado pedido, o Juiz do feito, além do requerido, deferiu - extrapolando os limites delineados no

pedido, com erro clamoroso e ilegalidade manifesta -, que a impetrada se abstinhasse de efetuar qualquer cobrança pelo fornecimento ou prestação de serviços hemoterápicos à Impetrante. Confira-se:

“Face ao exposto, **CONCEDO A LIMINAR** requerida para o fim de: a) determinar à autoridade impetrada que se abstenha de suspender o fornecimento de sangue e seus derivados à impetrante; b) **determinar, ainda, que se abstenha a referida autoridade de exigir da impetrante o cumprimento de obrigações relacionadas à cobrança de fornecimento e/ou prestação de serviços hemoterápicos em geral até o pronunciamento definitivo deste mandado de segurança**, expedindo-se a competente notificação (...)

Intime-se.

Manaus (AM), 08 de setembro de 1.999

(a) João Mauro Bessa

Juiz de Direito”

Culto Julgador, ao deferir mais que o vindicado, o Juiz do processado incidiu em frontal ofensa ao comando normativo emergente do art.128 de nosso caderno processual:

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

No mesmo laço, cabe mencionar o art.460/CPC: *“é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado.”*

Os retrotranscritos dispositivos legais, apenas explicitam solidificados entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, segundo os quais, o pedido é o elemento delimitador do litígio: **na forma em que é declinado o pedido em juízo é que o julgador prestará a tutela jurisdicional.**

Ora, se o juiz do feito, extrapolou o linder declinados no pedido, torna-se necessária a reparação deste *error*, anulando-se o multicitado ato jurisdicional.

### 2.3.3 DA SATISFATIVIDADE DA LIMINAR

Por outro lado, constata-se que a r. decisão atacada tem cunho desenganadamente **satisfativo**, pois esgotou totalmente o



objeto da segurança pretendia pela Impetrante, a qual objetiva justamente a manutenção gratuita de serviços hemoterápicos a seus clientes particulares.

Como claramente se observa, a liminar determinou à Fundação HEMOAM que forneça gratuitamente produtos hemoterápicos aos pacientes particulares da Impetrante, sem que para tanto o citado órgão público esteja legalmente obrigado, porquanto nenhuma lei determina a prestar, de graça, tais serviços, muito menos a estabelecimentos privados que cobram por seus serviços, não credenciados pelo SUS, como é o caso da Impetrante.

Resta também ferido o princípio constitucional da legalidade segundo o qual **"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"** (CF. art. 5.º, II). Demais disso, é público e notório que as pessoas que necessitam de tais tratamentos podem fazê-lo diretamente quanto atendidas pelo serviços públicos de saúde, ou por solicitação de médicos ou hospitais credenciados pelo SUS.

Por conseguinte, a decisão impugnada baseou-se na falsa premissa de que a Autoridade impetrada agiu abusivamente ao recusar-se a fornecer hemoderivados à Impetrante, o que verdadeiramente não ocorreu, tendo em vista que a recusa fulcrou-se no Decreto Federal n.º 1.232, de 30.08.94; no decreto Estadual n.º 18.072, de 12.08.97, na Lei n.º 9.656, de 03.06.98, na Portaria n.º 1.376/93 do Ministério da Saúde, dentre outros documentos e na Medida Provisória n.º 1685-2, de 29 de julho de 1998, que regula os atendimentos médicos, e determina que as entidades hospitalares públicas poderão cobrar pelos serviços prestados a instituições particulares, como sói ser a Impetrante.

Em resumo, o MM. Juiz, ao deferir *inaudita altera parte* **medida liminar que esgota completamente o objeto do mandado de segurança**, descumpriu o preceito normativo estabelecido no art. 2.º da Lei n.º 8.437/92, com maior razão porque o fez sem conceder à Autoridade impetrada, ou Estado do Amazonas a faculdade de exercer o direito à prévia audição e ao necessário contraditório.

Dessa forma, a medida liminar deferida pelo MM. Juízo monocrático, esvaziando o mérito da segurança, perpetrou flagrante ofensa ao preceito normativo estatuído na Lei n.º 8.437/92, *verbis*:

"Art. 1.º (omissis)

(...)

§ 3.º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação".

Não há dúvida, pois, de que a medida liminar em comento apresenta caráter satisfativo, tendo exaurido o mérito do Mandado de Segurança, o que não se compadece com a lei de regência nem 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 § 3.º do art. 1º, da Lei n.º 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.

### **2.3.4 DOS RISCOS DE GRAVE LESÃO À SAÚDE E À ECONOMIA PÚBLICAS**

A medida liminar increpada acarreta sérios riscos à política de saúde pública, na medida em que impõe ao Estado que arque, de forma graciosa, com os ônus do fornecimento de produtos hemoderivados, exames e serviços hemoterápicos à entidade privada que auferir lucros desta operação, os quais podem ser fornecidos e prestados por diversos estabelecimentos, podendo a Impetrante, inclusive, criar seu próprio centro hemoterápico.

De fato, Senhor Desembargador-Presidente, a imposição do MM. Juízo singular põe em risco, de forma inquestionável, o sistema de saúde pública, ao possibilitar que entidades privadas, como é a Impetrante, se utilizem dos serviços do Estado para a auferir lucros, a custa dos escassos recursos dos contribuintes do Erário.

**Para cumprir a determinação judicial cuja suspensão se requer, o Estado terá que priorizar o atendimento das pacientes particulares da Impetrante, em detrimento das milhares de pacientes da rede pública de saúde, pois os recursos e o material necessário para tratamento hemoterápico são limitados, mal dando para atender as pessoas carentes que procuram**

**diretamente a Fundação HEMOAM e os demais hospitais públicos.**

De se destacar, ainda, a existência do Decreto n. 1.232, de 30.08.94, o qual em seu art. 10 determina expressamente que o atendimento de qualquer natureza na área do Sistema Único de Saúde, quando prestado a paciente que seja beneficiário de plano de saúde particular, deverá ter os custos dos serviços prestados por órgão ou entidade integrante da rede pública ressarcidos pela mantenedora do respectivo plano.

E não poderia ser diferente, pois, não é justo que o Poder Público venha a ser obrigado a arcar com o ônus de despesas médico-hospitalares que são obrigação de planos de saúde particulares, sob pena de se caracterizar condenável enriquecimento ilícito às custas das já combalidas receitas públicas.

Bem por isso, cobra relevo relembrar que **no Estado do Amazonas existem 26 (vinte e seis) clínicas particulares e hospitais privados que mantêm contrato com a Fundação HEMOAM com vistas ao ressarcimento dos custos dos serviços hemoterápicos prestados pela referida Fundação, sendo certo que em todo o território estadual a impetrante é a única empresa que nega a ressarcir as despesas dos serviços hemoterápicos que são prestados a seus pacientes particulares.**

É importante gizar ainda que, por ser uma instituição criada e mantida pelo Poder Público Estadual, a Fundação HEMOAM não tem finalidade lucrativa. Necessita, portanto, não só do aporte de recursos públicos, mas também do ressarcimento das despesas com serviços hemoterápicos prestados a pacientes (pagantes) de hospitais e clínicas particulares.

Acresça-se, por oportuno, que a conduta inoportuna da impetrante Clínica SAMEL – ao acumular um passivo da ordem de mais de R\$390.000,00 (trezentos e noventa mil reais), consoante se pode verificar do demonstrativo em anexo – põe em risco a economia e as finanças da Fundação HEMOAM na exata medida em que pode influenciar negativamente as demais clínicas particulares a pararem de fazer os ressarcimentos que hoje implicam no aporte de recursos da ordem de R\$1.080.629,23 (um milhão, oitenta mil e seiscentos e vinte nove reais e vinte e três centavos) por ano, vitais ao perfeito funcionamento da instituição.

Demonstrado está, portanto, que a medida liminar increpada acarreta sérios prejuízos também à saúde e à economia públicas do Estado, o que está a exigir a sua suspensão imediata.

### III. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora seja não seja obrigatório, é importante dar mostras de que o ato praticado pela autoridade impetrada é manifestamente legal e em nada ofende o ordenamento jurídico vigente.

Entende, equivocadamente, a impetrante que o ressarcimento dos custos suportados pela Fundação HEMOAM implica em comercialização de sangue e de seus derivados, o que é vedado pelo art. 196, parágrafo 4º da Constituição da República.

*Data venia*, disso não se trata porque os contratos de prestação de serviços prestados pela Fundação HEMOAM visam apenas e tão somente à cobertura dos custos envolvidos no processamento do sangue e de seus hemoderivados, e não em comercialização de mercadoria, muito menos no intuito de auferimento de lucro.

Por fim, não é demais referir que o ressarcimento de despesas com serviços hemoterápicos prestados a hospitais e clínicas particulares, os quais repassam esses custos a seus clientes, constitui elemento de vital importância à economia da Fundação HEMOAM que necessita dessa verba para manter em perfeito funcionamento os serviços que vem prestando com alto grau de qualidade técnica.

### IV. DO PEDIDO

Assim sendo, com supedâneo nos elementos acima joeirados, tem o Estado do Amazonas como certo que concorrem os pressupostos de admissibilidade e de procedência do presente pedido, razão pela qual confia em 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!**

Termos em que  
P. Deferimento.

Manaus, 04 de outubro de 1.999

**ERICK C. L. LIMA**  
Procurador do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DAS  
CÂMARAS REUNIDAS DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO  
ESTADO DO AMAZONAS**

**O ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelos Procuradores do Estado que adiante assinam, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com supedâneo no inciso V, do art. 485, do Código Processual Civil, propor

**AÇÃO RESCISÓRIA**

contra: **01. IATE CLUBE DE MANAUS**, associação recreativa, inscrita no C.G.C. sob o n.º 04974226/0001-44, com sede no Igarapé do Tarumã, Município de Manaus; **02. ADILSON DE ANDRADE**, brasileiro, solteiro, comerciante, residente e domiciliado no Condomínio Ouro Verde, Bloco 16-A, Apt.º 30, Estrada dos Franceses; **03. FERNANDA EUGÊNIA DE ARAÚJO LOUREIRO DA SILVA**, brasileira, casada, empresária, residente e domiciliada na Av. 7 de Setembro, 1325, Apt.º 501; **04. MARIA IVANEIDE MARTINS DA SILVA**, brasileira, casada, comerciante, residente e domiciliada na Rua Marciano Armound, 1570, Adrianópolis e **05. CLEONICE PESSOA CAMPOS**, brasileira, casada, enfermeira, residente e domiciliada na Av. Castelo Branco, 378, Cachoeirinha, todos qualificados nos autos do Processo n.º 29400803-9, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

**1 - DOS FATOS**

O Suplicante promoveu ação cognitiva de rito ordinário perante a 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Manaus, objetivando a declaração da nulidade de títulos definitivos de propriedade de 05 lotes de terras e cancelamento de matrículas (Processo n.º 0129107201-0) contra os ora Suplicados, porque estes foram beneficiados com a aquisição desses lotes em processo inválido de alienação, por parcelamento, da faixa de terras devolutas estaduais, denominada algures “TABATINGA”, situada em zona de expansão urbana do Município de Manaus (região do Tarumã).

Segundo demonstrado na referida causa, os títulos definitivos de propriedade dos lotes são nulos porquanto o loteamento e venda das terras devolutas de que se trata - procedido pelo extinto Instituto de Desenvolvimento dos Recursos Naturais e Proteção

Ambiental do Amazonas/IMA/AM - foi concretizado sem obediência aos requisitos essenciais pertinentes previstos na Lei.

Nesse sentido, de conformidade com as conclusões da Comissão Especial anteriormente instituída no âmbito do Ministério Público Estadual para apurar a legalidade das alienações, o Estado/ Suplicante alegou a nulidade do processo de alienação e dos títulos de venda pela ausência de: 1. Previsão ou autorização legal; 2. avaliação prévia; 3. licitação e 4. observância à disciplina normativa do parcelamento do solo para fins urbanos.

Assim porque realmente o loteamento da faixa de terras devolutas foi concretizado independentemente de previsão/ autorização legal, sem prévia discriminação e registro da gleba loteada bem como elaboração de projeto de urbanificação, isso a preços irrisórios, mediante a expedição de títulos definitivos de propriedade de lotes urbanos, a pessoas certas (os Réus), que os requereram, para fins de edificação, sem se submeterem a procedimento licitatório.

Contudo, nada obstante à flagrante nulidade dos increpados atos negociais administrativos, a sentença proferida em primeira instância (fls. 317/326 dos autos) rejeitou os argumentos do Estado/ Requerente, acolhendo a tese defendida pelos Suplicados, de validade das alienações, ao argumento de que os lotes são rurais, conforme a dicção do art. 32, parágrafo 1.º, do CTN, situação em que, segundo a decisão, infirmaria toda e qualquer nulidade.

Inconformado com o insólito improvimento, o Estado do Amazonas dirigiu recurso de apelação ao E. Tribunal de Justiça, insistindo que o loteamento foi realizado, para fins urbanos, em terras devolutas situadas em zona de expansão urbana do Município de Manaus, sem obediência às prescrições da Lei n. 6.766/79 bem assim aos princípios licitatório, da avaliação prévia e da legalidade (fls. 303/ 333).

No entanto, esse Colendo Tribunal de Justiça, por sua Primeira Câmara Cível (Relator Desembargador Neuzimar Pinheiro), desproveu o recurso, confirmando, em todos os seus termos, a r. sentença então apelada, por intermédio do Acórdão cuja rescisão ora é pretendida (cf. 373/376 dos autos).

Após o julgamento da apelação, o Suplicante interpôs recursos especial e extraordinário, os quais não foram conhecidos pelo STJ e STF, respectivamente, razão pela qual veio o Acórdão ora rescindendo a transitar em julgado em 08 de maio de 1998, consoante certidão anexa.

## **2 - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS: CPC, ART. 485, INCISO V**

O Suplicante pretende a rescisão do v. Acórdão proferido em grau de apelação pela Colenda 1ª Câmara Cível desse E. Tribunal de Justiça, no processo n.º 29400803-9, que manteve “em todos os seus termos e, por seus jurídicos fundamentos” (cf. voto condutor de fls. 376 – doc. anexo) a sentença, proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, que decretou a improcedência do pedido do Autor.

Isso, com escora no permissivo do art. 485, inciso V, do Diploma Processual Civil, pois a decisão rescindenda violou irrefragavelmente literais disposições dos a seguir enfocados comandos normativos, causando intolerável lesão à ordem jurídica e ao patrimônio público estadual.

### **2.1 DA VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

Primeiramente, bem se vê a violação ao art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

É que o v. Aresto rescindendo, ao firmar a validade da discutida alienação empreendida pelo extinto IMA sem licitação, negou vigência ao princípio agasalhado no dispositivo constitucional em epígrafe (que é norma auto-aplicável, de eficácia contida), cujo preceito impõe a realização do certame licitatório para toda e qualquer alienação de bens públicos, ressalvados unicamente os casos especificados na legislação.

A respeito, tenha-se que a hipótese vertente – de loteamento de terras devolutas situadas na zona de expansão urbana do município de Manaus –, não está contemplada em permissivo infraconstitucional que, à época, dispensasse ou tornasse inexigível a licitação, tornando legítima a escolha arbitrária dos beneficiários da alienação empreendida.

Com efeito, nesse sentido tem-se que o Decreto-lei n.º 2.300/86, bem assim a legislação agrária (Estatuto da Terra) e a Lei Estadual n.º 1.427/80, cuja aplicação no caso concreto foi ventilada pelos Réus no processo originário, só dispensam o processo licitatório em se tratando da alienação de imóveis públicos quando presente o interesse social, relacionado à regularização das possessões em terras devolutas, à execução de projetos públicos de colonização e assentamento rurais e habitação popular em zonas urbanas. Situação essa que não se verifica na hipótese apreciada pelo Acórdão Rescindendo, em que pessoas certas, dentre as quais uma pessoa

jurídica, simplesmente requereram a compra dos lotes para fins de edificação, consoante consta dos autos.

Além disso, observa-se que o Acórdão Rescindendo incorreu no mesmo erro da sentença apelada, ao olvidar esse comando constitucional, declarando simplesmente que o Decreto-lei n.º 2.300/86 (*que regulamentava, à época, o enfocado preceptivo da Carta Política, exigindo a concorrência, como modalidade de licitação aplicável*) não se aplicaria à hipótese vertente. Assim porquanto é impertinente discutir a aplicação do Decreto-lei n.º 2.300/86 no caso concreto, quando se examina a obrigatoriedade da licitação, pois essa decorre da literalidade do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

Ora, não se pode negligenciar que a exigência constitucional da licitação tem objetivos essenciais no ordenamento, devendo ser concebida, conforme preleciona **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, como "*(...) princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público*".

Justo porque tais objetivos consistem na: "*proteção aos interesses públicos e recursos governamentais - ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) - pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 82, V, da Carta Magna brasileira.*" (**BANDEIRA DE MELO, CELSO ANTÔNIO**. *In* Curso de Direito Administrativo, 11ª edição).

Sendo assim, o Estado Suplicante não se pode conformar com a pretensão que vingou pelos termos do Acórdão Rescindendo, no sentido da legalidade da escolha arbitrária dos beneficiários da alienação dos lotes de terras públicas situadas em zona valorizada de expansão urbana de Manaus, porque isso importa em renegar ao olvido a moralidade e isonomia administrativas, enquanto valores inerentes à regra efetivamente violada, do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

## **2.2 DA VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DO ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

Outrossim, a decisão rescindenda infringiu a literal disposição do art. 37, *caput*, da Constituição da República pois, igualmente, cancelou a validade da alienação guerreada, nada



obstante a ausência de previsão legal a permitir que a Administração Estadual, através da extinta autarquia estadual, o Instituto de Desenvolvimento dos Recursos Naturais e Proteção Ambiental do Estado do Amazonas – IMA, efetivasse os impugnados atos de disposição patrimonial-imobiliária.

O encimado preceito constitucional determina que todo e qualquer ato administrativo seja pautado na lei. Estatui, assim, o princípio da legalidade no regime jurídico administrativo, como autêntico corolário do Estado de Direito.

O princípio da legalidade, consoante a síntese lapidar de **HELLY LOPES MEIRELES**, significa que *“na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”*. (in *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 82, 22ª edição).

Em idêntico prumo, preleciona **DIÓGENES GASPARINI** que: *“o princípio da legalidade, resumido na proposição suporta a lei que fizeste, significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação”*.

Sucedo que, no caso vertente, a despeito da constatação da inexistência de previsão insita na legislação estadual para que a extinta autarquia IMA loteasse terras devolutas, em zona de expansão urbana no município de Manaus, o Acórdão Rescindendo assentou a validade dos guerreados títulos definitivos.

Deveras, quadra acentuar que o extinto IMA só estava autorizado, à época, com arrimo na Lei Estadual n.º 1.427/80, a alienar terras devolutas estaduais, mediante expedição de títulos definitivos de propriedade, em situação diversa, relativa aos processos de regularização fundiária (*lato sensu*), a qual pressupunha possessão aliada aos requisitos da cultura efetiva e moradia permanente, incoerentes no caso concreto.

Razão pela qual, cuidando-se de ato administrativo negocial efetivado sem supedâneo legal, há firmada a violação ao disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

### **2.3 DA VIOLAÇÃO AO PRECEITUADO NO ART. 15, INCISO I, C. ART. 85 DO DECRETO-LEI 2.300/86**

Aliás, de semelhante modo, o Acórdão Rescindendo também violou o preceituado no art. 15, inciso I, combinado com o art. 85, do Decreto-Lei n.º 2.300/86.

É que a sobredita norma impõe, além da previsão legal, o requisito da autorização legislativa específica para cada ato negocial de alienação imobiliária realizado pela Administração Pública Estadual. Exigência essa também afastada no caso concreto pelos termos da decisão ora hostilizada.

Frise-se que essa norma do DL n.º 2.300/86 era de observância obrigatória no caso concreto porque foi recepcionada pela Constituição de 1988 como norma geral sobre contrato administrativo, aplicável à administração direta e autárquica dos Estados-membros, consoante preconizado pelo art. 22, inciso XXVII, da Carta Política.

Portanto, a não ser com autêntica negativa de vigência ao art. 15, inciso I, combinado com o art. 85, do DL 2.300/86, pôde o Acórdão Rescindendo sustentar a legalidade da expedição dos combatidos títulos definitivos de propriedade independentemente de autorização legislativa.

### **2.4 DA VIOLAÇÃO À LITERALIDADE DO DISPOSTO NO ART. 32, PARÁGRAFO 1.º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, NO ART. 4.º, INCISO I, DO ESTATUTO DA TERRA E NO ART. 3.º DA LEI N.º 6.766/79 (LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO)**

Doutro modo, bem de se ver que o Aresto Rescindendo, ao qualificar juridicamente os lotes alienados como imóveis rurais, violou a literalidade do disposto no art. 32, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional, no art. 4º, inciso I, do Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64), bem assim no art. 3º, da lei n.º 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano).

Dessa maneira porquanto a decisão hostilizada, a fim de demonstrar que os lotes alienados não são urbanos, arrimou-se exclusivamente na norma constante do art. 32, parágrafo 1º, do CTN.

Ocorre que, assim fazendo, o *decisum* violou literal disposição dessa norma tributária, haja vista que o seu preceito disciplina situação diversa e inconfundível com a situação sob exame. Cuida-se de norma inaplicável à hipótese em tela.

Deveras, esse preceptivo, segundo expressamente enuncia, tem alcance restrito às relações de Direito Tributário, aplicando-se

tão somente à definição de imóveis urbanos, **exclusivamente para fins de tributação da propriedade territorial e predial urbana.**

Aliás, justamente por isso conclui o nunca assaz citado **HELLY LOPES MEIRELES:**

“A delimitação da zona urbana ou perímetro urbano deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos como para efeitos tributários. No primeiro caso, a competência é privativa e irretirável do Município, cabendo à lei urbanística estabelecer os requisitos que darão à área condição urbana ou urbanizável, e, atendidos esses requisitos, a lei especial delimitará o perímetro urbano, as áreas de expansão urbana e os núcleos em urbanização.” (*in* Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, p. 401).

Ora, no caso concreto, não se discute a tributação do solo, mas sim a sua divisão e destinação (urbanística ou agrária).

A propósito, denota-se que a definição de imóvel urbano e rural, para fins de uso e parcelamento do solo, enquanto matéria objeto do Direito Urbanístico e do Direito Agrário, não tem como fonte formal primária o Código Tributário Nacional, mas sim, o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64) bem assim a Lei Federal n.º 6.766/79, esta última complementada pela legislação municipal urbanística.

Deveras, conceituando imóvel urbano, para fins de uso e parcelamento do solo, rege o art. 3.º, da Lei Federal n.º 6.766/79, combinado com o art. 4.º, inciso I, do Estatuto da Terra.

Segundo a referida norma do Estatuto da Terra, o imóvel rural é todo prédio rústico, de área contínua, que se destine à 1. exploração agrícola, 2. pecuária ou 3. agro-industrial; autorizando o interprete a classificar como urbano, por exclusão residual, os imóveis destinados a qualquer outro uso.

Acresce o art. 3.º da Lei n.º 6.766/79, estabelecendo que o parcelamento do solo para fins urbanos só pode ser efetivado em zona urbana e de expansão urbana, cuja definição compete à legislação municipal urbanística, observada em qualquer caso a disciplina traçada por aquele diploma normativo.

Nesse sentido, é o excelente artigo de **JAQUELINE MARA LORENZETTI MARTINELLI**, *in* RT 751/80:

“Os conceitos de solo urbano e solo rural (usados na Lei do Parcelamento do Solo Urbano como sinônimos de imóvel urbano e imóvel rural) não se confundem com os de zona urbana e zona rural. Enquanto os dois primeiros referem-

se à destinação de uso dada ao solo (ao imóvel), os dois últimos dizem respeito à localização do imóvel (do solo), independentemente da finalidade com que é utilizado.(...) Assim, um imóvel rural (ou solo rural), como tal definido pelo Estatuto da Terra, pode estar localizado na zona urbana, na zona de expansão urbana ou, ainda, como é mais próprio, na zona rural. Isto porque, para a caracterização de um imóvel rural importa verificar o seu uso, a destinação que lhe é dada.

Por exclusão, podemos conceituar imóvel urbano (ou solo urbano) como sendo os imóveis não enquadrados nas características do Estatuto da Terra, ou seja, aqueles não destinados à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, independentemente de sua localização (se na zona urbana ou na rural). Ou seja, será sempre a finalidade do uso do imóvel que o definirá como rural ou urbano.”

Sendo assim, percebe-se *in casu* a violação ao literal preceito dessas normas, por ter o Acórdão Rescindendo deixado de aplicá-las na hipótese dos autos, qualificando como rurais os lotes objetos desta causa.

Dessa forma porquanto efetivamente empreendeu-se o loteamento de terras devolutas situadas em área de expansão urbana do Município de Manaus (*ex vi* da Lei Orgânica de Manaus e das Leis Municipais n.º 1213 e 1214/75) e - conforme está admitido no próprio Acórdão Rescindendo e de resto estampada nos requerimentos de compra feitos pelos Réus bem assim nos títulos definitivos de propriedade expedidos pelo IMA - **para fins de implantação de sítios de recreio**, destinação essa que caracteriza os lotes como imóveis urbanos.

A respeito, cai como uma luva a lição de **ARNALDO RIZZARDO**:

*“Desde que evidenciada a urbanização, ou seja, a mudança de destino do solo, a Lei 6.766, trate-se de loteamento em zona urbana, suburbana, de expansão urbana, ou intentando o estabelecimento de um núcleo urbano ou sítio de lazer. A lei em menção fala no parcelamento para fins urbanos, circunstância presente nas modalidades especificadas, pois nenhuma delas se enquadra no conceito de imóvel rural, já que inexistente o intuito de exploração*

*extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Embora se cultive a terra, não se objetiva o aproveitamento econômico.(...) Não é demais salientar que mesmo os sítios de recreio sujeitam-se à Lei 6.766, diante do parágrafo único do art. 6º da Lei 5.868, e em face do princípio da destinação, esteja situado em zona rural ou não, eis que de somenos relevância a localização. É também o que se depreende da leitura dos arts. 94, 95 e 96 do Dec. 59.428.” (in Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano, RT, p. 31/32 - grifei).*

De idêntico prumo, é o magistério de **MARCO AURÉLIO S.**

**VIANA:**

*“Ainda que localizados fora do perímetro urbano, o solo poderá ser parcelado com finalidade urbana. Dar-se-á uma alteração de uso do solo. Aquela área que, originariamente, é destinada às atividades agrícolas ou pecuárias, passa a ter uma destinação urbana. Para que a alteração se faça possível é mister prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, do Órgão Metropolitano, se houver, no Município, e a aprovação da Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal (art. 53). Em assim sendo, todo e qualquer parcelamento, desde que tenha um fim urbano, está sujeito à disciplina da Lei n. 6.766/79, devendo obedecer a todas as suas exigências.” (in Comentários à Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano, Saraiva, p. 2 e 3).*

Nesses termos, presente o pressuposto fático de incidência, o Acórdão Rescindendo, ao qualificar imóveis urbanos como rurais, violou a literalidade do art. 32, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional, no art. 4º, inciso I, do Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64), bem assim no art. 3.º, da lei n.º 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano).

## **2.5 DA VIOLAÇÃO A LITERAL COMANDO DO ART. 134, PARÁGRAFO 7.º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS**

Nessa direção, justo por ter considerado *contra legem* os lotes alienados como imóveis rurais, na forma demonstrada acima, o

Acórdão Rescindendo igualmente violou literal comando do art. 134, parágrafo 7º, da Constituição do Estado do Amazonas.

Isso porquanto, nada obstante o referido comando constitucional exigir autorização específica à alienação, a qualquer título, de imóveis urbanos com área superior a quinhentos metros quadrados, o Acórdão rescindendo, ao argumento de que se tratavam imóveis rurais, igualmente julgou válida a alienação efetivada na situação vertente sem audiência do Poder Legislativo.

## **2.6 DA VIOLAÇÃO A LITERALIDADE DO DISPOSTO NOS ARTS. 2.º, 6.º, 9.º, 12 DA LEI N.º 6.766/79**

Outrossim, de igual sentir, a decisão guerreada também violou a literalidade do disposto nos artigos 2.º, 6.º, 9.º e 12 da Lei n.º 6.766/79.

Dessa forma porquanto a prestação jurisdicional ora atacada julgou válida a titulação havida, nada obstante nela se consubstancie caso de divisão do solo para fins urbanos não autorizada e fiscalizada pelo Poder Público Municipal, mediante a necessária aprovação do plano de loteamento.

Deveras, a decisão Rescindenda contém violação literal ao disposto no art. 2.º da lei n.º 6.766/79, que determina a observância de todas as prescrições e solenidades estatuídas nessa lei, às atividades de parcelamento do solo para fins urbanos.

Assim porque, ao considerar os lotes como bens rurais, o aresto ora hostilizado desconsiderou a aplicação dessas normas da Lei n.º 6.766/79 no caso concreto, malferindo assim os seus preceitos cogentes.

Observa-se que o art. 6.º, da Lei n.º 6.766/79 exige, na espécie, que antes mesmo da elaboração do projeto de loteamento, o loteador deverá solicitar à Prefeitura Municipal que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, elementos esses que devem constar de qualquer projeto.

A seu turno, os artigos 9.º e 12 impõem a apresentação do projeto de loteamento à Prefeitura Municipal para aprovação daquela atividade urbanística de parcelamento do solo, imposição essa cuja vigência foi negada pelo Acórdão Rescindendo, ao considerar despidiendas essas formalidades no caso concreto.

No caso dos autos, verificou-se a inexistência mesmo de projeto de loteamento, situação essa admitida pelo Acórdão

Rescindendo e que é bastante à caracterização da violação à literal disposição das normas acima aludidas.

## **2.7 DA VIOLAÇÃO DO PRECEITO DO ART. 167 E 195 DA LEI 6.015/73**

Por fim, denota-se, ainda, a violação ao preceituado nos arts. 167 e 195 da Lei 6.015/73, que agasalham o princípio da continuidade do registro público, no processo de transmissão de propriedade por parcelamento do imóvel.

Referidos preceitos normativos exigem que todo título de transmissão da propriedade tenha como base registro anterior, considerando vedada a alienação de lotes urbanos ou rurais de loteamento sem o prévio registro da gleba loteada.

Ocorre que o Acórdão Rescindendo violou a literalidade desses dispositivos de lei, pois autenticou o loteamento e alienações guerreadas, nada obstante tenham sido expedidos os títulos definitivos de propriedade dos lotes sem que a gleba loteada tivesse previamente discriminada e matriculada sob a titularidade do Estado do Amazonas perante o competente Ofício de Registro Público de Imóveis.

Impende guardar, a respeito, que o fato de a gleba loteada consubstanciar terras devolutas não elide a aplicação cogente dessas normas registrárias nem firma a legalidade da titulação dos lotes, tal como levada a termo no caso concreto, pelo Acórdão Rescindendo, porquanto, nesse caso, o Poder Público estava obrigado a efetivar o prévio processo legal discriminatório de terras devolutas de que trata a Lei n.º 6.383/76, art. 27, a fim de implementar preliminarmente o registro da gleba a ser loteada, para conformá-la ao sistema da Lei de Registros Públicos.

Por isso, é contrária à literalidade dos encimados preceitos da lei registrária, a decisão, estampada no Acórdão Rescindendo, no sentido da legalidade da alienação de terras devolutas procedida, por loteamento, sem prévia discriminação e registro.

Dessarte, exposto os fundamentos jurídicos da presente pretensão, quadra ao Requerente salientar que esta ação rescisória é diretamente em face do v. Acórdão proferido pela Egrégia 1ª Câmara Cível e não contra a r. sentença de primeiro grau.

Isso porquanto, sob rigor técnico-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

sentença “por seus próprios fundamentos” substituiu o julgamento recorrido. Tornou-se decisão substitutiva.

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 entendimento 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. Atahíde 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 Câms. 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 3ª 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).

E, como se não bastasse isso, mesmo que não houvesse no Acórdão Rescindendo o exame explícito do questionamento acerca da matéria de direito violada, 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:

"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, 2ª TASP-Pleno v.u.: Bol. AASP 1.558/255)

### 3. DOS PEDIDOS

Dessarte, demonstrada, à saciedade, a presença do permissivo constante do art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, tem azo a rescisão do Acórdão ora hostilizado, que haverá de ser decretada por estas Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas em homenagem ao Direito e à Justiça.

Assim é que, com a juntada dos documentos em anexo, o Suplicante, desde logo, protesta e requer a produção de todas as provas em direito admitidas, com as quais demonstrará a verdade dos fatos e a procedência dos fundamentos ora articulados, rogando ainda:

1) a citação dos Requeridos, nos endereços acima indicados ou onde for encontrado, para contestar, querendo, os termos da presente ação, de conformidade com o art. 491, do CPC;

2) o registro *ad cautelam* desta ação rescisória, à margem das matrículas n 22395, 22393, 23396, 22394, 22468 e 22470, do Cartório do 3º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Manaus, com espeque no art. 167, n.º 21, da Lei n.º 6.015/73;

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*), mediante novo julgamento do Recurso de Apelação (*judicium rescissorium*) de que tratou o processo n.º 29400803-9, para o fim de decretar o seu provimento e, por conseguinte, a nulidade dos títulos definitivos bem como o cancelamento das respectivas matrículas registrárias, condenando-se os Requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

O Estado/Requerente deixa de efetuar o depósito a que alude o art. 488, inciso II, do Código Processual Civil, por força do disposto no parágrafo único do mesmo artigo de lei.

Por fim, anexando à presente a certidão de trânsito em julgado do Acórdão Rescindendo e atribuindo à causa o valor de R\$ 5.000,00.

Pede e espera deferimento.

Manaus, 30 de julho de 1999.

**RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA**  
Procurador do Estado do Amazonas

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES DO EGRÉGIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS**

**CONTRA-RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO  
INTERPOSTO POR TELECOMUNICAÇÕES DO  
AMAZONAS S/A NOS AUTOS DO PROCESSO N.º  
0121001516-9.**

Cultos Julgadores,

**I - PRELIMINARMENTE  
DA ADMISSIBILIDADE DAS CONTRA-RAZÕES**

Estabelece o art. 508 do Código de Processo Civil o prazo de 15 (quinze) dias para a interposição e oferecimento de contra-razões no recurso de apelação.

A intimação da interposição de recurso, nos autos do Processo n.º 0121001516-9, deu-se em 17.11.99. À luz do art. 184 do CPC, a contagem do prazo para responder iniciou-se em 18.11.99, com termo final em 02.12.99; eis porque tem-se que as contra-razões foram devidamente oferecidos no prazo legal.

A Fazenda Pública encontra-se representada por Procuradora do Estado, nos termos do art. 132 da Constituição da República, dispensando-se *ipso facto* a juntada de mandato.

**II – DO HISTÓRICO DA DEMANDA**

Telecomunicações do Amazonas S/A é devedora do Fisco Estadual pelo não cumprimento de obrigação tributária regularmente constituída que, face restar impaga, ensejou a inscrição do débito em dívida ativa e conseqüente cobrança judicial.

Insurgindo-se contra a exação fiscal, após salvaguardado o crédito tributário com a penhora de dinheiro, por tratar-se de empresa sólida e de liquidez econômico-financeira, a recorrente opôs embargos à execução, rejeitados por sentença.

**III – DAS PRELIMINARES ARGUÍDAS  
1. DA SUPOSTA PRESCRIÇÃO DO DÉBITO FISCAL**

Antes de adentrarmos na aludida prescrição do débito fiscal,

convém fazer digressão sobre os institutos da decadência e prescrição.

Decadência ou caducidade consiste na perda do direito material de o Fisco formalizar, mediante o lançamento, a obrigação tributária. Ultrapassado o prazo assinalado para a prática dessa atividade, é penalizado por sua inércia. Inobstante assentado no art. 156, inciso V, na condição de modalidade extintiva do crédito tributário, mais adequado seria incluí-lo entre as formas de exclusão, haja vista ocupar o exato interregno estabelecido entre o nascimento da obrigação tributária e o lançamento, que sequer chega a ser efetuado. Enquanto não ocorrer a determinação do crédito, este permanece ilíquido e, por conseguinte, inexigível.

A decadência é indispensável à consolidação e estabilidade das relações jurídicas. Atinge diretamente o direito e, por via reflexa, a ação correspondente. Caducando o direito, perde-se o instrumento processual cabível para efetivá-lo, na hipótese do não cumprimento espontâneo pelo devedor.

Parece-nos, então, que a caducidade, por consequência, traz a prescrição. Embora, de início, conclua-se pela confusão desses institutos, é de se ver que extinguem direitos, mas de natureza diversa.

Uma vez adquirido, o direito perdura enquanto não sobrevem causa capaz de eliminá-lo. Com a decadência, o sujeito passivo libera-se do dever de pagar o tributo. Não se encontra mais adstrito ao cumprimento de uma obrigação, a qual vinculou-se por incorrer na situação hipotética prevista em lei como fato gerador.

Ao revés, a prescrição, conquanto mantenha o direito subjetivo, retira de seu titular as ações eficazes à sua proteção. Nenhum prejuízo sofrerá o credor diante do cumprimento espontâneo pelo devedor. Em contrapartida, ocorrendo o inadimplemento, não gozará dos meios cabíveis para exercer a cobrança forçada.

Como se verá, legítima é a exação tributária ora embargada, vez que a atividade administrativa de lançar deu-se enquanto não operada a decadência, e a propositura da execução fiscal incorreu antes do advento da prescrição, ou melhor, 15 (quinze) dias após a inscrição do débito em dívida ativa, eis por que não há que se falar em prescrição do débito fiscal.

Para melhor compreensão, impõe-se observar o disposto no art. 173, do CTN, que estabelece ao Fisco o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário, sob pena de sua omissão, ainda que involuntária, causar o perecimento desse direito pela decadência, senão vejamos:

“Art. 173 – O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

De igual forma é o entendimento da jurisprudência:

“EMENTA:... A decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário opera-se em conformidade com o art. 173, inciso I, do CTN...”(STJ. REsp 33914/RS. Rel.:Min. Geraldo Sobral. 2ª T. Decisão 29.11.93, *RSTJ*, v. 55, p. 212. *DJ DE* 7.02.94, p. 1.161).

De efeito, à luz desse entendimento jurisprudencial e do dispositivo retrotranscrito, observa-se que à Administração Fazendária era legítimo formalizar o crédito tributário até 1º de janeiro de 1997 e 1998, considerando que o ICMS ora exigido teve, respectivamente, mês de apuração, isto é, o tempo da efetiva prestação do serviço tributado, janeiro de 1991 a dezembro de 1992. Em sendo assim, tendo o fato gerador incorrido nos anos de 1991 e 1992, o termo inaugural do prazo de decadência apenas iniciou-se nos exercícios subsequentes – 01.01.1992 e 01.01.1993 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado) - que, acrescidos de 5 (cinco) anos, resultaria em 1997 e 1998.

Releva observar que a apelante confunde os institutos da prescrição e decadência. Quando diz da prescrição do débito fiscal, em verdade, busca em vão demonstrar a decadência, qual seja, a perda da oportunidade de constituir o crédito tributário.

Em se cuidando de auto lavrado em 30.07.96, infere-se que a ação fiscal deu-se ainda dentro de prazo não decaído. Como restou dito, a decadência só iria afluir em 1.º de janeiro de 1997 e 1998, considerando-se o período de incorrência do fato gerador (1991 e 1992).

EDVALDO BRITO, com maestria, sintetiza o entendimento ora esposado, senão vejamos:

“O Código Tributário Nacional disciplina, no seu art. 173, hipóteses excepcionais de termo inicial da contagem desses prazos decadenciais de constituição do direito de crédito

tributário, as quais pertinem com as prerrogativas de interesse público. **ASSIM, SE O LANÇAMENTO JÁ PODERIA TER EFETUADO, PORQUE JÁ OCORRERA O FATO GERADOR, MAS, O SUJEITO ATIVO NÃO O PROCEDEU ATÉ O PRIMEIRO DIA DO ANO SEGUINTE, ENTÃO, É-LHE FACULTADO FAZÊ-LO, DENTRO DO PRAZO, QUE PASSA A TER COMO INÍCIO DE CONTAGEM NÃO O MOMENTO DO NASCIMENTO DO DIREITO, MAS SIM, ESSE PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR (momento do nascimento do direito)”** (destacou-se).<sup>1</sup>

Ante o exposto, incorre em erro a apelante quando diz haver “prescrição do débito fiscal”. Conquanto a ação fiscal tenha investigado os anos de 1990 a 1992, apenas encontrou irregularidades nos anos de 1991/1992, especificamente, 01.01.91 a 31.12.92 que, como visto, apenas restariam decaídos em 01.01.97 e 01.01.98, ou, como dispôs a sentença, em 31.12.96 e 31.12.97.

## **2. DA APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA**

No entender da apelante, conquanto o fato gerador anteceda o efetivo pagamento do serviço prestado pelo tomador, incabível é a incidência de correção monetária para adequar a base de cálculo; inobstante, por ocasião de seu recebimento, tenha promovido a atualização da conta em atraso liquidada.

A base de cálculo espelha a valoração econômica do fato gerador que, uma vez materializado, é tributado. Por constituir a expressão numérica sobre a qual incidirá a alíquota e determinará a quantia a ser paga, requer correspondência ao tempo do efetivo recolhimento. É dizer permite adequar o valor da moeda à conjuntura atual, a fim de preservar o seu mesmo valor original.

Como bem esclarece a apelante, a atualização monetária tão-somente recupera o poder aquisitivo da moeda, perdido pela sua desvalorização. Não representa qualquer sorte de incremento. A respeito, o Código Tributário Nacional, sem embargo da proibição de cobrança de tributo criado ou elevado no mesmo exercício, possibilita a atualização do valor monetário da base de cálculo, senão vejamos:

**“Art. 97 – caput**

**§ 2.º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.”**

Vê-se, então, que a correção monetária não é parcela estranha à composição da base de cálculo, nem constitui majoração. Pelo contrário, é o próprio preço do serviço, agora adequado a uma nova realidade. Nessa mesma linha, a jurisprudência pátria já autoriza a emissão de certidão de dívida ativa que consigne o valor do débito em UFIR, índice de atualização monetária:

**“EXECUÇÃO FISCAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – VALORES EM UFIR – CTN E LEI 8.383/91 – LEGALIDADE”** (Ac. un. da 1ª T. do STJ – REsp 106.161/RS – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j 9.10.97).<sup>2</sup>

A única restrição à sua aplicação, à luz da jurisprudência, reside em coibir sua incidência sobre o valor do tributo acrescido de demais encargos. A atualização deve restringir-se ao valor nominal do tributo:

**EMENTA:**

**“A correção monetária de dívida fiscal só incide sobre o líquido do tributo, excluídos multa e acessórios”** (Tribunal do Distrito Federal, 1ª T. Ap.Cív. 0004295).

De mais a mais, o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 11.773, de 30.01.89, estabelece em seu art. 71, §2º ser a base de cálculo, para fins de cálculo dos imposto sobre serviços de energia elétrica e comunicação, aquela existente quando do pagamento pelo usuário, senão vejamos:

**“Art. 71 – O recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) far-se-á nos seguintes prazos:**

**§ 2.º – Em se tratando de fornecimento de energia elétrica e de serviço de telecomunicação prestado através de terminais telefônicos, os prazos de recolhimento previstos no inciso II, iniciam-se a partir do mês de quitação das respectivas contas, pelo usuário”** (destacou-se).

À vista do artigo *retro*, há concluir que a base de cálculo do ICMS sobre comunicação implica ser o valor do serviço apurado na época de seu pagamento pelo tomador.

Dalí, vê-se ser legítimo o procedimento adotado pela

Fazenda Estadual, já que, no interregno fiscalizado (1991/1992), evidente era a crise inflacionária a reduzir o valor da moeda. Assim, enquanto a Telamazon recuperava o valor do serviço outrora prestado, preservando e garantido o poder aquisitivo da moeda, recolhia ao Estado do Amazonas ICMS calculado sobre o valor histórico das faturas extemporaneamente recebidas, desconsiderada a atualização monetária.

### 3. DA VALIDADE DA SENTENÇA

Vendo-se confusa quanto aos institutos da decadência e prescrição, a apelante prende-se a questões formais para procrastinar a solução definitiva do executivo fiscal.

A matéria, nos embargos à execução, versam substancialmente sobre questões de direito: à uma, prescrição e decadência; à duas, a não consideração da correção monetária na base de cálculo do ICMS sobre serviço de comunicação, e à três: a legitimidade do lançamento praticado por Fiscais Estaduais.

Estabelece, textualmente, o artigo 249, § 1.º, do CPC, que o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte, é o que ficou encarnado no brocardo *PAS DE NULLITATÉ SANS GRIEF*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo ou ainda a nulidade está gizada pelo eventual prejuízo que venha a causar no processo.

*In casu*, não houve efetivo prejuízo à apelante com a juntada de documentos, até porque são de seu prévio conhecimento. Oficiou nos autos do contencioso administrativo. As peças juntadas não se endereçaram a formar o convencimento decisivo do juiz, até porque prescrição/decadência, legitimidade do Auto de Infração e Notificação Fiscal e correção monetária são aferidos no próprio AINF acostado aos autos pela então embargante. Assim sendo, falece fundamento substancial para exacerbar eventual prejuízo ao seu direito de defesa.

Acresça-se, ainda, que os documentos juntados em nada alteraram o resultado da causa. A postura adotada para defender a nulidade da sentença revela-se burocrática, visando apenas o prolongamento do feito. O mérito da prescrição do débito fiscal, ponto central da demanda, é apurado nos termos da legislação tributária. Não bastasse, ao juiz, no exercício de sua função jurisdicional, defere-se a prerrogativa de dispensar métodos preestabelecidos, senão vejamos o entendimento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: <sup>3</sup>

“Seja no processo das pequenas causas ou no comum, está institucionalidade o valor das *máximes de experiência*,



às quais é lícito ao juiz recorrer para justificar sua convicção, **sempre com a preocupação de fazer justiça e evitar que a rigidez de metidos preestabelecidos o conduza a soluções que contrariem a grande premissa... de que o processo é um instrumento sensivelmente ético e não friamente técnico**".

Por não trazerem fatos novos, sequer desconhecidos da apelante, fácil é inferir que, conquanto ainda tenham sobre eles manifestados, nada poderia dizer para abalar seu caráter ético, seja por falsidade ideológica ou material; eis por que, em seu arrazoado, deixou de demonstrar o prejuízo que lhe foi causado.

Nesse sentido, convém trazer à colação entendimento já firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

**"Para que se declare a nulidade, é necessário que a parte alegue oportunamente e demonstre o prejuízo que ela lhe causa"** (RSTJ 106/313) (destacou-se).

#### **4. DO LEVANTAMENTO DA PENHORA SEM O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA A QUO**

Estabelece o art. 587 do Código de Processo Civil ser definitiva a execução, dentre outra hipótese, fundada em título extrajudicial. Por ser definitiva, cabível é o levantamento da penhora sem a exigência de caução.

De efeito, a finalidade da execução é definitiva, isto é, a de satisfazer a obrigação constante de um título. Para tanto, o Judiciário, na forma da legislação aplicável, determina atos que vão garantir o pagamento do credor, desde que o título seja definitivo, ou seja, sentença transitada em julgado ou *título extrajudicial*.

Preceitua o art. 520, V, não ter efeito suspensivo a apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos opostos à execução. Assim é que, suspensa a execução enquanto pendente o julgamento dos embargos, a cobrança retoma seu curso uma vez uma vez prolatada a decisão definitiva.

Observe-se, ainda, ser a execução definitiva em face do recurso interposto voltar-se contra o pronunciamento jurisdicional que julgou improcedentes os embargos, não contra o título extrajudicial. Não é a sentença contra a qual pende recurso que está sendo executada. Pelo contrário, é o título, no caso, a Certidão de Dívida Ativa.

Nesse sentido, é o entendimento já esposado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Processo Civil. Execução Forçada.

**“Na pendência de apelação oposta à sentença que julgará improcedentes os embargos do devedor, pode ter prosseguimento, em caráter definitivo, e não apenas provisório, a execução contra o devedor por título extrajudicial (Cód. Proc. Civil, art. 587)”** (RE n. 95.583/PR, 2ª Turma do STF, unânime, rel. Min. Décio Miranda, RTJ 110/700)”.

“A execução fiscal aparelhada em certidão de dívida ativa é definitiva, mesmo quando pende impugnação à conta que atualizou o valor respectivo. **Não é lícito exigir-se, do Estado exeqüente, caução para levantamento de quantia correspondente à arrematação de bem penhorado em execução em execução fiscal fundada em certidão de dívida ativa** (STJ, 1ª Turma, Resp 71.504-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 2.10.95, negaram provimento, v.u. DJU 13.11.95, p. 38.649, 1ª col., em.)<sup>4</sup>.

**“É definitiva a execução fundada em título extrajudicial, ainda que pendente de julgamento apelação de sentença que repeliu embargos do executado”** (RSTJ 78/303). No mesmo sentido: RSTJ 54/276, 65/434, 79/259, 81/245: SIMP – concl. 51, em RT 482/272) (destacou-se).

Por ser definitiva a execução em tal caso, é possível, na pendência de apelação oposta pelo devedor contra sentença que rejeitou seus embargos, proceder-se à venda antecipada a que alude o art. 41 §1º do Dec. Lei 167/67 (STJ 4ª Turma, Resp 45.967-2 GO, rel. Min. Sálvio Figueiredo, j. 26.4.94, deram provimento v.u., DJU 23.5.94, p. 12.618, 2ª col., em.) E se dispensa a prestação de caução (RT 708/120).<sup>5</sup>

“Por ser a execução fiscal execução fundada em título extrajudicial (qual seja, a certidão de dívida ativa), não há que se falar em provisoriedade da execução, ainda que pendente recurso de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos” (RSTJ 105/179, maioria).

## **5. DA ARGÜDA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**

Com espeque no artigo 587 c/c art. 520, V, ambos do CPC, a execução fundada em título extrajudicial é definitiva. Daí ser

impróprio falar-se em litigância de má-fé, posto não restar caracterizada nenhuma das hipóteses constantes do artigo 16 e ss do CPC.

Ora, é causar estranheza a postura da apelante em querer fazer o pagamento do crédito tributário via fiança bancária. Sabe-se que instituições financeiras cobram taxas pela prestação de garantia fidejussória. É a remuneração pelo empréstimo concedido. Assim, impõe-se concluir que, o levantamento do dinheiro já penhorado e disponível em conta do Juízo, evitou maior custo à empresa, gasto esse inevitável uma vez acionada a fiadora para honrar os termos da fiança bancária.

Outrossim, desnecessário dizer que a retirada dos autos de Agravo de Instrumento da Secretaria do TJ, não impediu a notícia da decisão ao Juiz monocrático.

Ora, diante da publicação do acórdão em Diário Oficial, por que a interessada deixou de peticionar ao Juiz do feito para ciência? A responsabilidade por essa omissão não pode ser transferida à exequente-apelada, até porque cabe especialmente às partes diligenciar nas causas de seu interesse.

Ademais, sabe-se gozar a Fazenda Pública de prazo em dobro para a interposição de recurso, conforme o art. 188, do CPC. Melhor dizendo, se o acórdão foi publicado no Diário Oficial do Estado do dia 27.09.99, que circulou em igual data, a Fazenda Estadual, por força do artigo 188, teria até o dia 27.10.99, para a interposição de recurso. Logo, não é de causar estranheza terem os autos permanecidos em poder da Fazenda estadual até o dia 22.10.99, conforme certidão emitida pela Secretaria da Segunda Câmara Cível.

E aqui vale esclarecer que os autos retornaram ao Tribunal de Justiça sem qualquer recurso, em razão da existência de sentença favorável proferida nos autos de embargos à execução. Com a prolação da sentença, o incidente (substituição de garantia) discutido em Agravo de Instrumento tornou-se irrelevante, proporcionando assim a perda do direito processual na interposição de qualquer recurso.

Em verdade, observa-se a manifesta litigância de má-fé da apelante que insiste em criar incidentes infundados, com o intuito específico de tumultuar o andamento do processo, situação capitulada no art. 17, IV, do CPC que dá ensejo à imputação de responsabilidade por perdas e danos.

A contar da oposição de embargos, a apelante, em momento algum, enfrenta de pronto a questão de mérito. Pelo contrário, além

de confundir prescrição com decadência, limita-se a argüir questões meramente formais que sequer invalidam a exação fiscal.

E mais, a determinação da sentença em converter o depósito de dinheiro em renda não traz prejuízo de qualquer natureza. Ao revés, beneficia quando não se exige o resgate da fiança, sabidamente onerada pelas instituições bancárias que impõem a contraprestação do empréstimo concedido. Em sendo assim, tal fato, por si só, evidencia a flagrante intenção da apelante, repita-se, em criar incidentes manifestamente infundados, visando unicamente procrastinar a prestação jurisdicional.

Ora, até quando aduzem a matéria de mérito, tais como, prescrição de débito fiscal e exclusão de correção monetária da base de cálculo do ICMS, o fazem cientes de que são destituídas de qualquer fundamento legal. De efeito, suas argumentações ofendem texto expresso dos arts. 173 e 97, ambos do Código Tributário Nacional, como adiante se verá.

Ante o exposto, resta caracterizada a litigância de má-fé nos termos do art. 17, II e IV, do CPC; dando ensejo, à luz do art. 18 do CPC, à condenação da apelante em multa. Assim sendo, não há que se falar em litigância de má-fé da Fazenda Estadual com fixação de multa em "50% (cinquenta por cento) do valor da causa e, mais custas judiciais, como pretendeu a parte adversa".

#### IV – DO MÉRITO

Nada obstante argüido em preliminar o levantamento da penhora de dinheiro e o não conhecimento do acórdão que concedeu a substituição da penhora de dinheiro por fiança bancária, a apelante torna a reiterar os mesmos argumentos.

##### 1. DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

Em suas razões recursais, aduz a apelante não conter a Certidão de Dívida Ativa n.º 185/99, objeto da Execução Fiscal – Processo n.º 0121001516-9, os requisitos dispostos no art. 2º § 6.º da Lei n.º 6.830/80.

À luz desse parágrafo, a certidão deve reproduzir o termo, com a indicação do devedor, valor original da dívida, origem, natureza, correção monetária, data, número de inscrição na Dívida Ativa e, por fim, a identificação do processo administrativo ou do auto de infração.

Sem maior esforço, nos autos do executivo fiscal, conclui-se ser a origem da dívida o AINF 50575-7, de natureza tributária, que deu ensejo ao processo administrativo n.º 23169/96-5, cujo principal, reportado à época do levantamento fiscal, implica em R\$ 994.179,23

(Novecentos e Noventa e Quatro Mil, Cento e Setenta e Nove Reais), acrescido de multa e juros, com registro no Livro 55, página 185, dívida tributária inscrita em 02.02.99, enfim, atendendo aos termos da legislação quanto ao ilícito apurado e penalidade aplicável. Ora, a recorrente, sem precisar o vício, requer a nulidade da execução, sem maior argumentos. Sequer ataca a liquidez e certeza do título extrajudicial.

## 2. DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

Reza o art. 12 do CPC que os entes políticos serão representados por seus procuradores que, a teor da jurisprudência, estão dispensados de juntar mandado procuratório, consoante interesse das decisões abaixo:

### “EXECUÇÃO FISCAL – ESTADO - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

“Execução fiscal. Estado. Representação. Desnecessidade do procurador concursado, nomeado e empossado apresentar ato de designação. Processual civil. Recurso. Agravo de instrumento. Juiz não pode negar-lhe seguimento. I- O Estado é representado em Juízo, nas execuções fiscais, pelos seus procuradores, que estão desobrigados de apresentar instrumento de procuração ou ato de designação. II – Recurso especial conhecido e provido” (ac. un. da 2ª T do STJ – Resp 111.921-PR – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 24.04.97 – Recte.: Fazenda Pública do Estado do Paraná; Recdos.: Procopoense Agro Industrial Ltda. e outro – DJU 1 15.09.97, p. 44.339 – ementa oficial)”.<sup>6</sup>

É de sabença que a habilitação de Procurador de Estado decorre da investidura no cargo, melhor dizendo, com os atos de nomeação. Estes, por serem de natureza administrativa, requerem a publicidade necessária, exigência essa satisfeita com a publicação no Diário Oficial que assegura a indispensável notoriedade.

A respeito, elucidativa é a sentença monocrática, vejamos:

**“A jurisprudência pátria é iterativa no sentido de que os Procuradores não estão obrigados à apresentação de instrumento do mandato ou de ato oficial de designação para atuarem em processo judicial de interesse da Unidade Federativa a que estejam funcionalmente vinculados, pois a sua legitimação, para tanto, é presumida, *ex legis*”.**

### 3. DA COMPETÊNCIA PARA LAVRAR AUTO DE INFRAÇÃO

Sob o argumento de que, perante o Conselho Regional de Contabilidade do Amazonas (CRC/AM), os fiscais do feito encontravam-se em situação irregular – ausência de registro e atraso no pagamento das anuidades, entende faltar-lhes competência para o exercício do cargo à época da lavratura do Auto de Infração e Notificação Fiscal n.º 50575/96-0.

Para a prática de qualquer ato administrativo, a competência é condição primeira de sua validade. Constitui prerrogativa para o desempenho de funções específicas, vale dizer, assegura poder indispensável à satisfação do interesse público. À sua falta, o ato administrativo deixa de produzir efeitos válidos.

Em conformidade com a Lei n.º 2.343, de 19.07.95, editada para dispor sobre o Plano de Cargos e Salários dos servidores da Secretaria de Estado da Fazenda, os fiscais, agentes públicos que são, necessitam, para validamente desempenhar suas funções, apenas da regular investidura do cargo, dispensando inscrição em entidade de classe. Razão pela qual não se aplica a sistemática federal, como pretendeu demonstrar a Embargante-executada ao fazer paralelismo com a legislação local.

Assim é que, na situação entelada, irrelevante é a condição de inadimplente ou não inscrito na categoria profissional respectiva. A qualidade de bacharel, alcançada nos cursos habilitados para o desempenho da função estatal, quais sejam, Direito, Ciências Contábeis, Econômicas ou Administração, implica ser suficiente (Art. 22, § 1.º, da Lei n.º 2.343/95, *in verbis*). Até porque o exercício simultâneo das funções de fiscal e contador são incompatíveis, haja vista a divergência dos interesses tratados (público x privado). Como assegurar a imparcialidade exigida pelo cargo diante do interesse particular de seus contratados? Daí por não desenvolver o mister de contador, seja mediante a realização de lançamentos e elaboração de livros contábeis, bem ainda por desempenhar com exclusividade técnicas de fiscalização no interesse do erário, não se requer do agente fiscal a respectiva inscrição em Conselho Regional.

“Art. 22 – Constituem requisitos de escolaridade para inscrição em concurso público para cargos da Secretaria de Estado da Fazenda:

Omissis

§ 1.º – No caso de concurso público para os cargos de nível superior, será exigida formação em Direito, Ciências Contábeis, Ciências Econômicas ou Administração.”

De mais a mais, permitido o ingresso de pessoa com formação superior em ciências outras que não a contábil, evidente é a dispensa de registro em entidade de classe. *A contrario sensu*, a prevalecer o entendimento da Embargante, o cargo de servidor fazendário tão-só poderia ser preenchido por bacharéis em Ciências Contábeis com registro em órgão profissional, excluindo os bacharéis das outras áreas acima indicadas.

O Conselho Regional de Contabilidade requer a inscrição quando do exercício específico da função de contador. Como restou demonstrado, outros profissionais poderão empregar técnicas de fiscalização no interesse da Administração, desde que previamente aprovados em concurso público e gozem de formação superior em uma das áreas exigidas. Desta feita, incorre em erro quem admite ser típica e privativa a atividade fiscal a contadores.

Além da competência, outros requisitos são essenciais à existência válida do lançamento: finalidade, forma, motivo e objeto. Sem a convergência desses elementos, o ato não se aperfeiçoa validamente. Considerando perfeito o lançamento quanto aos demais aspectos, diante da omissão da interessada a atribuí-los a condição de fatos incontroversos, há concluir ser legítima a ação fiscal.

#### V - DO PEDIDO

Ante o exposto, espera a Fazenda Estadual que esse Egrégio Tribunal, por seus Eminentíssimos Desembargadores, negue provimento à Apelação, para manter a decisão recorrida em todos seus termos, na forma da fundamentação *retro*, como de suma

#### JUSTIÇA!

Nestes termos  
Pede deferimento

Manaus, 1.º de dezembro de 1999.

**ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE DE MENEZES**  
Procuradora do Estado

#### NOTAS:

<sup>1</sup> *Decadência e Prescrição Tributárias: Contagem de Prazo, in Problemas de Processo Judicial Tributário*, São Paulo: Dialética, 1996, p. 87-104.

<sup>2</sup> In Repertório IOB Jurisprudência. Caderno 1 - Direito Tributário, Constitucional e Administrativo, 2ª quinzena de Janeiro de 1998, volume 2, nota 11851.

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 6. edição, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 254.

<sup>4</sup> NEGRÃO, Theotonio, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 29. edição, São Paulo: Saraiva, 1998, nota 2e do artigo 588, p. 489.

<sup>5</sup> NEGRÃO, Theotonio, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 29. edição, São Paulo: Saraiva, 1998, nota 6 ao artigo 587, p. 488.

<sup>6</sup> Repertório IOB de Jurisprudência – 2ª quinzena de novembro de 1997 – n.º 22/97, caderno 1, p. 532.



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA ESPECIALIZADA DO MEIO AMBIENTE E QUESTÕES AGRÁRIAS**

**O INSTITUTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO AMAZONAS – IPAAM**, pessoa *jurídica de direito público*, autarquia estadual criada pela Lei n.º 2.367, de 14 de dezembro de 1995, e instituída pelo Decreto n.º 17.033, de 11 de março de 1996, inscrita no CGC/MF sob o n.º 04.624.888/0001-94, com sede nesta cidade, na Rua Recife, n.º 3.280, Parque 10 de novembro, onde poderá receber as intimações de estilo, neste ato representado por seu Procurador-Chefe abaixo firmado, conforme instrumento de procuração *ut incluso* (Doc. anexo), vem respeitosamente a presença de V. Exa., com fundamento no art. 1.º, inciso I, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 c/c o art. 273 e ss. do Código de Processo Civil, propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA**

contra a **PETROBRAS - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.**, sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Cidade do Rio de Janeiro/RJ, na Av. República do Chile, n.º 65, 2.º andar, pelas razões de fato e de direito a seguir alinhadas:

**I – DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO AUTOR**

O Autor tem sua legitimidade ativa *ad causam* arrimada no art. 5.º, *caput* da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), onde se lê:

*“Art. 5.º. 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: .....”*  
(destacamos)

**II – DA COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA DO MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE MANAUS**

Determina o art. 2.º da Lei da Ação Civil Pública, *verbis*:

*“Art. 2.º - As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa” (destacamos).*

Como o dano ocorreu na cidade de Manaus, competente para conhecer e julgar a ação que se propõe, não resta, dúvida é a Vara Especializada do Meio Ambiente e Questões Agrárias da Comarca de Manaus. Além do mais, é mister ressaltar, a Ré embora integrante da estrutura administrativa indireta da União é uma sociedade de economia mista, não possui foro especial e quando autora, ré, assistente ou oponente deve submeter a jurisdição comum.

### III - DOS FATOS

Dia 6 de agosto do corrente, por volta das 11:00 h, o Autor recebeu denúncia anônima de que estaria ocorrendo vazamento de óleo no Igarapé do Cururu, localizado na margem esquerda do rio Negro, no bairro Vila Felicidade, em Manaus. Imediatamente foi destacada uma equipe técnica para dirigir-se ao local para averiguar a veracidade da denúncia.

Realizada a vistoria foi confeccionado o primeiro Relatório Técnico de Vistoria (Doc. anexo), referente ao período de 6 a 9 de agosto do corrente, onde ficou consignado:

“(…)

#### 3 - DA APRECIÇÃO

Ao nos aproximarmos da margem do igarapé para tomarmos nosso meio de transporte, **já foi possível observarmos manchas de óleo sobrenadante empregnada na vegetação aquática e embarcações.** Conforme nosso deslocamento em direção a montante do igarapé, **estas manchas tornavam-se mais compactas, tendo em áreas mais críticas onde não foi mais possível a visualização da superfície da água, pois esta, encontrava-se completamente tomada por óleo.** Nas proximidades do ponto mais crítico do acidente, **foi possível constatar a passagem de uma tubovia da REMAN,** que transporta óleo BPF para a empresa Manaus Energia. A parte submersa que atravessa o igarapé é de aproximadamente 200 m, suspeitamos que neste trecho possa ter ocorrido o rompimento da mesma, **provocando**

**o dano ambiental, que afetou toda vegetação aquática (flora) e fauna do local.**

**É conveniente ressaltar que é visível manchas de óleo a uma altura de aproximadamente um metro no tronco das árvores aquáticas, o que nos leva a crer que o acidente teve início a muito tempo, pois o local não está sujeito a ações intensas de perturbações físicas (ondas).**

Após averiguação da denúncia, a equipe técnica se dirigiu a REMAN, para informar do ocorrido; **em contato preliminar com os técnicos, estes, desconheciam o acidente**, porém se dispuseram a prestar qualquer esclarecimento e acompanhamento até o local do ocorrido. (.....)

Foi encaminhado a empresa a notificação 629/99 solicitando um prazo de 02 (dois) dias as seguintes informações:

- *Informações gerais sobre a Tubovia REMAN/MANAUS ENERGIA*
- *Causas prováveis referentes ao vazamento.*
- *Características específicas do produto vazado*
- *Procedimento a serem adotados para recolhimento, transporte e destino final do produto e resíduos contaminados*
- *Procedimentos a serem adotados para solucionar o vazamento.*
- *(...)"*

A esse relatório foi anexado um Relatório Fotográfico (Doc. anexo), onde nos é dada uma visão geral do dano causado. A primeira foto nos mostra a borda do Igarapé mostrando a sua superfície tomada pelo óleo sobrenadante. A segunda foto nos mostra o aspecto geral da vegetação da borda comprometida pelo óleo. A terceira foto mostra parte da tubovia que se encontra submersa com problemas de vazamento. A quarta foto nos dá uma visão geral de uma das margens do Igarapé, onde é visível o nível anterior das águas e a marca de óleo, demonstrando que o vazamento não é recente. A quinta foto mostra a extensão do Igarapé do Cururu com sua superfície e vegetação aquática comprometida pelo óleo sobrenadante. A sexta foto mostra as ações de recolhimento de produto e resíduos

contaminados pela equipe de operações da REMAN. A sétima foto nos dá uma visão geral da barreira lançada no Igarapé para a contenção do óleo vazado. A oitava foto mostra o lançamento de barreira de contenção nas proximidades do vazamento de óleo. A nona foto mostra a operação de recolhimento de óleo; A décima e a décima primeira fotos nos mostram os aspectos da vegetação aquática contaminada pelo óleo; A décima segunda foto mostra a barreira contendo o óleo nas proximidades do local do vazamento.

Através de fax (Doc. anexo) a Ré comunica ao IPAAM que:

“(.....) foi constatado um vazamento de óleo combustível, através de um provável furo no oleoduto Reman – Manaus Energia, no trecho de passagem sob o Igarapé do Cururu. Estimamos em 3.000 litros o volume vazado.

Técnicos desse IPAAM já estiveram no local acompanhados de nosso técnico de segurança

De imediato, estaremos colocando barreiras para contenção do óleo, bem como procederemos o recolhimento do óleo vazado.

Também, informamos que, em caráter de urgência, faremos a substituição do trecho sob suspeita de modo a não prejudicarmos o suprimento de óleo para a geração de energia através da Manaus Energia”.

Vale salientar, contudo, que tal vazamento somente foi comunicado após a vistoria dos técnicos do IPAAM. Ao que tudo indica a Ré sequer tinha conhecimento do vazamento, demonstrando que os seus sistemas de controle e monitoramento são totalmente falhos.

Através do NOTIFICAÇÃO N.º 629/99 - GEFM (Doc. anexo) a Ré foi notificada para a tomada das seguintes providências: apresentar relatório sobre o vazamento de óleo no citado Igarapé; informações gerais sobre a tubovia; causas prováveis do vazamento; características específicas do produto vazado; procedimentos a serem adotados para recolhimento, transporte e destino final do produto recolhido e resíduos contaminados; e procedimentos a serem adotados para solucionar o vazamento.

Através do expediente REMAN 000309/99 (Doc. anexo), de 11 de agosto o Sr. Superintendente da Refinaria de Manaus acusa o recebimento da Notificação n.º 626/99, de 09.08.99 nos termos seguintes:

“Informamos que recebemos a Notificação N.º 626/99 de 09.08.99, para qual solicitamos prorrogação de 24 h de

prazo, em virtude da não conclusão do relatório, da comissão interna instituída, para apurar as possíveis causas do vazamento de óleo ocorrido no dia 06.08.99.”

Através do expediente REMAN 00310, de 11.08.99 (Doc. anexo), a Ré encaminha ao IPAAM o Relatório da Comissão interna, que cuida da “*ocorrência de vazamento de óleo no Igarapé do Cururu*”.

O Relatório da REMAN (Doc. anexo) contém as seguintes informações:

“(…)

## **1 - INFORMAÇÕES GERAIS SOBRE O OLEODUTO**

### **1.1 Características**

O oleoduto liga a Refinaria Isaac Sabbá - REMAN à usina Termelétrica de Mauá II e destina-se ao transporte de óleo combustível, possuindo as seguintes características: (...)

## **2 – DESCRIÇÃO DA OCORRÊNCIA**

*Por volta das 14:00 h do dia 06/08/99, a Refinaria foi informada, da existência de óleo combustível sobrenadante no Igarapé do Cururu. <sup>1</sup> Como existe um oleoduto de dez polegadas pertencentes à Petrobras, que abastasse Manaus Energia, suspeitou-se de um eventual vazamento.*

O trecho suspeito, de comprimento estimado em 200 m, está enterrado sob um Igarapé, conhecido como Igarapé do Cururu.

*Foi estimado um volume de óleo combustível, no Igarapé do Cururu, em torno de 3.000 litros. <sup>2</sup>*

## **2.1 – CAUSAS PROVÁVEIS DO VAZAMENTO**

1 – Despejo de resíduo de limpeza de balsas por terceiros. É uma hipótese que está sendo investigada com a ajuda do Centro de Pesquisa da Petrobras – CENPES. Foram coletadas amostras de óleo contido no oleoduto e do óleo sobrenadante do vazamento que serão analisadas por métodos de análise química, de modo a se identificar a natureza dos compostos químicos e se comprovar ou não essa possibilidade.

2 – A movimentação de terras é outra provável causa e esta hipótese é mais consistente quando se verifica o

histórico das inspeções do oleoduto relatado no item 1.3. Para investigar essa possibilidade, estamos com uma equipe de mergulhadores trabalhando em regime de 24 horas, para que através de dados e fatos possamos confirmar ou não essa possibilidade.

Essa movimentação de terras pode ter causado tensões na tubulação originando corrosão localizada e também pode ter danificado o revestimento de proteção do oleoduto.

### 3 – CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DO PRODUTO

O óleo combustível de Baixo Ponto de Fluidez – BPF, é um produto obtido através de mistura de derivados destilados residuais de petróleo e é utilizado para fins industriais na produção de energia em turbinas a gás, em caldeiras e fornos.

É formado por hidrocarbonetos isentos de ácidos inorgânicos e suas propriedades específicas que atendem a portaria N.º 80 da Agência Nacional de Petróleo – ANP de 30/04/1999, são as seguintes:

Ponto de Fulgor, ° C (Mínimo).....	66
Teor de Enxofre, % Peso (Máximo).....	2,5
Viscosidade, Saybolt Furol @ 50° C (Máximo).....	600
Ponto de Fluidez Superior, °C (Máximo).....	24
Água e sedimentos, % Volume (Máximo).....	2,0
{...}”	

Através do expediente REMAN 00311, de 13 de agosto do corrente a Ré encaminhou ao IPAAM Relatório de Inspeção do Oleoduto UTM II e através do expediente REMAN 00314, de 16 de agosto, encaminhou *“as alternativas de suprimento da Manaus Energia via oleoduto, no trecho do Igarapé do Cururu”* (Doc. anexos).

A equipe técnica do IPAAM efetuou novo Relatório de Fiscalização referente aos dias 14 e 15 de agosto, onde foi consignado o seguinte, onde se lê:

“(..)

O trabalho de limpeza da área contaminada está sendo feito pela empresa ETERNAL. No local existem 45 homens, trabalhando continuamente na limpeza do igarapé que consiste na retirada do óleo sobrenadante, vegetação aquática emergente e igapó.

No local existem duas balsas, sendo que uma é destinada para armazenar temporariamente a vegetação contaminada e como apoio na execução do trabalho de limpeza da área, uma outra contém um caminhão pipa da empresa PRESTACIONAL, que executa o processo de sucção do óleo de dentro dos tambores metálicos, o responsável desta empresa, que se encontrava no local, **nos informou que já haviam sido retirados 17 carradas do tanque - pipa, de óleo misturado com água e que a capacidade volumétrica do tanque-pipa é de 8.000 litros.**

**O processo operacional. da retirada do óleo sobrenadante da área contaminada é totalmente rudimentar, feito com pequenas latas, com pessoal não treinado, o que com certeza torna mais prolongado o processo de retirada total do material contaminante.** Segundo informações prestadas pelo sócio gerente da empresa ETERNAL, o óleo retirado está sendo conduzido para a refinaria de Manaus, onde será feito o seu reaproveitamento, o mesmo destino está sendo dado para a vegetação contaminada.

Ainda é possível verificarmos que ao longo das margens do igarapé o óleo encontra-se absorvido pelo solo, vegetação emergente e igapó, que na parte mais crítica do vazamento (passagem da tubovia) existe uma quantidade acentuada de óleo sobrenadante.

*No dia 15 de agosto de 1999, retornamos ao local e constatamos a continuidade dos serviços de limpeza. Na Segunda-feira, 16.08.99, acompanhado de um técnico da procuradoria do meio ambiente voltamos ao local do acidente em virtude da denúncia feita por parte dos moradores locais, que no dia 08.08.99, aproximadamente às 15:00 h, a equipe de pessoal de limpeza da área estava despejando na foz do Igarapé do Cururu, um líquido parecido com óleo diesel que, em contato com a água se tornava esbranquiçado e tendo como consequência imediata decantação do óleo BPF. Averiguando o local do objeto desta denúncia, utilizando-nos de um remo, observamos que quando agitávamos o substrato do leito do rio, emergia-se óleo que se encontra decantado” (destacamos).*

O que mais causa espécie é forma como foi conduzida as ações da Ré para a retirada de óleo do Igarapé do Cururu. O que se viu, o que foi relatado e o que foi divulgado amplamente pela imprensa local, MM. Juiz, foi um desastre. Pessoas trabalhando sem equipamento de proteção e retirando com as mãos o óleo que sobrenadava no Igarapé para colocá-lo nos camburões à margem do Igarapé. A fotografia 8, do segundo Relatório mostra dois operários a serviço da Ré. Sujos de óleo dos pés à cabeça. E que a Ré não venha nos autos alegar que são pescadores.

Na reportagem do Jornal "A Crítica", de 13.08.99, temos uma foto mostrando os trabalhadores retirando o óleo do Igarapé com latas. No mesmo dia esse matutino publicou outra foto, mostrando trabalhadores em situação idêntica (página A - 1) e a manchete do dia 16 de agosto é a seguinte: "**Manaus não tem preparo para encarar acidentes**", onde profissionais locais contestam a forma primária e rústica dos trabalhos desenvolvidos pela Ré.

Ora, Excelência é esse o Plano de Contingência da Ré? Utilização de "latas pregadas a uma vara" para separar o óleo d'água.

O Sr. Superintendente da REMAN concedeu entrevista informando que:

*"Existem várias situações: no caso específico do duto, o igarapé foi prontamente isolado. A partir daí, fizemos todas as medidas necessárias e adequadas para este tipo de acidente. Se houvesse outro, em grandes proporções, teríamos outras formas também corretas para proceder"* (destacamos).

Adiante a reportagem afirma:

"Cerqueira, no entanto, diz que o caminhão a vácuo, utilizado somente na última sexta-feira não foi colocado à disposição mais cedo **porque estava com problemas.**"

Bem, se levarmos ao pé da letra tal entrevista só nos resta pedir ao bondoso Deus que nunca, mais nunca mesmo, permita que ocorra um acidente de grandes proporções envolvendo a Refinaria de Manaus e, sendo inevitável e sendo esta a sua vontade, que o único "caminhão à vácuo" esteja funcionando, senão estaremos todos perdidos.

A própria imprensa cobriu a forma eficiente com que a Ré cuidou de um vazamento recente no Rio de Janeiro e pelo que foi noticiado a nível nacional o óleo não foi retirado d'água com "latas" e



tampouco com as “mãos”. Quais os motivos que levam um mesmo problema a ser tratado de forma tão distinta? No Rio de Janeiro o Plano de Contingência funciona, os equipamentos funcionam, tudo funciona. No Amazonas, não é necessário tanta eficiência. Podemos esperar o concerto do “caminhão à vácuo”. Afinal de contas, para que pressa?

Vale ainda ressaltar que o oleoduto que apresentou vazamento não possuía licença do IPAAM. Em virtude de todos estes fatos o Autor fez expedir dois autos de infração, a seguir discriminados:

a) Auto de Infração n.º 116/99 (GEFM), datado de 18.08.99. Consta deste auto de infração que a Ré “*infringiu o disposto no Art. 42, inciso III, do Decreto Estadual n.º 10.028/87, por causar riscos à saúde, à flora, à fauna e alterações sensíveis ao meio ambiente, em virtude do vazamento de óleo combustível de Baixo Ponto de Fluidez – BPF, no Igarapé do Cururu, situado à margem esquerda do Rio Negro*” (Doc. anexo).

b) Auto de Infração n.º 115/99 (GEFM), datado de 18.08.99. Consta deste auto de infração que a Ré “*infringiu o disposto no Art. 42, inciso III, do Decreto Estadual n.º 10.028/87, por dar início ao funcionamento da fonte de poluição sem a competente licença ambiental, ou seja, por operar um oleoduto de 4,7 km de extensão sem a competente Licença de Operação – LO*” (Doc. anexo).

MM. Juiz, todos os fatos até aqui relatados são públicos e notórios e foram fartamente noticiados pelos matutinos locais, cujos recortes das reportagens seguem em anexo.

#### IV - DO DIREITO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como princípio da ordem econômica a *defesa do meio ambiente* (art. 170, IV, CF) e definiu a natureza difusa do bem ambiental, ao dispor no *caput* do artigo 225:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Comentando o dispositivo constitucional, CELSO FIORILLO e MARCELO RODRIGUES esclarecem que <sup>3</sup>

“ao dizer que todos tem direito a um meio ambiente

*ecologicamente equilibrado, quer se identificar quais seriam os titulares desse direito. Assim recaindo sobre todos essa titularidade, significa que o direito ao meio ambiente é ao mesmo tempo de cada um e de todos, no sentido de que o conceito ultrapassa a esfera do indivíduo e repousa-se sobre a coletividade”.*

Na mesma linha de entendimento, leciona MARQUES SAMPAIO:

*“(…) O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um interesse difuso. Desse modo, sua titularidade é de um número indeterminado de pessoas e, conseqüentemente, de nenhuma delas em caráter exclusivo. Por tal razão não se presta a apropriação por quem que seja. Ninguém dele pode dispor, nem mesmo a própria coletividade, até porque cada um de seus membros nem, individualmente, direito à vida e, por conseguinte, ao meio ambiente saudável”.<sup>4</sup>*

Assim, como se vê, o meio ambiente é, por excelência, um bem difuso, transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas,<sup>5</sup> semelhante ao descrito pelos juriconsultos romanos Gaio e Justiniano, como *res communis omnium*.

A *Lex Fundamentalis* (art. 225, § 1.º, VII) procurado assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbiu o Poder Público, dentre outras ações, de:

*“proteger a fauna e a flora vedadas, na forma da lei, as práticas que colocuem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.*

Comentando esta determinação constitucional Marques Sampaio esclarece:

*“(…), o inciso VII, por estar inserido no rol dos deveres jurídicos a serem desempenhados pelo Estado, torna obrigatória a ação do Poder Público no sentido de impedir que as práticas nocivas a que se refere o preceito sejam levadas a cabo por particulares, de modo que as vedações a serem instituídas por lei tenham efetividade”.<sup>6</sup>*

É oportuno lembrar que a proteção das águas superficiais

encontram amparo na Constituição do Estado do Amazonas, no seu art. 231, inciso IV, *ipsis litteris*:

“Art. 231. São áreas de preservação permanente as :  
IV - faixas de proteção das águas superficiais.

Por sua vez a proteção legal dos igarapés encontra guarida no art.296, parágrafo único da Lei Orgânica do Município de Manaus - LOMAN, que considera os caminhos d’água como área de relevante interesse ecológico:

“Art. 296 – (omissis)

Parágrafo único. Além do disposto no art. 231 da Constituição do Estado, são considerados área de interesse ecológico a Ponta Negra, o Tarumã, a Ponte da Bolívia, a Praia do Tupé e a Praia do Amarelinho, na orla do bairro do Educandos, e os **IGARAPES** localizados no Município de Manaus” (destacamos)

Ressalte-se ainda que por determinação do art. 1.º da Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal):

“As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comuns a todos os habitantes do País, exercendo-se os direito de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”

Ainda segundo determinação do parágrafo único do citado artigo,

“As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade .....”.

Ao comentar o dispositivo legal supratranscrito CELSO FIORILLO e MARCELO RODRIGUES, lecionam: <sup>7</sup>

“Na verdade, nem precisaríamos deste artigo para salientar os aspectos que preleciona: a) que as florestas são bens ambientais; b) que elas possuem natureza difusa; c) que a

sua titularidade é do povo; d) que quando situadas em espaços e propriedades privadas, estas devem sofrer limitações pelo só fato de que o bem ambiental a todos pertence e todos têm direito de seu uso e gozo. Tais regras defluem do próprio Texto Maior, no art. 225, caput... Desse modo, em sendo bem de todos e essencial à sadia qualidade de vida, a sua natureza é difusa e sob este regime jurídico deve ser tutelado."

Quanto a classificação das florestas na Lei n.º 4.771/65, José Afonso da Silva leciona que

*"Não se fez propriamente classificação das florestas no Código vigente, conquanto dele decorra o reconhecimento de vários tipos delas, como: a) florestas nativas, florestas primitivas, florestas regeneradas e florestas artificiais ou plantadas (arts. 12, 15, 16 e 46); b) florestas de preservação permanente e florestas preservadas (arts. 2.º, 3.º e 6.º); c) florestas de livre exploração (plantadas), florestas de exploração limitada e florestas de exploração permitida com restrições (arts. 10, 12 e 16); d) de domínio particular (arts. 5.º, "b", 9.º e 16). Trata-se, porém, de tipologia inorgânica, assistemática, mais valendo como conceitos lançados aqui e ali no Código, um pouco a esmo, sem normatividade precisa, mas certamente de grande relevância jurídica, dado que fundado neles é que se estriba o regime de conservação e da exploração florestal."*<sup>8</sup>

O que deve ser destacado são as florestas de preservação permanente. Consideram-se de preservação permanente, *ex vi legis*, ou seja, só pelo efeito da Lei, por determinação do art. 2.º do Código Florestal, as florestas e as demais formas de vegetação natural situadas:

"a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

- 1) de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- 2) de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

- 3) de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
  - 4) de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
  - 5) de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros.
- b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios de água naturais ou artificiais;
  - c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados olhos d'água qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
  - d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
  - e) nas encostas ou partes destas com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;
  - f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
  - g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
  - h) em altitudes superiores a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação" (destacamos).

Alie-se ao derramamento de óleo o fato da inexistência de licenciamento ambiental do oleoduto danificado.

Como sabemos, a Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, em seu art.10, estabeleceu a obrigatoriedade do licenciamento ambiental, ao dispor:

"A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetivas e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do meio Ambiente e Recursos naturais renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis".

A disposição da Lei Federal acima mencionada, encontra-se repetida quase que nas próprias palavras do texto, pelo art. 15 da

Lei Estadual n.º 1.532/82. É importante destacar que por determinação do art. 20, inciso V, do Decreto n.º 10.028/87, o licenciamento ambiental dos oleodutos devem ser necessariamente precedidos de execução de Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA e elaboração do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

*“Art. 20. Dependirão de elaboração de Estudos de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental-RIMA, a serem submetidos à aprovação do CODEAMA, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente tais como:*

.....  
V - oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos, coletores e emissários de esgotos sanitários.”

A Constituição da República, no inciso IV do § 1.º do artigo 225, incumbiu o Poder Público de:

“exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora da significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;”

Mesmo a despeito da existência de normas exigindo o licenciamento ambiental o Ré em seus vários processo de licenciamento ambiental jamais informou o Autor de sua regular existência. Tal fato como dito culminou com a aplicação do Auto de Infração n.º 115/99-GEFM (Doc. anexo).

É importante descrever o processo de licenciamento ambiental. Por determinação do Decreto Estadual n.º 10.028/87, este é composto das seguintes licenças:

a) **Licença Prévia – LP** – concedida na fase preliminar do planejamento das atividades, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de instalação e operação;

b) **Licença de Instalação – LI** – concedida para autorizar a implantação do empreendimento;

c) **Licença de Operação – LO** – concedida para autorizar o início das atividades.<sup>10</sup>

A Ré, repetimos, não possui licença ambiental expedida pelo IPAAM, condição *sine qua non* para que pudesse operar o seu oleoduto.

Pois bem. Quando se cuida de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, é fundamental ressaltar ainda a disposição contida no § 3.º do art. 225 da Constituição Federal, *verbis*:

“As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

É inquestionável, o Direito Brasileiro adotou o princípio da responsabilidade civil objetiva, diante da clareza do disposto no § 1.º do art. 14 da Lei n.º 6.838, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio ambiente, onde se lê:

“Art. 14. (omissis)

§ 1.º. Sem obstar a aplicação das penalidades deste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. (...).”

Sem grande esforço, podemos concluir que a Ré infringiu todos os dispositivos acima transcritos.

#### V – DO LIAME DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A RÉ

MM. Juiz, todos os relatório técnicos e fotográficos, reportagens de matutinos locais e os próprios documentos encaminhados pela Ré ao IPAAM, que fazem parte do Processo n.º 761/99 - IPAAM (Doc. anexo), comprovam, sem qualquer sombra de dúvida, o nexo de causalidade entre o dano e à sociedade de economia mista PETROBRAS - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.

O óleo derramado no Igarapé do Cururu é proveniente do oleoduto de propriedade da PETROBRAS que abastece a empresa MANAUS ENERGIA.

Como afirmamos em linhas anteriores a responsabilidade civil objetiva por danos ao meio ambiente encontra sustentáculo jurídico no art. 225, § 3.º da Constituição Federal combinado com o art. 14, § 1.º, da Lei n.º 6.938, de 31.8.81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente).

MARQUES SAMPAIO leciona que <sup>11</sup>

“O aspecto fundamental da responsabilidade objetiva consiste em **desvincular a obrigação de reparar danos da existência de culpa por parte do agente causador.** Para que ele seja obrigado a recompor o patrimônio alheio lesado basta que, além dos demais pressupostos também

*exigidos na teoria da culpa — o ato ou o fato danoso provocado e o liame de causalidade entre eles —, seja comprovado que o dano foi proveniente do risco criado por uma atividade de quem o causou. A palavra-chave de modalidade de responsabilidade civil fulcrada nessa teoria é, portanto, o risco, o risco de dano criado pela atividade exercida pelo agente. Muito embora não seja requisito indispensável que a atividade geradora do risco seja economicamente proveitosa para o agente, supõe-se que, na maioria dos casos, assim ocorra” (destacamos).*

Em seu artigo *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e suas conseqüências*, JOSÉ MARQUES afirma:<sup>12</sup>

“A adoção da teoria do risco da atividade, e, por conseguinte, a responsabilidade civil objetiva, segundo SÉRGIO FERRAZ, acarreta as seguintes conseqüências: a) irrelevância da intenção danosa; b) irrelevância da mensuração do subjetivismo; c) inversão do ônus da prova; d) irrelevância da licitude da atividade; e) atenuação do relevo do nexa causal.

### 3.1 A irrelevância da intenção danosa

No magistério do próprio SÉRGIO FERRAZ, ‘é absolutamente irrelevante, para o sistema da responsabilidade objetiva, qual tenha sido a pretensão ou a intenção do agente. Basta um simples prejuízo’.(...)

### 3.2 Irrelevância da mensuração do subjetivismo

Nesse mister, é irrelevante saber o grau de participação no resultado danoso. Se a atividade desenvolvida pelo agente de algum modo contribuiu para o evento, ele deverá ser responsabilizado integralmente pelo dano. (...)

### 3.3 Inversão do ônus da prova

(...) Com a inversão do ônus da prova, atribuiu-se ao executor de uma atividade de risco a faculdade de demonstrar sua não participação no evento danoso, ou ainda, que o mesmo não ocorreu. Há, nesse caso, uma presunção de causalidade entre o dano e ação positiva ou negativa do poluidor. (...)

### 3.4 Atenuação do relevo do nexa causal

O nexa de causalidade é um pressuposto exigido para o reconhecimento do dever de indenizar, seja na responsabilidade fundada no ato ilícito (subjetiva), ou no risco da atividade (objetiva).



Entretanto, na teoria objetiva não se exige a demonstração cabal da relação do evento com seu causador, de modo que, para que se determine a inversão do ônus da prova, basta que a atividade tenha potencial para provocar o dano. (...)

### 3.5. Irrelevância da licitude da atividade

É fato que um número expressivo de atividades tidas como poluidoras estão devidamente licenciadas pelo Poder Público. Cabe, neste momento, indagar: a) as 'autorizações' podem excluir da responsabilidade poluidor? b) O Poder Público pode dispor do meio ambiente sadio?

(...) A licitude da atividade não pode ser aceita como causa excludente da responsabilidade, por absoluta incompatibilidade com o sistema da responsabilidade objetiva e, considerando, ainda, que a licitude nem sempre é aceita causa de excludente no império da teoria subjetiva. Deve-se considerar, ainda, que qualquer interpretação no sentido de aceitar como excludente a licitude da atividade, estará contrariando o preceito insculpido no artigo 3.º, inciso IV, que considera poluidor 'a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental'. Observé-se que o legislador não faz qualquer ressalva quanto a licitude ou ilicitude da atividade, apenas responsabiliza o causador da degradação ambiental.

*Assim, se atividade direta ou indiretamente prejudique a saúde, a segurança, afete desfavoravelmente a biota etc., degradando o ambiente, ainda que devidamente licenciada, deverá o poluidor responsabilizar-se pelo resultado danoso. O que interessa é a existência do dano e o nexó que o relaciona a uma atividade desenvolvida pelo autor, portanto, é irrelevante conhecer a que título essa atividade estava sendo desenvolvida."*

Na responsabilidade civil objetiva não se questiona o dolo e muito menos a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente. Contenta-se o direito com o nexó entre causa e efeito.

Os textos doutrinários acima transcritos encaixam-se perfeitamente, como uma luva, aos fatos e ao direito até aqui narrados e discutidos, dispensando maiores comentários.

Compulsando ao autos, não paira qualquer dúvida a respeito do liame entre o dano ocorrido no Igarapé do Cururu e a atividade desenvolvida pela Ré.

## VI - DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Determina o art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil,

*verbis*:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

- I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- II - *omissis*;

Comparando o texto legal com os fatos, temos que:

- a) existe prova inequívoca das alegações do autor. Os fatos são públicos e notórios;
- b) há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

A pretensão do Autor tem forte base legal. Ficou mais do que patente que a conduta da Ré feriu desde a Constituição Federal até a Lei Orgânica do Município de Manaus.

Quanto ao segundo pressuposto, tal como estabelecido no inciso I do art. 273, ou seja “*fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*”, configura-se na medida em que a demora para o início da recuperação adequada da área degradada pode comprometê-la ao ponto de não mais ser possível a sua recuperação, além de impedir que a comunidade local possa voltar a utilizar-se do Igarapé para as atividades de pesca e lazer.

E quando falamos em recuperação adequada a intenção é nos opor a maneira rústica e pouco adequada com que a Ré se conduziu durante a retirada do óleo derramado. A imprensa local divulgou fotografias de pessoas que trabalhavam sem os mínimos equipamentos de segurança, utilizando “latas” para a retirada do óleo do corpo d’água, numa atitude pouco profissional da Ré.

Insistimos, MM. Juiz, a Ré demonstrou incapacidade e incompetência para detectar um simples vazamento e agir pronta e eficazmente. Não é preciso fazer um grande esforço para imaginarmos o que aconteceria se o acidente ocorrido fosse de maiores proporções.

Não há insistimos um sistema de detecção eficiente e eficaz. Não existe um plano de contingência para enfrentar tais problemas e se existir não existem os equipamentos adequados para utilização imediata. É notório, pois, a inexistência de um sistema de ação.

O que ficou demonstrado é que a Ré não está preparada para enfrentar situações de emergência, não possui um Plano de Contingência contendo um sistema de detecção de acidentes e muito menos um sistema ação. É bom lembrar que a Ré somente tomou conhecimento do vazamento quando foi informada pelos técnicos do IPAAM.

Como se vê o fundado receio do dano de difícil reparação não decorre só do dano perpetrado, cuja recuperação do ponto de vista técnico foi inicialmente tratado com descaso pela Ré, mas o perigo reside também no solene descaso com a norma legal de proteção ambiental, onde a Ré operava um oleoduto sem qualquer licenciamento ambiental.

Além do mais a demora em recuperar a área não só causa prejuízos ao meio ambiente como também reflete diretamente nas populações locais que se utilizavam do Igarapé para retirar seu sustento do dia e para as atividades de lazer.

Assim, o Autor requer a V. Exa. que antecipe parcialmente os efeitos da tutela:

a) condenando a Ré a iniciar imediatamente a recuperação da área degradada (corpo d'água, área de preservação permanente etc.) pelo vazamento de óleo da tubovia que abastece a empresa Manaus Energia, conforme se demonstrou inequivocamente com os Relatórios Fotográficos em anexo.

b) a recuperação deverá ser aprovada e fiscalizada pelo Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas - IPAAM.

## VII - DOS DEMAIS PEDIDOS

Diante do exposto, requer o Autor que seja julgada procedente a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANOS AO MEIO AMBIENTE**, condenando-se a Ré:

a) condenando a Ré a iniciar imediatamente a recuperação da área degradada (corpo d'água, área de preservação permanente etc.) pelo vazamento de óleo da tubovia que abastece a empresa Manaus Energia, conforme se demonstrou inequivocamente com os Relatórios Fotográficos em anexo. A recuperação deverá atender as indicações técnicas do Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas - IPAAM;

2) Em não sendo possível a recuperação total da área degradada a Ré deve ser condenada a compensar os danos causados ao meio ambiente, a ser utilizado especificamente no local do dano e com a comunidade afetada pela ação degradadora da Ré. Tal valor deverá ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento.

3) condenação da Ré no pagamento das custas e despesas processuais, honorários advocatícios e periciais e demais cominações de estilo.

Requer, ainda, o Autor:

a) a intimação do Ministério Público;

b) a citação da PETROBRAS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A., na pessoa de seu representante legal para, querendo, oferecer contestação, no prazo legal, sob pena de revelia e de confissão ficta, prosseguindo-se até final procedência dos pedidos formulados;

c) Protesta pelo depoimento pessoal do representante legal da Ré.

O Autor provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, como perícias, juntada de documentos, oitiva de testemunhas etc.

Dá-se à causa, para fins meramente fiscais, o valor de R\$1.000,00 (Hum mil reais), já que, a rigor, o valor é inestimável.

Termos em que,

P. Deferimento

Manaus, 23 de agosto de 1999.

**JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO**

Procurador-Chefe do IPAAM

OAB/AM 2.258

#### NOTAS:

<sup>1</sup> O próprio relatório nos dá conta de que não foi a Ré quem identificou o vazamento e sim que ela "foi informada, da existência de óleo combustível sobrenadante no Igarapé do Cururu". Diz ainda o relatório que como existe um oleoduto de sua propriedade que abastece a Manaus Energia "suspeitou-se de um eventual vazamento". Significa dizer que a Ré não possui um sistema de detecção de vazamentos.

<sup>2</sup> Neste relatório a Ré estima um volume derramado em torno de 3.000 litros. Essa informação parece não ser correta. No Relatório de Fiscalização referente aos dias 14 e 15 de agosto, acostado a inicial, ficou consignado o seguinte: "*No local existem duas balsas, sendo que uma é destinada para armazenar temporariamente a vegetação contaminada e como apoio na execução do trabalho de limpeza da área, uma outra contém um caminhão pipa da empresa PRESTACIONAL, que executa o processo de sucção do óleo de dentro dos tambores metálicos, o responsável desta empresa, que se encontrava no local, nos informou que já haviam sido retirados 17 carradas do tanque-pipa, de óleo misturado com água e que a capacidade volumétrica do tanque-pipa é de 8.000 litros*". Ora, vamos ser generosos com a Ré e entender que cada tanque-pipa tenha sido carregado com 1.000 litros de óleo e 7.000 litros de água. Multiplicando-se 1.000 litros por 17 tanques-pipa teremos o volume de 17.000 litros. Muito superior ao declarado pela Ré.

<sup>3</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental e patrimônio genético*, p. 45.

<sup>4</sup> SAMPAIO, Francisco José Marques, *Meio ambiente no direito brasileiro atual*, Curitiba: Juruá, 1993, p. 27.

<sup>5</sup> v. art. 81, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 66.

<sup>7</sup> *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 336.

<sup>8</sup> *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 118.

<sup>9</sup> Atualmente Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas.

<sup>10</sup> v. arts. 9.º a 12 do Decreto n.º 10.028/87.

<sup>11</sup> SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998, p. 47.

<sup>12</sup> *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Amazonas, v. 10, Manaus, 1998, p. 55 a 73.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-RELATOR, DO MANDADO DE SEGURANÇA n.º 29900639-5, DO E. TRIBUNAL PLENO DO COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS**

**O ESTADO DO AMAZONAS**, pessoa jurídica de direito público interno, representado por seus Procuradores infra-assinados, nos autos do Mandado de Segurança de n.º 29900639-5, impetrado pela **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO AMAZONAS**, contra ato imputado ao **EXCELENTÍSSIMO SENHOR GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS**, amparado no art. 243 do RITJ-AM, vem, respeitosamente, interpor o presente **AGRAVO REGIMENTAL, objetivando a RECONSIDERAÇÃO** da respeitável Decisão pela qual V. Exa. deferiu medida liminar aos Impetrantes.

Outrossim, se V. Exa. houver por bem manter a liminar combatida, se digne de apresentar imediatamente os autos em mesa, para que o E. Tribunal Pleno, conhecendo o recurso, sobre ele se pronuncie, provendo-o no sentido de reformar a decisão recorrida, na forma das anexas razões.

Termos em que, pede deferimento.

Manaus, 23 de junho de 1999.

**MARCELO AUGUSTO A. DA CUNHA**  
Procurador do Estado

Razões do Agravante, Estado do Amazonas, em sede de Agravo Regimental, nos autos do Mandado de Segurança n.º 29900639-5, impetrado pela **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO AMAZONAS**.

**Egrégio Tribunal Pleno,  
Íncrito(s) Julgador(es).**

### **I – SÍNTESE FÁTICA**

A Impetrante, associação de classe, na qualidade de substituta processual, na defesa dos interesses de seus associados, alega que estes estavam isentos do pagamento de contribuição previdenciária, até que, em decorrência das novas disposições da Emenda Constitucional n.º 35/98, tal isenção foi suprimida, restando afetado o seu patrimônio jurídico e ferido o suposto direito líquido e certo que afirmam possuir.

Aduz a Impetrante que a mencionada Emenda Constitucional n.º 35/98 e sua regulamentação pela Lei n.º 2.522, 30 de dezembro de 1998, violaram a Constituição da República, por terem infringido os princípios da irredutibilidade de proventos e do direito adquirido, assim como teria efeito confiscatório, relativamente aos vencimentos e proventos de seus associados ativos e inativos.

Assevera que seus associados inativos foram aposentados na vigência da Carta Magna de 1969, razão por que teriam assegurado o direito às condições vigorantes no momento de suas aposentadorias, constituindo a novel exigência de contribuição previdenciária sobre seus proventos violação do suposto direito adquirido que alegam possuir de ficarem imunes àquela exação. Outrossim, relativamente aos seus associados ativos, insiste a Impetrante na tese de que a cobrança teria natureza de confisco.

Vossa Excelência, Relator do *mandamus*, deferiu *initio litis* e *inaudita altera pars*, a medida liminar requerida.

Entretanto, *permissa venia*, a liminar em comento foi concedida em desacordo com a lei e, principalmente, em flagrante contrariedade ao princípio do juiz natural, na exata medida em que, sendo todos os Desembargadores deste Tribunal associados à Impetrante, inclusive Vossa Excelência, incide à espécie o disposto no art. 102, inc. I, alínea “n”, da CF, de modo a deslocar-se a competência para o Supremo Tribunal Federal.

Além disso, sua manutenção acarretará lesão grave e de difícil reparação ao Erário Público Estadual, principalmente em decorrência do ajuizamento de ações da mesma natureza, que já proliferam, e que, a terem deferidas iguais medidas liminares, produzirão enorme e irreversível prejuízo ao sistema previdenciário estadual, o qual continuará tendo de ser socorrido pelo Tesouro, com recursos destinados a outros fins importantes da Administração, em detrimento da continuidade dos serviços públicos essenciais, e comprometendo o pagamento regular dos salários dos servidores.

## **II – DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL**

Com a devida vênia, Srs. Desembargadores, este Egrégio Tribunal de Justiça é **absolutamente incompetente** para conhecer do presente mandado de segurança. É que, sem dar margem a dúvidas, assim estabelece a Constituição Federal, *verbis*:

*“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

**n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.**” (grifamos).

No presente caso, trata-se de mandado de segurança coletivo, impetrado pela Associação dos Magistrados do Estado do Amazonas que, na qualidade de substituto processual, pretende livrar seus associados da cobrança da contribuição previdenciária estabelecida pela Lei Estadual n.º 2.522/98.

Com a devida vênia, Doutos Julgadores, é inegável que todos os magistrados do Estado do Amazonas, aí incluídos os Desembargadores que compõem este Colendo Tribunal, têm interesse na causa e, de igual modo, todos os integrantes dessa Corte Estadual se encontram impedidos ou, no mínimo, são diretamente interessados, mormente quando se considera o fato de que a concessão da segurança beneficiará (aliás, já beneficiou, em virtude da liminar deferida) a todos os associados **ativos** e inativos.

Saliente-se que, entre os **associados ativos**, se incluem



todos os Ilustres Desembargadores que compõem este Colendo Tribunal de Justiça, conforme documento em anexo, inclusive o Ilustre Relator, Desembargador Arnaldo Campelo Carpinteiro Peres, que concedeu a liminar pleiteada, situação esta que, sem dúvida, faz incidir à espécie o disposto no art. 102, inc. I, alínea "n", da Constituição Federal, tornando flagrante a incompetência absoluta deste Tribunal.

Nesta ordem de idéias, de aplicação obrigatória a seguinte decisão, oriunda do Supremo Tribunal Federal, proferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar a Reclamação nº 625-5-PE, publicada no DJU de 06.08.96:

**DESPACHO: O Estado de Pernambuco opõe reclamação à decisão do relator, que, no Tribunal de Justiça de Pernambuco, deferiu liminar ao mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação dos Magistrados do Estado para determinar ao Presidente daquela Casa que 'se abstenha de exigir, mediante desconto na folha de pagamento dos associados da impetrante, a contribuição previdenciária sob a alíquota de 16% (dezesseis por cento), exigindo-se, tão somente, sob as alíquotas de 8% (oito por cento) para os magistrados da ativa e de 4% (quatro por cento) para os aposentados, na forma da legislação anterior à Lei 11.327/96'.**

2. Sustenta a reclamação a incidência do art. 102, I, n, da Constituição – a impor o deslocamento para o Supremo Tribunal da competência originária para conhecer do pedido – uma vez que todos os membros do Tribunal de Justiça reclamado são filiados à associação impetrante.

(...)

6. No caso, entretanto, o que se tem a indagar é da incidência da cláusula final da mesma alínea 'n' do rol de competências do Supremo, ou seja, a atinente à causa em que **'mais da metade dos membros do Tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados'**.

7. Trata-se, com efeito, de mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação de Magistrados do Estado de Pernambuco em favor de todos os seus filiados.

8. Certo, à fixação da competência excepcional do STF, de que se cogita, não basta que se cuide de mandado de segurança coletivo de associação de magistrados, se o interesse não é exclusivo da magistratura.

9. Nesse sentido, o que se decidiu no MS 21.441, 4.12.91, Galvão, RTJ 147/179. Pesou, no entanto, na formação da maioria, a circunstância, sublinhada expressamente no voto do em. Ministro Velloso (RTJ 147/184) e no meu próprio (RTJ 147/186), de nem todos os juízes serem filiados à Associação dos Magistrados Brasileiros.

10. Aqui, porém, o que alega o Reclamante – **à base de uma relação completa dos sócios da AMAPE, que instrui a petição (f. 7)** – é que entre eles se incluem todos os ilustres Desembargadores do Estado. E o despacho reclamado aparentemente não o desmente.

11. Af, parece inequívoca a aplicabilidade da regra constitucional do deslocamento de competência.

12. **O mandado de segurança coletivo impetrado por entidade de classe em favor de seus associados é hipótese de substituição processual, que gera obviamente o impedimento dos substituídos, os quais, embora não integrem a relação processual, são diretamente interessados na solução da lide em que são partes.**

13. A propósito, observei, no longo voto proferido no MS 21.616, 6.11.89, Brossard, RTJ 133/633,647:

'... no direito brasileiro, o interesse de parte é causa de impedimento do juiz. E se estende, segundo autorizadas opiniões, não apenas aos 'terceiros intervenientes em todas as suas formas; oponente, litisdenunciado, nomeado à autoria, terceiro embargante, terceiro recorrente, chamado ao processo e assistente', mas também a quem, não sendo formalmente parte – como o condômino, na reivindicação proposta por outro contra terceiro -, é, no entanto, igualmente, titular do direito que se discute (Celso A Barbi, Comentários, 1975, I, t. II/549/550).

*A todas essas categorias, Arruda Alvim (Cód. Proc. Civil Comentado, 1981, VI/32) adita mais a do substituído, nos casos de legitimação extraordinária, e engloba todas essas situações no âmbito do 'interesse direto (pessoal) do juiz no processo, relacionado com o fato de ser parte, à luz dessa configuração ampla'.*

Interesse direto é, pois, interesse jurídico e constitui o caso extremo que, se atinente a toda a magistratura competente,

desloca a causa para o âmbito da jurisdição extraordinária do Supremo.

A concretização dessa hipótese – ao contrário do que se me afigurava no parecer – já não raia tanto pelo unimaginável: é só considerar que o mandado de segurança coletivo e outras vias novas de substituição processual corporativa, abertas pela nova Constituição, trouxeram virtualidades insuspeitas à realização da idéia de interesse jurídico, ou direto, de toda uma categoria numa determinada causa’.

14. De tudo, afigurando-se-me extremamente plausível a alegada usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, suspendo, até decisão definitiva da reclamação, o andamento do mandado de segurança no Tribunal de Justiça no Estado de Pernambuco.

15. Deixo de pronunciar-me sobre o pedido de sustação dos efeitos da liminar, porque já lhe deferi a suspensão (SS 1.071 – cópia anexa).

16. Comunique-se, solicitando informações.

Brasília, 25 de julho de 1996.

*Ministro Sepúlveda Pertence – Presidente\** (grifamos).

Portanto, Doutos Desembargadores, ao processar a presente segurança e, principalmente, ao conceder a liminar pleiteada pela Impetrante, este Colendo Tribunal Estadual está usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, inc. I, alínea “r”, da Constituição Federal, situação esta que não poderá perdurar, razão pela qual, em atenção ao disposto no art. 113, § 2º, do CPC, **de se declarar a nulidade da liminar concedida** e, por conseqüência, deve este Tribunal remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal.

### **III – DA CARÊNCIA DE AÇÃO: ILEGITIMIDADE PASSIVA**

Existem suficientes razões a dar causa à extinção do processo sem julgamento de mérito com fundamento no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, pelos motivos seguintes:

Com a devida vênia, Doutos Julgadores, não há nos autos quaisquer indícios de que o Chefe do Executivo Estadual possa vir a praticar ato em prejuízo aos interesses dos associados da Agravada, situação esta que prejudica a impetração. Saliente-se que, **EM NENHUM MOMENTO**, ao longo da exordial, a Agravada consegue

demonstrar o motivo pelo qual considera o Chefe do Executivo Estadual como a autoridade coatora.

Não se pode desconsiderar o fato de que a Constituição Federal, em seu art. 99, assegurou ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira. Por sua vez, dando concreção ao aludido dispositivo constitucional, no âmbito estadual, a Lei Complementar nº 17/97, sem dar margem a dúvidas, assim estabelece, *verbis*:

**“Art. 70. Ao Presidente do Tribunal de Justiça compete:  
(...)**

**XXVI – Autorizar o pagamento de vencimentos e vantagens do pessoal da Justiça, dos inativos e em disponibilidade, bem assim atribuir gratificações em razão do serviço judiciário;**

**XXVII – Encaminhar, em época oportuna, a proposta orçamentária relativa ao Poder Judiciário, bem como de abertura de créditos adicionais.**

**XXVIII – Requisitar as dotações orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário” (grifamos).**

Com a devida vênia, Srs. Desembargadores, diante da clareza da mencionada Lei Estadual, não se pode aceitar como correta a indicação do Governador do Estado do Amazonas como autoridade coatora. É que, indubitavelmente, a única autoridade dotada de competência para dar cumprimento a uma eventual concessão de segurança seria o Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, nos exatos termos do art. 70, incs. XXVI, da Lei Complementar n.º 17/97.

A conclusão é inevitável: não há nos autos elementos que autorizem a indicação do Chefe do Executivo Estadual como legitimado para figurar no polo passivo da presente demanda, o que inviabiliza a concessão da segurança e, com muito maior razão, torna ineficaz a liminar concedida.

Oportuna é a transcrição de recentes decisões:

*“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)”*

*“Tratando-se de mandado de segurança, a determinação da competência fixa-se pela autoridade que praticou ou vai*

*praticar o ato, objeto da impetração*" (STJ-1ª Seção, CC 1.850-MT, rel. Min. Geraldo Sobral, j. 23.4.91, v.u., DJU 3.6.91, p. 7.403, 2ª col. em.) (In Theotônio Negrão, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 1.119).

Em assim sendo, Nobres Julgadores, não havendo nestes autos a qualquer demonstração de que o Chefe do Executivo possa praticar atos que venham a prejudicar a esfera jurídica dos associados da Impetrante, afigura-se flagrante a ausência de legitimidade passiva.

Como conseqüência de tudo o que foi até aqui exposto, transborda limpidamente que não é (nem poderá ser) o Chefe do Executivo a autoridade coatora, sob pena de ofensa ao art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil.

### **AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO LIMINAR:**

A decisão recorrida, *data maxima venia*, há de ser reconsiderada por V. Exa., não só pelos nefastos efeitos que ocasiona às finanças do Estado, como, também, em razão: (a) da ausência dos pressupostos ensejadores de sua concessão; (b) da falta do direito líquido e certo alegado pelos Impetrantes; e, (c) de expressa proibição legal, conforme será demonstrado nestas razões.

Com efeito, a concessão de medida liminar, em sede de mandado de segurança, tem fundamento no art. 7º, inc. II, da Lei 1.533/51, que assim estabelece, *verbis*:

**"Art. 7.º- Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:**

**(...)**

***II- que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida*" (destacou-se).**

A propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido:

**"Os dois requisitos previstos no inciso II ('fumus boni juris' e possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação) são essenciais para que possa ser concedida a medida liminar" (STF-Pleno: RTJ 91/67).  
No mesmo sentido: RTJ 112/140.**

O mandado de segurança, como sabe a eminente Julgadora, "(...) *pressupõe direito líquido, certo e indiscutível, afluindo à primeira vista*", conforme decidiu o STJ, através de sua 2ª Turma, no RMS 324-0-SP, Rel. o Min. José de Jesus Filho, julgado em 18-8-93, e publicado no DJU de 22-11-93, p. 24.922, 1ª col. em.

No remédio heróico em exame o *fumus boni juris* não se faz presente, uma vez que a incidência da Contribuição Social, no caso, encontra respaldo em lei formal e materialmente constitucional - Lei n.º 2.522, 30 de dezembro de 1998 -, a qual foi editada para regulamentar a Emenda n.º 35, de 28 de dezembro de 1998, que deu nova redação à Carta Estadual, adequando-a às novas disposições prescritas pela Emenda Constitucional n.º 20, de 16 de dezembro de 1998, que alterou profundamente o sistema previdenciário do País. Assim, há de se concluir que o estabelecimento da cobrança da contribuição previdenciária dos inativos e dos pensionistas não fere qualquer dispositivo ou princípio constitucional, como, equivocadamente, alegaram os ora Agravados, e foi concebido pela r. Decisão liminar.

Sobre o tema em análise é oportuno transcrever estes trechos da sentença proferida pelo ilustrado Juiz da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, Doutor JAMIL ROSA DE JESUS, no MS n.º 96.0011766-7, cujos judiciosos fundamentos se aplicam igualmente à presente ação mandamental:

**"(...) Trata-se de impetração contra a cobrança de contribuição da servidora inativa para a Seguridade Social.**

**Não há inconstitucionalidade alguma na instituição do gravame incidente sobre os proventos dos aposentados, porque 'a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social' e 'será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta ...', mediante contribuições, entre outras, 'dos trabalhadores', cf., respectivamente, arts. 194, caput, e 195, caput, e item II, da Constituição da República.**

**É portanto, falsa e de nenhuma solidariedade a Idéia de que o aposentado não deve custear a Seguridade Social porque já o fez no passado. Ninguém contribuiu apenas para a sua própria aposentadoria. Contribuí-se para que o sistema possa assegurar aposentadorias e**

**mais benefícios** a todos os que trabalham e trabalharam, aos seus dependentes e aos necessitados.

**Quem tiver capacidade contributiva há de contribuir.** Essa é a regra de justiça social de que este país muito precisa.

**Aposentar-se não é adquirir o direito de ser mantido pelo povo e pelo resto de sua vida, inclusive quanto ao sistema de saúde, que bem ou ruim, é o que se tem, tendo havido, não raras vezes, decisões judiciais que acertadamente determinaram o custeio pela Previdência Social de tratamento no exterior quando não foi possível obtê-lo no país e não é demais lembrar que na hora da emergência mesmo, todos, inclusive os aposentados, correm para os hospitais públicos, custeados pela Seguridade Social.**

**O absurdo não está em contribuir o trabalhador inativo para a seguridade social, tanto mais, sabem os que se encontram aposentados, que a contribuição devida no passado era irrisória e, portanto, insuficiente para garantir aposentadoria. Os servidores públicos mais antigos contribuíram com apenas 5%, depois 6% e só agora, há uns dois anos, contribuem com até 12% dos seus vencimentos.**

**O absurdo residiria em não se pagar a contribuição, que, repita-se, não se destina apenas à formação de reserva para custeio da própria aposentadoria, mas também para assegurar os direitos relativos à saúde, à assistência social e mais benefícios previdenciários. Esse é o mal a ser evitado.**

**É verdade que há o absurdo do tratamento desigual entre servidores civis e militares. Esse tratamento desigual é que desacredita o sistema contributivo e é um acinte à sociedade republicana, assegurando privilégios a uma categoria de servidores públicos. Esse é o mal a ser evitado.**

***Tais as observações, não havendo relevância jurídica na fundamentação do mandamus, indefiro a liminar." (sem destaques no original)***

Também o Egrégio Supremo Tribunal Federal, guardião maior das normas constitucionais, ao examinar a ADIN 1441-DF,

que teve como Relator o eminente Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, assim se pronunciou em 28.06.96 (DJU 18.1096):

**“Indeferida cautelar requerida pelo PSB, PC do B, PDT e PT contra a norma da Medida Provisória 1415/96 que alterou a redação do art. 231 da Lei 8.112/90 (Regime Jurídico Único), instituindo contribuição a ser paga pelos servidores inativos da União, para custeio do Plano de Seguridade Social do servidor. Afastando as alegações deduzidas pelos autores, o Tribunal entendeu: (...); b) que a nova contribuição não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV); e c) que, sendo a disciplina constitucional dos proventos de aposentadoria substancialmente idêntica à da remuneração paga aos servidores em atividade, não seria de acolher-se, num primeiro exame, o raciocínio de que a CF, ao referir-se no inciso II do art. 195 a ‘trabalhadores’, teria excluído a possibilidade de cobrança da discutida contribuição dos servidores públicos aposentados. Vencido o Min. Marco Aurélio, que não via, na espécie, a urgência necessária à edição da medida provisória (CF, art. 62, caput)” (Informativo STF n.º 38, de 1 e 2 de agosto/96) (sem grifos no original)**

Vê-se, Eminente Julgadora, à luz da jurisprudência do STF, que o “direito” referido pela Agravada, firmado na r. decisão liminar em comento, ***não é bom nem não aflora à primeira vista***, pois a contribuição em apreço foi considerada perfeitamente constitucional pelo Excelso Pretório.

Esclareça-se ainda, que a liminar concedida à Agravada, tem ***natureza satisfativa***, o que é vedado por lei, além de ***deferir vantagem pecuniária a servidor público***, sem que haja trânsito em julgado da sentença definitiva, ferindo, frontalmente, o disposto no art. 5.º e seu parágrafo único, da Lei 4.348/64, c/c § 4.º, do art. 1.º, da Lei 5.021/66.

***O periculum in mora*** também não restou provado, uma vez que, caso a segurança seja a final deferida à Agravada, o que se admite apenas para argumentar, poderá ser ela executada com plena eficácia, sem qualquer lesão irreparável ou de difícil reparação a direito dos seus associados.

Além do mais, caso a recorrida venha a obter êxito no julgamento definitivo da lide, nenhum prejuízo sofrerá porquanto terá,



nas forças do Tesouro, a garantia do recebimento de eventuais parcelas indenizatórias, de forma retroativa e corrigida.

Sendo certo que não existe plausibilidade do direito alegado pela Agravada, mormente em face do entendimento do STF, reputando constitucional a cobrança da contribuição em apreço, o Estado do Amazonas confia em que V. Exa. haverá de reconsiderar sua r. Decisão e, em assim fazendo, revogará medida liminar ora recorrida, por absoluta inexistência dos requisitos necessários ao seu deferimento.

Importa notar também que, se concedida for a segurança, o Estado do Amazonas, ora Agravante, suspenderá, *incontinenti*, a exigibilidade da Contribuição Social imposta por lei à Agravada, restituindo-lhes os valores indevidamente recolhidos, a partir da impetração do presente *writ*.

Doutro lado, o deferimento da liminar ora atacada, afrontou a ordem jurídica, a uma, pela total ausência de lesão a direito líquido e certo da Agravada e, a duas, por contrariar expressa disposição legal, que nega a concessão de medida liminar relativa à vantagens pecuniárias de servidores públicos.

É bom lembrar que, recentemente, foi editada a Medida Provisória n.º 1.798-2, publicada em 11 de fevereiro de 1999, estabelecendo em seu art. 2.º-B:

**“Art. 2.º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”.**

Com todo o respeito, Excelência, se é vedado, nos termos da norma transcrita, o cumprimento imediato da sentença que tenha por objeto a liberação de recurso a servidores públicos – como se afigura no presente mandado de segurança –, devendo-se, aguardar o trânsito em julgado da decisão definitiva, com maior razão não poderia ser deferida a medida liminar em questão. De fato, se não é possível o *plus* (execução da sentença), impossibilitado fica o *minus* (concessão da liminar).

Logo, os fundamentos apresentados pela Agravada não se apresentaram relevantes. Ao contrário, a suposta lesão do direito que alega possuir já foi descaracterizada e espancada pelo STF, no citado precedente.

Demais disso, a manutenção da liminar recorrida acarretará ainda **grave lesão à ordem jurídica**, uma vez que manterá os associados da Agravada em posição privilegiada e de flagrante desigualdade em relação aos demais servidores públicos, ativos e inativos, que, em obediência à lei, suportarão os descontos da Contribuição Social em seus proventos e vencimentos.

Ainda, a r. decisão liminar acarretará, também, **grave lesão à economia pública**, pois está determinando a suspensão da cobrança da contribuição previdenciária, impossibilitando o Estado de recolher um tributo legalmente instituído, de real importância, essencial mesmo para o custeio da Seguridade Social.

#### **IV – MÉRITO**

Neste ponto, nenhuma razão assiste à Agravada, pois a contribuição social objeto do presente **mandamus, foi considerada constitucional pelo STF, no julgamento de caso similar examinado na ADIN n.º 1.441/DF**, onde ficou consolidado o entendimento da juridicidade da exação em apreço, impondo-se demonstrar e rebater, uma a uma, as alegadas inconstitucionalidades suscitadas na vestibular e acolhidas liminarmente pela r. Decisão recorrida:

##### **A) DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Observa-se na decisão atacada, assim como em diversas outras liminares concedidas em casos análogos, o argumento de injustiça da cobrança da contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados, sob o fundamento de que estes contribuíram durante décadas, justamente para poderem usufruir do benefício em comento. Entretanto, deixam tais decisões de vislumbrar o fato de que a manutenção dos benefícios do Sistema Previdenciário está amparada em princípios constitucionais que alcançam todos os cidadãos, tais como a **equidade da participação de todos os contribuintes beneficiários**, e a participação do próprio Estado, sendo como é essa exação um **tributo fundado na solidariedade social de todos**, para financiar uma atividade estatal geral e de suma importância.

Deve-se, pois, ter em vista o disposto no art. 195 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que a Seguridade Social será financiada e **custeada por toda a sociedade**, de maneira direta e indireta, porquanto a existência e a manutenção do sistema de benefícios e serviços nele previstos depende de um **perfeito**

**equilíbrio entre as fontes de custeio oriundas das contribuições e as naturais despesas geradas por esses benefícios e serviços.**

No entanto, as dificuldades deste momento lamentavelmente crítico que o País atravessa, agravaram sobretudo os encargos do Erário com o pagamento de benefícios e aposentadorias, gerando, em razão do desequilíbrio entre receitas e despesas, dezenas de milhões de reais em prejuízos. Dessa forma, não havendo outra alternativa, são os Estados compelidos a instituir a exação em apreço, fazendo-a incidir também sobre os proventos dos aposentados, até mesmo por medida de **equidade** e solidariedade social de todos para financiar esta atividade estatal.

Diante desse quadro extremamente difícil, não haveria porque isentar desta cobrança os servidores públicos inativos, que mais usufruem dos benefícios da Previdência. Até porque, caso venha a o sistema a ruir totalmente em consequência do colapso financeiro já iniciado, serão exatamente os aposentados os maiores prejudicados.

Bem a propósito, nesse sentido de justiça e equidade na cobrança do referido tributo dos inativos, é o entendimento consolidado do Excelso Pretório, conforme as palavras do Eminentíssimo Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE**, ditas por ocasião do julgamento da retrocitada ADIN 1441. Sua Excelência, de forma objetiva e técnica, ao externar sua convicção da constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, lembrou a chamada crise da Previdência e Seguridade Social, tecendo estas lapidárias considerações, *verbis*:

**“O Voto de S. Exa. convenceu-me de que a improcedência da arguição de inconstitucionalidade é patente.**

No fundo, as discussões sobre a chamada crise da Previdência e da Seguridade Social têm sido prejudicadas, de um lado e de outro, por uma argumentação oportunística de ambas as partes: a de tomar-se a Seguridade Social ora como se tratasse de um contrato, ora como se tratasse, e efetivamente se trata, de uma ação estatal independente de cálculos e considerações atuariais.

**Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que já cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.**

**Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a da Seguridade.**

Indefiro o pedido cautelar". (Destacou-se)

Na mesma linha são as considerações externadas pelo Ministro **MARCO AURÉLIO**, em seu judicioso voto proferido na ADIn 1.425-1/PE, DJ de 26.02.99:

***"...A Carta de 1988 trouxe a baila parâmetros a serem observados na organização da seguridade social, e dentre estes exsurge, com inegável valia em um Estado Democrático de Direito a EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO. O instituto há de ser tomado de modo amplo, norteador não só a participação dos contribuintes beneficiários, como também a do próprio Estado. Vale frisar que, a teor do disposto no artigo 195 da Carta de 1988, a seguridade será financiada por toda a sociedade de maneira direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, respeitadas as contribuições previstas nos incisos que lhe seguem."*** (destacou-se)

À luz dessas ponderações dos Ministros do Excelso Pretório, o sistema previdenciário tem como principal fundamento de seu custeio a equidade e a participação de toda a sociedade de forma direta e indireta, não havendo razão quer lógica, quer jurídica, para isentar os aposentados que, como já dito, são os maiores beneficiários do sistema.

Outrossim, não se pode olvidar a conquista social dos aposentados ínsita no § 4.º do art. 40, a denotar a permanência do vínculo jurídico do servidor inativo com a Administração, mesmo após a aposentadoria. **É de se considerar, ainda, que o direito assegurado aos inativos, em igualdade de condições com os servidores da ativa, demanda significativa despesa, vez que, além da revisão decorrente de alteração do poder aquisitivo da moeda, ser-lhes-ão estendidos todos os benefícios ou vantagens que vierem a ser concedidos aos servidores em atividade (artigo 201, § 2.º, da CF).**

A conclusão é que a cobrança da contribuição dos inativos e pensionistas é perfeitamente justa, legítima e constitucional, não fere direito adquirido nem implica redução de proventos.

## **B) DA LEGALIDADE DA COBRANÇA A INCIDIR SOBRE OS PROVENTOS DOS INATIVOS E VENCIMENTOS DOS ATIVOS**

A contribuição previdenciária dos servidores públicos estaduais ativos, inativos e dos pensionistas, instituída a partir da EC n.º 35/98, que deu nova redação ao texto da Carta Estadual, ao contrário do afirmado pela Agravada, está em perfeita consonância com o ordenamento constitucional em vigor.

Oportuno gizar, nesse passo, que a matriz constitucional da contribuição previdenciária para o custeio das aposentadorias e pensões dos servidores públicos do Estado do Amazonas decorre da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, a qual alterou diversos artigos da Carta da República, estabelecendo um novo regime previdenciário a ser observado pelos Entes Federados, sob pena de sofrerem as severas sanções capituladas na Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998, a qual dispõe sobre regras gerais para organização e funcionamento dos regimes de previdência da União, Estados e Municípios.

A instituição da contribuição previdenciária a ser paga pelos servidores inativos e pelos pensionistas, também está arrimada no art. 40, § 2.º, da CF/88, na nova redação decorrente da Emenda publicada em dezembro último, que estabelece:

Art. 40. omissis

**§ 2.º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.**

Ora, ilustre Desembargador, se a citada prescrição constitucional veda taxativamente ao servidor aposentado, bem como ao pensionista, a percepção de quantias superiores às que são pagas aos servidores em atividade; e se o servidor na ativa sofre descontos relativos à contribuição previdenciária e ao imposto de renda, tais ônus, sob pena de se negar vigência à regra constitucional, haverão

de ser igualmente repassados aos pensionistas e inativos, de modo a que, por princípio de isonomia e equidade, se mantenha a paridade entre as remunerações correspondentes.

A par de outras considerações a cerca da expressão servidor, o certo é que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 1441-DF DJ 18.10.96 (Rel. ministro Octávio Gallotti), indeferiu pedido de medida cautelar visando a suspensão de norma criadora de contribuição previdenciária de inativos, mesmo antes da EC n.º 20/98, asseverando a legalidade e a legitimidade da cobrança nos seguintes termos:

***“Ao contrário dos trabalhadores na iniciativa privada, que nenhum liame conservam com seus empregadores após a rescisão do contrato pela aposentadoria, preservam os servidores aposentados um remarcado vínculo de índole financeira, com a pessoa jurídica de direito público para quem hajam trabalho.***

Não é por outro motivo que interdições de teto de remuneração e as proibições de vinculação ou equiparação de vencimentos, do cômputo de acréscimos pecuniários percebidos ao mesmo título, bem como a de acumulação remunerada (incisos XI, XII, XIV, XVI do art. 37 da Constituição), são por igual aplicáveis tanto a servidores ativos como a inativos, no silêncio da Constituição.

Essa perfeita simetria, entre vencimentos e proventos, é realçada pela disposição do par. 4.º do art. 40 da Constituição:

**‘§ 4.º. Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.’**

Contraste-se essa norma, concernente aos servidores públicos, com a do art. 201, § 2.º, destinada aos

**segurados do regime geral da Previdência Social, e ver-se-á que, enquanto para estes últimos é somente estatuída a preservação do valor real do benefício original, são àqueles entendidos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos funcionários em atividades, até mesmo os decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função.**

**Dita correlação, capaz de assegurar aos inativos aumentos reais, até os motivados pela alteração das atribuições do cargo em atividade, compromete o do argumento dos requerentes, no sentido de que não existiria causa eficiente para a cobrança de contribuições do aposentado, cujos proventos são suscetíveis, como se viu, de elevação do próprio valor intrínseco, não apenas da sua representação monetária, como sucede com os trabalhadores em geral" (*Grifou-se*).**

A EXPRESSÃO **SERVIDORES**, CONTIDA NO § 6.º DO ART. 40 DA CARTA MAGNA, COMPREENDE ATIVOS E INATIVOS, CONFORME O ENTENDIMENTO DA EXCELSA CORTE ACIMA TRANSCRITO, PORQUE O APOSENTADO, APENAS FICA DISPENSADO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES COM DIREITO A RECEBER OS PROVENTOS, MAS O VÍNCULO QUE O LIGA À ADMINISTRAÇÃO MANTÉM-SE, SEGUNDO OS ENSINAMENTOS DE MARCELO CAETANO E PONTES DE MIRANDA (Manual de Direito Administrativo, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, v. II p.795, e Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969, Tomo III, Forense, 1987, p. 524).

Assim, é absolutamente legal e constitucional a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos e, com muito maior razão, sobre os vencimentos dos servidores da ativa, não havendo o que se falar em efeito de confisco..

### **C) IRREDUTIBILIDADE DE PROVENTOS**

Também não prosperam os argumentos de ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade de proventos (art. 37, XV) ou dos benefícios (art. 194, IV), porque os proventos, tal como os vencimentos dos servidores em atividade, **não estão imunes à incidência de tributos e de contribuições de natureza tributária,**

salvo quando expressamente estabelecido na Constituição Federal, a exemplo da imunidade do imposto de renda conferida aos aposentados e pensionistas com idade superior a 65 anos (art. 153, § 2.º, II), e a imunidade das instituições fechadas e de previdência privada (art.197, §. 7.º).

A propósito, ganham relevo os comentários do conceituado constitucionalista **CELSO BASTOS** ao inciso XV do art. 37 da Constituição Federal (*in*, "Comentários à Constituição do Brasil", Saraiva, 3.º, Vol, Tomo III, p.121) :

**"É EVIDENTE QUE ESTA GARANTIA DE IRREDUTIBILIDADE NÃO IMPEDE QUE SE EFETUE SOBRE OS VENCIMENTOS REDUÇÕES DECORRENTES DE IMPOSIÇÕES LEGAIS. É O QUE SE PASSA COM AS RETENÇÕES DE IMPOSTOS, AÍ INCLUÍDAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS"**  
(Destacou-se).

No mesmo sentido, no julgamento da ADIN 1441-DF, QUE TRATOU ESPECIFICAMENTE DO TEMA DEBATIDO, assim decidiu o STF, com fundamento no voto do Exmo. Ministro **OCTAVIO GALLOTTI**:

**"AINDA A UM PRIMEIRO EXAME, NÃO SE MOSTRA RELEVANTE O APELO AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO PROVENTO, QUE, ASSIM COMO OS VENCIMENTOS DO SERVIDOR, NÃO SE ACHA IMUNE À INCIDÊNCIA DOS TRIBUTOS E DAS CONTRIBUIÇÕES DOTADAS DESSE CARÁTER".**  
(Destacou-se).

Nessa linha de entendimento, vale destacar o voto do eminente Ministro **MARCO AURÉLIO**, prolatado no julgamento da ADI n.º 790-4-DF, DJ de 23.04.93, asseverando, em consonância com o Plenário daquela Corte, que a majoração de tributos, tais como a da Contribuição Social, não vulnera Constituição Federal de 1988, sendo oportuno transcrever a seguinte passagem do irretocável voto condutor:

**"... A jurisprudência sedimentada desta Corte é no sentido da PLENA HARMONIA DOS DESCONTOS ASSISTENCIAIS COM O PRINCÍPIO DA**



**IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS - Recurso Extraordinário n. 70.238-RS, Pleno Acórdão publicado no Diário de Justiça da União de 25 de setembro de 1975, recurso extraordinário n. 70.009-RS, Pleno, Acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência n. 83/74, recurso extraordinário n. 76.490-MA, acórdão publicado no DJU de 13 de maio de 1987 e agravo regimental no AI n. 95.521, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência n. 109/244” (destacou-se).**

Diante da jurisprudência tranqüila e solidificada da Corte Suprema Brasileira, conclui-se que a cobrança da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas não afronta a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos/proventos, eis que esses estípedios não se encontram imunes à incidência superveniente de tributos.

Pelo exposto, também sob esse aspecto não procede a alegada ofensa ao primado da irredutibilidade de vencimentos e/ou proventos dos servidores públicos.

#### **D) DA AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO**

Improsperável se apresenta igualmente a alegação de ofensa aos direitos adquiridos dos associados da Agravada, haja vista estar pacificado no Egrégio Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, em que pese os proventos da inatividade serem regulados pelas normas vigentes à época da aposentadoria, **o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais que estabeleceram o quantum a ser auferido a este título**, não havendo como prevalecer ou se manter imutável o sistema legal antigo, ainda mais quando contraditório a preceito constitucional superveniente, de hierarquia superior. Logo, não existe direito adquirido a critérios legais que fixam proventos.

Exatamente nessa direção é a jurisprudência consolidada do Excelso Pretório, reafirmada no julgamento do RE n.º 178802-0/RS, DJ de 19.04.96:

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. GRATIFICAÇÕES. SUPERVENIÊNCIA DO REGIME JURÍDICO ÚNICO E PLANO DE CARREIRA PARA OS SERVIDORES DO MUNICÍPIO. INCORPORAÇÃO DAS GRATIFICAÇÕES AOS VENCIMENTOS E PROVENTOS. REDUÇÃO DOS PROVENTOS E EXISTÊNCIA DE DIREITO**

## **ADQUIRIDO ÀS GRATIFICAÇÕES VIGENTES AO TEMPO DA APOSENTAÇÃO. ALEGAÇÕES IMPROCEDENTES.**

**1. Os proventos da inatividade são regulados pela norma vigente ao tempo da sua aposentadoria, mas o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais com base em que “quantum” foi estabelecido, nem a prevalência do regime jurídico então vigente, ainda mais quando, em obediência a preceito constitucional a esse superveniente, lei nova vem disciplinar o regime jurídico e o plano de carreira dos servidores, incorporando aos vencimentos e proventos as gratificações antes percebidas “em cascata” ou “repique”, que não são permitidas pela nova ordem constitucional”.**

No voto condutor da lapidar decisão reproduzida, com absoluta precisão e propriedade destacou o Ministro Relator, **MAURICIO CORREIA**, no que foi seguido pelos seus pares:

**“...não há direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para o cálculo do montante dos proventos, quando da aposentadoria (RE 88.305-CE, relator Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 88/651), ainda mais quando lei nova, em obediência à norma constitucional superveniente, vem dar nova disciplina à matéria”.**

Assim, não há falar em ofensa ao direito adquirido dos associados da Agravada, certo como é que o regime jurídico regulador do valor dos proventos na época em que a aposentadoria se aperfeiçoa, não está imune às alterações legais posteriores, ainda mais quando advindas da própria Constituição Federal, como ocorre no caso em tela.

### **E) DA DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR**

Não subsistente igualmente, *venia concessa*, a tese chancelada pela liminar recorrida, de que a instituição da Contribuição Social em apreço necessitaria de lei complementar, porquanto também nesta parte o Excelso Pretório, assim como os demais Tribunais pátrios, pacificaram o entendimento de que as únicas contribuições que exigem lei complementar para a sua criação e instituição são aquelas especificadas como “outras da seguridade social”, previstas no artigo 195, § 4.º da vigente Constituição Brasileira.

Sobre o assunto, vale recorrer mais uma vez à jurisprudência do E. STF que, analisando o RE n.º 138284-8/CE, DJ de 28.08.92, afirmou de forma cristalina o seguinte entendimento:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURÍDICAS. LEI n.º 7.689, de 15.12.88.**

- ... omissis

- A Contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, é uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do § 4.º do mesmo art. 195 é que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, § 4.º; C.F., art. 154, I). Posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, "a").

...."

Nesse contexto, e sendo certo que a contribuição em tela tem como fundamento constitucional o artigo 195, da Carta Política de 1988, é evidente que a sua instituição não exige lei complementar, pois, apenas as contribuições previstas no § 4º, do citado dispositivo reclamam este tipo específico de lei, devido a técnica residual insculpida no artigo 154, inciso I, da CF, o que não ocorre na espécie.

Desse modo, não estando a contribuição previdenciária instituída pela Lei estadual n.º 2522/98 inserida dentre aquelas previstas no § 4º do artigo 195 da CF, desnecessária é a exigência de lei complementar, tornando-se imperativa a revogação da liminar recorrida.

## **V – CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS**

Excelentíssimo Senhor Desembargador, com a devida vênia, o Poder Judiciário não pode ignorar as dificuldades econômico-financeiras do País, as quais afetam diretamente os Estados, causando a queda na arrecadação de todos os Entes da Federação e sérios transtornos à Pública Administração.

Portanto, emérito Julgador, tornou-se imprescindível, se não

mesmo vital a adoção, por parte dos Estados, de medidas tendentes a minimizar essas dificuldades, objetivo este que poderá ser alcançado com a incidência justa e legítima da contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos e dos pensionistas, a qual, conforme já amplamente demonstrado, não transgride o ordenamento jurídico vigente.

Impõe-se destacar que, mesmo com a implementação da cobrança da contribuição previdenciária dos inativos, o sistema previdenciário estadual continuará apresentando vultoso déficit, o qual terá de ser suportado pelo Erário.

Para que V. Exa. tenha uma visão global do problema, impende salientar que o valor despendido com as aposentadorias e pensões pagas pelo Instituto de Previdência do Estado-IPEAM, em muito supera o valor da arrecadação correspondente. **O montante das receitas** contributivas auferidas em 1998, pelo extinto IPASEA, foi de R\$ 40.776.395,20 (quarenta milhões setecentos e setenta e seis mil trezentos e noventa e cinco reais e vinte centavos), enquanto **as despesas realizadas com o** pagamento dos benefícios previdenciários foi de R\$ 52.177.727,17 (cinquenta e um milhões novecentos e quarenta e quatro mil quatrocentos e trinta e três reais e dezessete centavos), resultando **um saldo negativo de R\$ 11.401.331,97** (onze milhões quatrocentos e um mil trezentos e trinta e um reais e noventa sete centavos), fato esse gravíssimo, que requer constantes repasses suplementares do Tesouro Estadual àquela Autarquia previdenciária.

A essa quantia devem ser somados, ainda, os valores relativos às aposentadorias que são pagas diretamente pelo Estado do Amazonas àqueles servidores inativos vinculados à folha de pagamento da Secretaria de Administração. No exercício de 1998, o montante gasto com esses servidores foi de R\$ 132.167.358,19 (cento e trinta e dois milhões, cento e sessenta e sete mil, trezentos e cinquenta e oito reais e dezenove centavos).

MM. Desembargador, é importante notar que, no ano de 1998, o Tesouro estadual gastou com o pagamento de pensões e aposentadorias, R\$143.568.691,16 (cento e quarenta e três milhões, quinhentos e sessenta e oito mil, seiscentos e noventa e um reais e dezesseis centavos), quantia essa que se refere ao déficit operacional do sistema previdenciário do Amazonas.

Ademais, em virtude da aguda crise econômica, o valor da arrecadação vem decrescendo mês a mês, enquanto os gastos se elevam a cada dia, estimando-se que, no exercício de 1999, mesmo

com as medidas que foram adotadas, como a cobrança increpada pelos Agravados, os recursos arrecadados para o custeio do sistema de previdência serão inferiores ao montante dos custos a serem cobertos.

Tal situação deficitária torna imprescindível a incidência da contribuição social instituída pela EC n.º 35/98, constituindo-se ela em fonte vital do custeio da previdência, cuja falência o Estado tenta evitar.

Diante do quadro narrado, espera-se que V. Exa. analise não apenas os aspectos jurídicos pertinentes à questão, os quais, conforme se demonstrou, evidenciam cabalmente a legalidade e a constitucionalidade da incidência da contribuição contra a qual se insurge a Agravada, mas, também, que o digna Magistrado, atente para o fato que a decisão liminar concedida trará ao Estado conseqüências econômicas e financeiras deletérias, que se projetarão sobre toda a coletividade e que, por isto, não podem ser menosprezadas pelo Poder Judiciário.

#### **VI - PEDIDO**

Por todas estas ponderações, amparadas na jurisprudência recente do Egrégio Supremo Tribunal Federal - STF, guardião e intérprete maior da Constituição, espera-se que V. Exa. acolha o presente agravo e reconsidere sua decisão, revogando imediatamente a medida liminar deferida, em harmonia com a jurisprudência recente da Suprema Corte e em respeito à letra e ao espírito da Constituição da República e, conseqüentemente determine a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, em atenção ao disposto no art. 102, inc. I, n, da CF.

Caso porém, entenda no sentido de manter a r. Decisão agravada, o que se admite apenas para argumentar, requer o Estado do Amazonas seja o presente recurso regimental submetido ao E. Colegiado Tribunal Pleno, que haverá de **CONHECÊ-LO E PROVÊ-LO** para o fim de cassar a liminar recorrida, por ser de Direito e lúdima **JUSTIÇA!**

Nestes termos, pede provimento.

Manaus, 23 de junho de 1999

**MARCELO AUGUSTO A. DA CUNHA**  
Procurador do Estado

## DOCTRINA

### A REFORMA TRIBUTÁRIA E O RESPEITO AO PACTO FEDERATIVO

**Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho**

Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da SEFAZ. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Amazonas. Professor de Direito Financeiro e Direito Tributário no Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor de Direito Tributário na Escola Superior da Magistratura do Estado do Amazonas (ESMAM).

Sumário: 1. A Reforma Tributária e a mutabilidade constitucional. 1.1. Reforma constitucional: conceito - 1.2. Tipos de reforma: 1.2.1. Poder de Reforma Ordinário ou Permanente: as Emendas Constitucionais. 1.2.2. Poder de Reforma Extraordinário ou Transitório: a Revisão Constitucional - 1.3. Histórico da Reforma da Carta de 1988 - 1.4. Limites à Reforma: as "cláusulas pétreas" - 1.4.1. Limites formais. 1.4.2. Limites circunstanciais. 1.4.3. Limites substanciais - 2. O Estado Federal: Lineamentos. 2.1. Estado: conceito e elementos constitutivos - 2.2. As formas de Estado: 2.2.1. Estado Unitário. 2.2.1. Confederação de Estados. 2.2.3. Estado Federal - 3. O regime federativo erigido pela Constituição de 1988 - 4. A reforma tributária e o respeito ao pacto federativo. 4.1. As propostas de reforma tributária: 4.1.1. A Proposta de Reforma Tributária do Poder Executivo: a PEC n.º 175. 4.1.2. A Proposta de Reforma Tributária do Deputado Luís Roberto Ponte: a PEC n.º 46. 4.1.3. A Proposta de Reforma Tributária do Ministério da Fazenda - 4.2. O necessário respeito ao pacto federativo. - 5. Conclusões - 6. Bibliografia.

#### 1. A REFORMA TRIBUTÁRIA E A MUTABILIDADE CONSTITUCIONAL

Se pretendemos discutir acerca de reforma tributária, devemos, necessariamente, tecer algumas considerações, ainda que superficiais, sobre o tema reforma constitucional, porquanto em nosso país, a tributação está ampla e rigidamente estruturada na

Constituição Federal por meio da disciplina de um "Sistema Tributário" (Capítulo I, do Título VI) que, concedendo poder de tributar aos vários níveis de governo, também assegura garantias constitucionais aos contribuintes.

Isto significa que o âmbito do poder tributário é demarcado pelas extremas postas pela própria Constituição que, ao proceder à repartição daquele poder, pelo mecanismo da competência tributária, estabeleceu contornos nítidos para o exercício do mesmo, como bem observa Celso Ribeiro Bastos: "O exercício do poder de tributar, bem como todos os seus consectários, está submetido à disciplina contida na própria Constituição, na qual encontraremos os fundamentos e os limites do direito tributário positivo, seja da União ou dos Estados, Distrito Federal ou Municípios".

Pode-se dizer, do exposto, que nenhuma nova política tributária será implantada no País sem que se passe por um processo de reforma da Constituição, motivo pelo qual passaremos a analisar as formas pelas quais se pode alterar o texto constitucional.

### **1.1. Reforma constitucional: conceito**

A Constituição de um Estado, por consubstanciar sua estrutura fundamental, presume-se estável, o que não significa, todavia, imutabilidade, porquanto sua eficácia repousa, precisamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a sustentam. Como bem destaca o mestre José Afonso da Silva, "deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinária" (grifos no original).

A reforma é, assim, o modo de alteração do texto constitucional, que se efetiva por meio de emendas ou da revisão, que se constituem na via formal para se alcançar esse objetivo. É dizer, de outro modo, que altera-se o direito constitucional pela modificação expressa da letra da Constituição.

Cumprido destacar, todavia, que a realidade constitucional não se altera apenas por emendas ou por revisão, sendo também alterável pela interpretação nova que se dê a um antigo dispositivo,

pela alteração dos usos e costumes do povo e, sobretudo, pelas mudanças da mentalidade, que fazem com que as normas constitucionais não sejam suscetíveis de uma aplicação única e sempre idêntica, mas, ao contrário, se prestem a aplicações evolutivas - são as denominadas "alterações não formais da Constituição". Exemplo desse tipo de ajuste do texto constitucional é a construção jurisprudencial realizada pela Suprema Corte Norte-Americana.

Todavia, por ser a única a dizer de perto com o objeto deste trabalho, interessa-nos tão somente a alteração formal da letra constitucional, que, como dito alhures, se efetiva por meio de emendas ou da revisão.

## **1.2. Tipos de reforma**

Vê-se, do conceito supra, que a reforma constitucional é gênero que concretiza-se em nossa Carta Magna a partir de duas espécies distintas que são a emenda e a revisão constitucionais. À falta de um rótulo mais adequado, Anna Candida da Cunha Ferraz denomina tais espécies de Poder de Reforma Ordinário ou Permanente e Poder de Reforma Extraordinário ou Transitório, respectivamente.

Como subespécies que são, a emenda e a revisão, ostentam, ambas, ontologicamente, as mesmas características da espécie "poder de reforma". Todavia, por serem espécies diversas, cada uma delas tem suas características diferenciadoras, que passaremos a estudar nas linhas que seguem.

### **1.2.1. Poder de Reforma Ordinário ou Permanente: as Emendas Constitucionais**

A espécie Emenda é prevista no art. 59, I, e regulada pelo art. 60 da Constituição de 1988, que estabelece o procedimento a ser seguido, da mesma forma que em seu parágrafo 4º estabelece as limitações à sua utilização, as chamadas cláusulas pétreas, núcleo imodificável da Carta constitucional, sobre o qual nos debruçaremos em tópico específico.

As emendas à Constituição não são produto do poder constituinte originário, sendo elaboradas pelo constituinte derivado, instituído ou de segundo grau.

A própria Constituição prevê quando e como ela poderá sofrer emendas. O art. 60 da CF/88 menciona que a mesma pode ser emendada em dois turnos de votação, considerando-se aprovada a proposta, desde que possua nestes turnos 3/5 dos votos dos membros do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal).



### **1.2.2. Poder de Reforma Extraordinário ou Transitório: a Revisão Constitucional**

A espécie Revisão não se encontra inserida no capítulo dedicado ao processo legislativo, estando expressa no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), in verbis: "A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral."

Nota-se que o referido dispositivo estabelece, de forma sucinta e lacônica, o rito (procedimento) a ser seguido para sua efetivação, que é diferenciado em relação às demais espécies normativas.

O quorum para a sua aprovação é de maioria absoluta, o mesmo, portanto, da lei complementar. A maioria absoluta a ser obtida far-se-á no Congresso Nacional em sessão unicameral.

Temos, portanto, que a Revisão constitucional é mais ampla que as emendas, seu processo é simplificado e seu quorum reduzido, não havendo outras restrições expressas à sua efetivação. A previsão, na Constituição, da possibilidade de sua reforma total (revisão) tem, no dizer de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, a característica de uma "autofagia constitucional", isto é, "uma forma de tornar acessível pela via derivada o que só poderia ser alcançado pelo poder constituinte originário".

### **1.3. Histórico da reforma da Carta de 1988**

Logo após a sua publicação, já ficava evidente que a atual Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, demandaria, para o futuro, uma intensa atividade de reforma de seu texto, uma vez que as suas imperfeições técnicas não poderiam permanecer.

Conscientes disto, os próprios constituintes, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), já abriram espaço jurídico para a realização de uma revisão constitucional, por um processo mais fácil de elaboração e aprovação, pois requeria tão-somente as mesmas exigências das vigorantes para a aprovação da própria Constituição (poder constituinte originário).

Tal processo de reforma (Extraordinário ou Transitório) não tinha data certa fixada na Constituição, mas sabia-se que deveria ter lugar somente após cinco anos da sua promulgação (art. 3º do ADCT).

A expectativa de um "processo revisional", todavia, não foi plenamente correspondida, tendo ficado muito aquém do que se poderia batizar de uma verdadeira "revisão constitucional". Apenas

seis (6) emendas ao todo foram aprovadas nesse ciclo, nada se alterando substancialmente na Carta Magna. O que de mais marcante foi modificado girou em torno do mandato presidencial, que de 5 (cinco) passou a 4 (quatro) anos. Ressalte-se, todavia, que o Poder Reformador se tem feito valer também pela via das emendas comuns (Poder de Reforma Ordinário ou Permanente), é dizer, não integrantes do processo revisional.

Dessa realidade normativa surgiu a seguinte realidade fática: temos atualmente 34 emendas aprovadas, sendo certo que elas se dividem nitidamente em três ciclos bem diferenciados, como bem destacou o Prof. Celso Ribeiro Bastos : um primeiro, com 4 (quatro) emendas, que marca o início da reforma constitucional da Carta de 1988, e vai desde a sua promulgação até o início das atividades revisionais com fundamento no art. 3º do ADCT; um segundo, marcado precisamente pelas Emendas Constitucionais de Revisão, ao todo em número de 6 (seis), aprovadas com fulcro no art. 3º do ADCT; e um terceiro ciclo, com 24 (vinte e quatro) emendas, que é aquele sob o qual atualmente vivemos, caracterizado pelo retorno às emendas constitucionais demandantes de três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos.

Cumpra destacar que não mais se admite a realização de um processo de revisão constitucional nos moldes estatuídos pelo art. 3º do ADCT, isto é, com processo simplificado e quorum reduzido.

Com efeito, as normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são - inevitável o pleonasma - de caráter transitório. Desta feita, a norma prevista no art. 3º esgotou sua eficácia com a malograda "revisão" empreendida e concluída com apenas seis modificações no texto constitucional.

Em decorrência disto, somos levados a concluir que não cabe mais falar em revisão constitucional, só restando àqueles que pretendam realizar uma reforma do Sistema Tributário Nacional o processo das Emendas do art. 60 da Carta Política. A revisão é singular e única, não podendo repetir-se.

#### **1.4. Limites à reforma: as "clausulas pétreas"**

Vimos que, atualmente, a competência reformadora se corporifica por meio do instrumento chamado emenda à Constituição (art. 59, I, CF/88), elaborada pelo poder constituinte derivado e que submete-se a limitações impostas pela manifestação constituinte prévia (originária).

Tais limitações, inscritas na Constituição, são de três ordens:

a) procedimental (ou formal); b) circunstancial; e c) material (ou substancial).

#### **1.4.1. Limites formais**

O procedimento de elaboração de Emenda à Constituição obedece ao disposto no art. 60 da Constituição Federal de 1988, que há de ser rigorosamente atendido, sob pena de inconstitucionalidade em razão de desobediência à forma.

Dentre as limitações formais - também chamadas de procedimentais - destacam-se: o órgão do poder de reforma (o Congresso Nacional), a iniciativa reservada da proposta de emenda (art. 60, incisos I, II e III, CF), o processo especial de elaboração (art. 60, §§ 2º, 3º e 5º, CF).

#### **1.4.2. Limites circunstanciais**

As vedações circunstanciais são aquelas do §1º do art. 60 da CF/88. Significa que nas circunstâncias do estado de sítio ou do estado de defesa ou da intervenção federal, impede-se a reforma do texto constitucional, que, por ser de relevância nacional, não pode ocorrer em instantes de conturbação nacional.

Se houver alguma proposta de emenda já em tramitação, o seu andamento ficará suspenso, em qualquer fase em que se encontre, até que o País volte à normalidade.

#### **1.4.3. Limites substanciais**

Como limite substancial à reforma constitucional temos as chamadas "cláusulas pétreas". As cláusulas pétreas, também chamadas cláusulas de imutabilidade ou garantias de eternidade, são limites materiais ao poder de reforma constitucional. Referem a conteúdos, princípios, normas constitucionais que não podem ser objeto de deliberação pelo poder de reforma constitucional.

No texto constitucional vigente, as vedações quanto ao conteúdo, à matéria, são aquelas previstas no §4º do art. 60, que impedem até mesmo a deliberação sobre proposta de emenda tendente à abolir: I - a forma federativa do Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; e IV - os direitos e garantias individuais. A Constituição de 1988 não se refere mais, expressamente, à forma republicana de governo.

A questão que se apresenta, então, é a seguinte: seriam tais limitações também impostas à revisão constitucional?

Há quem comungue a idéia de que o constituinte originário não após qualquer restrição à revisão, quando dela tratou no texto

transitório (art. 3º do ADCT). Para estes não há limitações ao poder de revisão.

Todavia, considerando a semelhança de ambos os instrumentos de reforma constitucional, entendemos pela imposição daquelas restrições pertinentes às emendas também à revisão, ou seja, para ambas as espécies de reforma existentes.

Portanto, ainda que considerássemos a possibilidade de realização de uma reforma constitucional tributária na forma preconizada pelo art. 3º do ADCT - o que descartamos anteriormente e somente se admite ad argumentandum tantum - esta também teria que sujeitar-se às cláusulas pétreas, dentre as quais sobressai o Princípio do Federalismo, sobre o qual teceremos breves considerações.

## **2. O ESTADO FEDERAL: LINEAMENTOS**

### **2.1. Estado: conceito e elementos constitutivos**

Os homens reuniram-se, embrionariamente, em grupos sociais, porque concluíram que é imprescindível à sobrevivência a colaboração mútua.

Esses grupos, de organização precária, passaram, paulatinamente, a solicitar a satisfação de necessidades gerais, impossíveis de serem atendidas pela manifestação individual de cada um dos seus elementos. Assim, desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade, teve a necessidade de criar um ente politicamente organizado para gerir o interesse de todos.

Este ente organizado, que é o próprio Estado (do latim *status*, que significa "estar firme"), é o responsável direto pela administração dos bens e interesses da comunidade, tendo por finalidade o "bem comum", i.e., o atendimento ao interesse público.

O Estado, como ordem política da Sociedade, é conhecido desde a antiguidade. O seu conceito vem evoluindo, a partir da "polis" grega e da "civitas" romana, graças aos questionamentos e pesquisas realizadas por diversos estudiosos.

É impossível, no entanto, encontrarmos um conceito único de Estado que seja totalmente aceito por parte dos doutrinadores. Isto porque o Estado é um organismo social muito complexo e os conceitos, por sua vez, são pontos de vista específicos, embora geralmente formais, de cada autor.

Todavia, apesar da dificuldade em conceituar o Estado com precisão, observa-se nos conceitos e juízos de diversos autores alguns elementos que são fundamentais para a estruturação de um conceito básico de Estado: 1) uma sociedade permanente de homens;

2) um determinado território; 3) um governo independente; e 4) visa basicamente alcançar o bem comum. Considerando-se esses elementos, teremos chegado a uma visão global e abrangente do processo de conceituação do Estado, visto que se adequa às opiniões da grande maioria da doutrina.

Tais elementos compõem a estrutura formadora do Estado, sendo, conseqüentemente, indispensáveis à existência do mesmo. São os chamados elementos constitutivos do Estado, ou, como preferem outros autores, elementos essenciais do Estado.

Com algumas poucas exceções, concorda a doutrina majoritária como sendo três os elementos essenciais do Estado, embora diverjam quanto a eles. São esses elementos de ordem material e de ordem formal.

Os elementos materiais são a população e o território, porque erigem-se em fatores concretos sensíveis. O elemento formal é identificado com o poder político - ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou soberania -, que é o vínculo que agrega o grupo humano.

## **2.2. As formas de Estado**

A posição recíproca em que se encontram os elementos do Estado (povo, território e poder político) caracteriza a forma de Estado.

Por forma de Estado entende-se, assim, "a maneira pela qual o Estado organiza o povo e o território e estrutura o seu poder relativamente a outros poderes de igual natureza, que a ele ficarão coordenados ou subordinados".

Duas são, assim, as formas de Estado: a) Estado simples (Estado Unitário: França, Inglaterra, Espanha, Portugal, Uruguai, Bolívia, etc.) e b) Estado composto, compreendendo a União Pessoal (Hanôver, de 1714 a 1838), a União Real (Suécia-Noruega, de 1815 a 1905), a União Incorporada (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda, de 1800 a 1922), a Confederação (Suíça, de 1481 a 1788), a Federação (Estados Unidos da América do Norte, de 1787 em diante), o Império (a Inglaterra, de 1838 em diante) e a Comunidade (a Commonwealth de Winston Churchill).

Estados simples são aqueles em que uma única autoridade de governo se exerce, onde o poder público tem uma única expressão: o governo nacional.

Os Estados compostos são, como o próprio nome está a indicar, uniões de dois ou mais Estados, que se formam por motivos diversos.

### **2.2.1. Estado Unitário**

No Estado Unitário, há centralização política e administrativa, às vezes mitigada. Para o ente descentralizado inexistem autonomia política, auto-governo, legislatura e jurisdição.

### **2.2.1. Confederação de Estados**

No Estado Confederal, que é uma liga de Estados com fins políticos, econômicos ou militares, cada membro conserva a sua soberania.

A Confederação se assenta em tratado internacional e não em Constituição: surge de convênio entre Estados soberanos (partícipes) que não abdicam de sua soberania.

### **2.2.3. Estado Federal**

O conceito de Estado Federal pode ser encontrado em contraste com o Estado Unitário e a Confederação de Estados.

A Federação é a forma de Estado caracterizada pela partilha constitucional de competências, conjugada pela participação das ordens locais na ordem jurídica nacional. Encontra-se calcada em uma Constituição e não em um simples tratado, como ocorre com as confederações.

É a forma de Estado composta de unidades federativas dotadas de autonomia político-administrativa (arts. 1º e 18 da Constituição Federal). Opõe-se ao Estado unitário, porquanto este hospeda um único centro de poderes legiferantes, ainda que realize uma descentralização meramente administrativa.

No Estado Federal, que é um "Estado de Estados", só a União goza de soberania, porque os membros são simplesmente autônomos (self-government e self-administration), mas não soberanos. Na Federação, a soberania é da nação. União e Estados-Membros formam ordens jurídicas parciais sob a égide da Constituição, que os subordina. Falta aos Estados-Membros soberania e representação na ordem internacional.

Michel Temer enumera três requisitos como indispensáveis à configuração do Estado Federal:

- a) descentralização política ou repartição constitucional de competências;
- b) participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional; e
- c) possibilidade de autoconstituição, ou seja, a existência de constituições locais.

Aduz, ao demais, que a manutenção do Estado Federal, de seu turno, depende de dois requisitos:

a) a rigidez tendente a impedir qualquer processo de reforma que cogite extinguir a Federação; e

b) a existência de um órgão incumbido do controle da constitucionalidade das leis, no sentido de assegurar a intangibilidade do postulado federativo, bem como os princípios imersos em suas dobras.

A característica básica de qualquer federação está em que o poder governamental se distribui por unidades regionais. Na maioria delas, essa distribuição é dual, formando-se duas órbitas de governo: a central e as regionais (União e Estados federados) sobre o mesmo território e o mesmo povo. Mas, no Brasil, como veremos, o sistema constitucional eleva o Município à categoria de entidade autônoma, isto é, entidade dotada de organização e governo próprios e competências exclusivas. Com isso, a federação brasileira adquire peculiaridade.

### **3. O REGIME FEDERATIVO ERIGIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 declara, em seu art. 1º, que o Brasil é uma República Federativa "formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal".

Inferre-se do dispositivo retrotranscrito que a Carta de 1988, mantendo a nossa tradição constitucional, segue o regime federativo, inaugurado com a Constituição Republicana de 1891.

Como é de sabença, o nosso federalismo não provém da União de entidades separadas: não foi um federalismo por associação, segundo o que denomina Jeanneau Benoît, e sim o oposto, ou seja, aquilo que este denomina de federalismo da dissociação, porquanto existia, no Império, um Estado unitário, que a República transformou - em verdade, impôs de cima para baixo, sem consideração pelas realidades nacionais - em Estado Federal.

Impende destacar que a Constituição vigente inclui no pacto federativo o Município, que é a base da organização política e administrativa do país, sendo, por outro lado, a menor unidade territorial da Federação.

Ressalte-se que a partir da Carta de 1934 passamos à divisão tríplice de competências, com o reconhecimento constitucional do Município como entidade estatal nivelada à União e aos Estados-Membros.

Contudo, embora autores do porte de Hely Lopes Meireles, Pontes de Miranda e Victor Nunes Leal afirmassem que o Município era entidade estatal integrante da Federação, entidade medularmente política, somente agora, com a Constituição de 1988, é que, pela primeira vez, na nossa história constitucional, o Município passou a ganhar, expressamente, o status constitucional, através do seu art. 1º, caput.

Observa-se que o Município saiu bastante fortalecido, não só com esse expresso reconhecimento constitucional, de integrante da Federação, como também pela possibilidade de editar leis orgânicas próprias, além de uma descentralização dos recursos tributários prevista pela nova Constituição.

Como bem destaca Celso Ribeiro Bastos, o fortalecimento da autonomia municipal se manifesta sob um tríplice aspecto: "a sua inclusão dentre as pessoas que integram a Federação ao lado dos Estados-Membros e do Distrito Federal (art. 18), a competência que agora lhes é própria de promulgarem sua Lei Orgânica (art. 29), e finalmente, o acréscimo de sua capacidade legislativa, não só pelo alargamento do rol de assuntos que lhe competem, como também, pela introdução de uma competência legislativa suplementar que hoje lhes permite editar leis estaduais e federais nos pontos em que estas possam ter uma angulação que as torne interessantes para o Município (art. 30, II)".

Nos termos, pois, da Constituição vigente, o Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira. É uma peculiaridade brasileira, já que não encontramos em outros países o Município como peça de um sistema federativo.

## **4. A REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E O RESPEITO O PACTO FEDERATIVO**

### **4.1. As propostas de reforma tributária**

Há diversos anos se discute a necessidade de reformulação do sistema tributário brasileiro que, como todos sabem, em suas grandes linhas, foi estruturado em 1965 com a edição da Emenda Constitucional n.º 18, desenvolvida com a colaboração de Rubens Gomes de Souza, Gerson Augusto da Silva e Gilberto de Uihôa Canto.

Com o advento da Constituição de 1988, muitos já admitiam a necessidade de uma imediata reforma fiscal - expressão que já chega a ser um modismo no País -, sob o argumento de que o país se tornaria ingovernável, se mantido o mesmo sistema instituído pelo estatuto Político vigente.



Com supedâneo em tal argumento, o Congresso Nacional tem recebido várias propostas de reforma tributária sob a forma de emendas constitucionais. Analisaremos, aqui, três dessas propostas.

#### **4.1.1. A Proposta de Reforma Tributária do Poder Executivo: a PEC n.º 175**

A primeira dessas três propostas ficou conhecida pelo seu número no Congresso, a PEC 175.

Dentro da política de reformas da Constituição, o Governo Federal apresentou ao Congresso, em 1995, uma proposta de emenda à Constituição (PEC), alterando pontos relevantes do sistema tributário atual.

O projeto do Governo e inúmeras propostas que tramitavam no Congresso resultaram no Substitutivo do Deputado Mussa Demes (PFL/PI), que está com sua apreciação suspensa no legislativo, aguardando nova manifestação do Governo Federal.

A proposta de emenda constitucional n.º 175 atraiu todas as outras propostas em tramitação na Câmara e passou a ser o principal foco do debate da reforma tributária.

A proposta original enviada pelo Poder Executivo (a PEC 175, de 1995) envolvia alterações profundas no capítulo constitucional da ordem tributária, dentre as quais merecem destaque as seguintes:

- a) extingue o IPI;
- b) transfere da União para os Estados e Distrito Federal a competência para cobrar o ITR e atribui aos Municípios parcela nunca inferior a 25% da sua receita;
- c) o ICMS passa a ser instituído e regulado por lei complementar federal, e arrecadado e fiscalizado pela União, Estados e Distrito Federal;
- d) o montante do ICMS cobrado pela União será compensado com o a ela devido, o cobrado pelos Estados e Distrito Federal com o a eles devido;
- e) quanto aos critérios de repartição de receitas tributárias na Federação, dentre outras modificações, exclui da arrecadação do imposto sobre a renda a ser partilhado com Estados e Municípios, a parcela decorrente da incidência na fonte sobre rendimentos pagos pela União, bem como suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.

O ponto central da proposta foi, de fato, a alteração na estrutura do ICMS, que passa a ser federal, gerando um grande potencial para conflitos federativos. Do ponto de vista federativo, outra modificação que toca em ponto com grande potencial de conflitos

é a retirada do imposto de renda na fonte dos servidores federais da base de cálculo dos Fundos Constitucionais, que aponta para uma redução de transferências, contrária aos interesses de Estados e Municípios.

O substitutivo apresentado pelo relator da Comissão Especial, Deputado Mussa Demes - e que ficou conhecido como "proposta Mussa Demes" - alterou a proposta original da PEC 175 em vários pontos fundamentais. Segundo seu autor, utilizou-se de critérios básicos no sentido de evitar o enfraquecimento do federalismo, resguardar as garantias do contribuinte e as competências do Poder Legislativo.

Assim, objetiva implementar as seguintes modificações no sistema tributário atual:

a) preservou a idéia central da proposta original de transformar o ICMS e o IPI em um só imposto, mais adequado às características de um imposto sobre o valor adicionado;

b) não torna permanente a retirada da base de cálculo da receita do imposto sobre a renda retido na fonte da base de cálculo dos Fundos de Participação;

c) o Substitutivo assegura à Zona Franca de Manaus, até 2013, a manutenção na legislação do novo ICMS (compartilhado entre União, Estados e Municípios) de todos os benefícios fiscais hoje concedidos pela legislação do IPI e do ICMS.

#### **4.1.2. A Proposta de Reforma Tributária do Deputado Luís Roberto Ponte: a PEC n.º 46**

A segunda proposta de Reforma Tributária é a do Deputado Luís Roberto Ponte - a PEC n.º 46/95 - e é, na verdade, uma evolução do substitutivo apresentado à PEC 17/91, do Deputado Flávio Rocha, que criava o imposto único.

A denominada "Proposta Ponte" se apresentava como um meio termo entre o radicalismo de um imposto único e o de um sistema apoiado em bases tributárias complexas e repleto de distorções.

Ao longo do tempo, a proposta sofreu adaptações, sendo que sua última versão fora apresentada na forma de emenda constitucional em 1995, sendo pensada ao projeto de reforma tributária do Poder Executivo (PEC 175).

A Proposta Ponte, se implantada, representaria uma transformação radical da estrutura tributária, sendo que o equilíbrio federativo seria igualmente modificado. O Sistema Tributário Nacional passaria a ser integrado pelos seguintes impostos:

a) Imposto sobre Transações Financeiras (ITF), que, na concepção do autor da proposta, teria as mesmas características da atual CPMF. Sua alíquota teria um teto constitucional de 0,5% e o produto de sua arrecadação seria vinculado à Seguridade Social;

b) Imposto sobre Consumo ou Produção (ICP), que se desdobraria em dois: o primeiro, na forma de um imposto seletivo, monofásico, seria cobrado nas fontes produtoras (energia, combustíveis, comunicações, veículos, cigarros e bebidas); o segundo seria um imposto sobre o consumo dos demais bens e serviços, que tanto poderia ser um imposto sobre valor adicionado - IVA, como um imposto do tipo de vendas a varejo a ser definido em lei complementar;

c) Imposto sobre o Comércio Exterior (ICE), cuja função seria a mesma dos atuais impostos de importação e exportação;

d) Imposto sobre a Renda (IR), que serviria, na concepção do autor, para complementar a arrecadação do ITF;

e) Imposto sobre a Propriedade Imobiliária (IP), de competência municipal, que reuniria as características dos atuais IPTU e ITR.

Caberá à União instituir os impostos supramencionados, a fim de torná-los uniformes em todo o país, cabendo à lei complementar definir as competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios relativamente à regulamentação, arrecadação e fiscalização.

Em relação aos impactos no equilíbrio federativo, o maior problema da Proposta Ponte é a perda do controle da base tributária por Estados e Municípios, pois vai de encontro com o princípio da descentralização de encargos e da subsidiariedade.

Ademais, as modificações introduzidas pela proposta reduzem a competência impositiva dos Estados e Municípios, aumentando sua dependência do sistema de transferências. Apesar de permitir a divisão das responsabilidades pela arrecadação, regulamentação e fiscalização dos impostos - o que seria estabelecido em lei complementar -, de qualquer forma, a autonomia financeira daqueles entes restaria bem reduzida.

#### **4.1.3. A Proposta de Reforma Tributária do Ministério da Fazenda**

A última proposta é a apresentada pelo Secretário-Executivo do Ministério da Fazenda, Sr. Pedro Parente, em setembro de 1997, na Câmara dos Deputados.

O Executivo Federal, a despeito de ter apresentado a proposta de 1995 (PEC 175), resolveu divulgar oficiosamente essa

nova proposta, com alterações acentuadas tanto em relação ao sistema tributário atual, como em relação a sua proposta original.

A "proposta Pedro Parente" objetiva implementar as seguintes modificações no sistema tributário atual:

a) os impostos regulatórios (II, IE, IOF) e o ITR passam a ser contribuições;

b) introdução do Imposto sobre Valor Agregado - IVA, incidente sobre mercadorias e serviços em geral, sob a competência tributária da União;

c) criação do imposto sobre vendas a varejo de mercadorias, incidente sobre mercadorias, de competência estadual, com uma alíquota única, por Estado, e de maneira uniforme sobre todos os produtos;

d) criação do imposto sobre vendas a varejo de serviços, de competência municipal, com uma alíquota única, por Município, e de maneira uniforme sobre todos os serviços;

e) extinção do IPI, ICMS, ISS, CSLL, COFINS e PIS/PASEP;

f) transforma a contribuição provisória sobre movimentações financeiras (CPMF) em imposto permanente (IMF), a ser dedutível do IR.

A "proposta Pedro Parente" tem grande impacto na Federação em razão dos seguintes pontos:

a) apesar dos cuidados com a manutenção de receitas, haverá dificuldades, especialmente para os Estados e Municípios, para lidarem com os novos impostos, que exigirão um investimento substancial no sistema de arrecadação. A tendência é de que tais níveis de Governo encontrem dificuldades para arrecadarem o que necessitam, ficando mais dependentes de transferências da União;

b) a garantia do sistema de transferências que preserva a atual situação financeira relativa entre os membros da federação é o maior desafio da proposta, porquanto haverá perdas e ganhos não uniformes entre Estados e Municípios, que deverão ser compensadas de maneira específica, solução não mencionada na proposta - que espera ser possível, com o sistema sugerido, manter-se a mesma arrecadação para os três níveis da Federação.

#### **4.2. O necessário respeito ao pacto federativo**

A Reforma tributária é imperiosa, não há quem a conteste. Todavia, não se pode permitir que tal reforma acabe por alargar a dependência das administrações estaduais ao Governo Federal, fazendo com que os Estados-membros passem a viver sem rendas

suficientes para atender às necessidades locais, e sem possibilidade de exercerem com autonomia suas funções administrativas e obrigações constitucionais.

Com efeito, a Constituição instituiu o sistema tributário nacional sob inspiração de várias diretrizes políticas e econômicas, a começar pela da eficácia e preservação do regime federativo. Destarte, cada nível de governo - o federal, o estadual e o municipal - foi provido de receitas exclusivas e indelegáveis.

Ocorre que os projetos encaminhados pelo governo federal, nos últimos anos, têm como meta - comum a todos - aumentar a receita tributária conferida à União, que pretende apoderar-se do mais produtivo imposto do sistema tributário brasileiro, hoje outorgado à competência dos Estados e do Distrito Federal: o ICMS.

Ora, partindo do pressuposto de que é essencial que o sistema tributário ofereça às diferentes pessoas políticas da Federação, na Constituição, um núcleo de tributos bem estruturado, chega-se à inexorável conclusão de que uma reforma tributária que se pretenda eficaz deve fixar as rendas estaduais de forma discriminada, destacando-se das rendas centrais.

Deve, de igual forma, assegurar a autonomia financeira dos Estados através da livre instituição e arrecadação dos tributos de sua competência e aplicação de suas rendas. Com isto serão garantidos os recursos necessários aos Estados para que, diante de suas obrigações constitucionais, possam prestar um serviço de qualidade à população.

Devem ser mantidos, igualmente, em favor dos Estados-membros, mecanismos de participação na arrecadação da União, como modo de melhorar suas finanças (transferências intergovernamentais).

Ao contrário, se se pretender instituir, através da reforma tributária, uma centralização excessiva da receita fiscal na União, além de implicar numa desfiguração do pacto federativo, serão comprometidos os projetos dos Estados e dos Municípios o que acarretará o esvaziamento de suas atividades político-administrativas.

Ora, se examinarmos a história dos sistemas tributários de todos os países e, particularmente, a brasileira, veremos que obedecem a grandes ciclos, que se sucedem. No caso brasileiro, a história pós-colonial apresenta claramente oscilações entre períodos de centralização do poder - inclusive do tributário - (entre 1930 e 1945, e entre 1964 e 1988) e períodos de descentralização (entre 1981 e 1930, e entre 1946 e 1964). Atualmente, estamos num

momento de descentralização, e não podemos permitir proposta de reforma que busque "federalizar" o conjunto dos tributos estaduais e municipais.

Parece-nos evidente que uma reforma constitucional tributária que amplie a competência impositiva da União, em detrimento das finanças dos Estados atenta flagrantemente contra o princípio da autonomia financeira e, portanto, contra o princípio da Federação, porquanto a característica fundamental do federalismo é a autonomia dos Estados-Membros.

É claro que o art. 60 da CF não proíbe apenas emendas que expressamente declarem "fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado". Como nota José Afonso da Silva: "A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação; basta que a proposta de Emenda se encaminhe ainda que remotamente, "tenda" (emendas tendentes, diz o texto), para a sua abolição."

Assim, por exemplo, a autonomia dos Municípios assenta na capacidade de auto-organização, de auto-governo e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência a abolir a forma federativa de Estado.

Com efeito, no âmbito tributário, a sustentar a autonomia política e administrativa do Estado-Membro e do Município - que, no Brasil, como vimos, tem dignidade constitucional - impõe-se a preservação da autonomia financeira dos entes locais, sem a qual aquelas outras não existirão. Dito de outro modo, de nada adiantará aos Estados-membros a autonomia administrativa se não dispuserem de recursos próprios para financiar seus gastos e permitir a realização de seus serviços públicos. Sem recursos suficientes, a autonomia dos Estados-membros só existirá "no papel".

A autonomia financeira, como bem destaca Sacha Calmon Navarro Coelho, "resguarda-se mediante a preservação da competência tributária das pessoas políticas que convivem na Federação, e, também, pela eqüidosa discriminação constitucional das fontes de receita tributária, daí advindo a importância do tema referente à repartição das competências, assunto inexistente, ou pouco relevante, nos Estados unitários."

Assim, sendo a Federação um pacto de igualdade entre as pessoas políticas, e sendo a autonomia financeira o penhor da autonomia dos entes federados, têm-se que qualquer agressão, ainda que velada, a estes dogmas, constitui inconstitucionalidade, a teor do art. 60, §4º, I, da CF/88.

Como bem destaca a Prof.<sup>a</sup> Misabel Abreu Machado Derzi, "todo projeto ideal de reforma pressupõe um amplo debate público sobre o papel do Estado, seus deveres e encargos, distribuídos segundo as distintas esferas da Federação, e a estratégia de desenvolvimento econômico a ser adotada". Assim, qualquer modificação do sistema tributário em vigor deve ter observado os princípios nucleares intangíveis da Constituição brasileira, que não são alteráveis pelo poder constituinte derivado, dentre eles o princípio federativo.

Destarte, quanto à reforma fiscal, afigura-se pertinente a persecução de alternativas técnicas capazes de viabilizar a captação de recursos financeiros necessários à manutenção dos Estados, pois, do contrário, o conceito de autonomia, longe de tornar-se realidade, apenas figurará na Constituição, posto que os Estados continuarão submissos, nos moldes do centralismo que vigia à época do Império.

## 5. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

a) em virtude de, em nosso país, a tributação estar amplamente estruturada na Constituição Federal, nenhuma nova política tributária poderá ser implantada sem que se passe por um processo de reforma do texto constitucional;

b) o processo de reforma tributária sujeita-se às limitações que se impõem às alterações formais da Constituição, dentre as quais destacam-se a forma federativa de Estado (art. 60, §4º, da Constituição Federal) a qual tem, como um de seus fundamentos, a autonomia financeira dos Estados-membros;

c) o Sistema Tributário Nacional deve caracterizar-se pela descentralização e fortalecimento da autonomia dos Estados-membros da Federação, não se permitindo, por conseguinte, a redução de suas competências tributárias nem das transferências federais para essas esferas de governo;

d) em respeito ao pacto federativo, deverá a reforma tributária definir, de forma clara, as obrigações e a competência de cada um dos entes federativos, inclusive dos Estados, não podendo reduzir a receita tributária própria dos mesmos nem inviabilizar a administração estadual, sob pena de inconstitucionalidade;

e) para reafirmar sua ampla autonomia, em relação às outras pessoas políticas, o Estado deve continuar a ter meios necessários para a realização dos seus objetivos, o que poderá ser feito através da criação e arrecadação livre de seus impostos, bem como a sua participação em algumas rendas tributárias da União.

**BIBLIOGRAFIA**

- AGUIAR, Joaquim Castro. Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição, 1ª ed., 5ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional, São Paulo: Saraiva, 1998.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo, Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.
- BARRETO, Aires. "Os municípios na nova Constituição brasileira", in A Constituição brasileira 1988: interpretações (coord. Ives Gandra da Silva Martins), Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, pp. 81-93.
- BASTOS, Celso Ribeiro (coord.). Por uma nova federação, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRAGA, João dos Santos Pereira. "Revisão constitucional", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Amazonas, v. 10, Manaus, 1998, pp. 45-54.
- BRAZ, Petrônio. "Município: Ente federativo", in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 8, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul.-set./1994, pp. 103-107.
- BRITO, Edvaldo. "Divisão tributária no federalismo brasileiro", in Direito tributário contemporâneo: estudos de especialistas, São Paulo: Atlas, 1995, pp. 21-26.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional, São Paulo: Saraiva, 1997.
- CASSEB, Paulo Adib. Federalismo: aspectos contemporâneos, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. "Reforma Tributária, Federalismo e Estado Democrático de Direito", in Estudos tributários (org. Condorcet Rezende), Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 433-457.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. "Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais", in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 5, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out.-dez./1993, pp. 5-24.



- MARINHO, Josaphat. "Reflexões sobre a Constituição e reforma constitucional", in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba - vol. 2 - direito administrativo e constitucional (org. Celso Antônio B. de Mello), São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 403-416.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Reforma tributária", in Cidadania e justiça - Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 4, 1º semestre de 1998, pp. 71-79.
- MENEZES, Aderson de. Teoria geral do Estado, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. Crise, reforma e desordem do sistema tributário nacional, Campinas: Editora da UNICAMP, 1995.
- PONTES, Helenilson Cunha. "Federalismo e repartição tributária", in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 15, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abr./jun., 1996, pp. 32-41.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. O município na Constituição de 1988, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

## NOTAS:

<sup>1</sup>Tese apresentada e aprovada no XXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado - realizado em Maceió/AL, de 24 a 28 de outubro de 1999.

<sup>2</sup>Celso Ribeiro Bastos, Direito público: estudos e pareceres, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 143.

<sup>3</sup>José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 47.

<sup>4</sup>Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Comentários à reforma administrativa, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 31.

<sup>5</sup>José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, cit., p. 44.

<sup>6</sup>João dos Santos Pereira Braga, "Revisão constitucional", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Amazonas, v. 10, Manaus, 1998, p. 45.

<sup>7</sup>Anna Candida da Cunha Ferraz, "Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais", in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 5, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out.-dez./1993, p. 9.

<sup>8</sup>Humberto Peça de Moraes, "Revisão constitucional", in Jornal do Cepad, maio/junho de 1993, pp. 1 e 6.

<sup>9</sup>Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Comentários   reforma administrativa, cit., p. 53.

<sup>10</sup>Celso Ribeiro Bastos, Emendas   Constitui o de 1988, São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>11</sup>Nesse sentido: Carla Izolda Fiuza Costa Marshall, Direito constitucional: doutrina e prática, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 46.

<sup>12</sup>O poder constituinte originário, ao contrário, não está limitado por nenhuma norma de direito positivo.

<sup>13</sup>Celso Ribeiro Bastos prefere chamar tais limita es de temporais (in Emendas   Constitui o de 1988, cit., p. 22). Diversamente leciona José Afonso da Silva, que estabelece distin o entre as limita es circunstanciais e as temporais, lembrando, ainda, que na história constitucional brasileira, somente a Constitui o do Império (1824) estabeleceu limita o temporal, porquanto previra que, tão-somente após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada (art. 174) (in Curso de direito constitucional positivo, cit., p. 60).

<sup>14</sup>Michel Temer, Elementos de direito constitucional, 9  ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 36.

<sup>15</sup>Nagib Staibi Filho, Comentários   Constitui o de 1988, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 33; José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, cit., p. 62. O Prof. José Afonso da Silva, digase de passagem, sustentava que a revisão constitucional estabelecida no art. 3  do ADCT não sujeitava-se, sequer, ao controle de constitucionalidade, nem mesmo quanto aos aspectos formais (ob. cit., p. 63).

<sup>16</sup>Nesse sentido: Humberto Peça de Moraes, "Revisão constitucional", cit., pp. 1 e 6.

<sup>17</sup>Kildare Gonçalves Carvalho, Direito constitucional didático, 3  ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 66.

<sup>18</sup>O Império e a Comunidade são novas formas de Estado, sui generis, não admitidas por alguns autores. Sobre elas, escreve Paulino Jacques: "(...) no Império, as col nias ou posses es não são nem

mesmo autônomas, mas os domínios desfrutam de plena autonomia (Canadá, Austrália, Nova Zelândia e União Sul-Africana, antes do 2º pós-guerra); e na Comunidade, os Estados componentes, além de autônomos, são parassoberanos (os mesmos estados hoje, e mais a Irlanda do Sul). Bem se vê que a Comunidade é a evolução do império, cujos membros tendem a adquirir verdadeira soberania, para romper, oportunamente, todo vínculo de sujeição à Metrópole (...)." (in Curso de direito constitucional, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 173).

<sup>19</sup>Aderson de Menezes, Teoria geral do Estado, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 180.

<sup>20</sup>Este é o motivo que leva Michel Temer a deixar de indicar a Confederação como forma de Estado (Elementos de direito constitucional, cit., p. 58).

<sup>21</sup>Paulo Adib Casseb, Federalismo: aspectos contemporâneos, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 12.

<sup>22</sup>Vitor Hugo Mota de Menezes, Lições elementares de direito internacional público, Manaus: s/ed., 1999, pp. 48 e 63.

<sup>23</sup>Michel Temer, Elementos de direito constitucional, cit., p. 57.

<sup>24</sup>Michel Temer, Elementos de direito constitucional, cit., p. 57.

<sup>25</sup>Cf. José Frederico Marques, "O regime federativo", in Constituição e Constituinte, Cadernos APAMAGIS-6, Revista dos Tribunais, 1987, p. 63.

<sup>26</sup>Cármem Lúcia Antunes Rocha, República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 290 e 296.

<sup>27</sup>Toshio Mukai, Administração pública na Constituição de 1988, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 6.

<sup>28</sup>Celso Ribeiro Bastos, Estudos e pareceres: direito público, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pp. 238-239.

<sup>29</sup>Várias outras propostas, num total de oito, foram apensadas ao projeto do Poder Executivo: a PEC 14/95, do Deputado Luís Carlos Hauly, a PEC 110/95, do Deputado Germano Rigotto, a PEC 176/93, do Deputado Eduardo Jorge, a PEC 195/95, do Deputado Vítor Faccioni, a PEC 124/95, do Deputado Firmo de Castro, a PEC 38/95 do Deputado Paulo Gouvêa, a PEC 46/95, do Deputado Luís Roberto Ponte e a PEC 47/95, também do Deputado Luís Carlos Hauly.

<sup>30</sup>A proposta original, ao extinguir o IPI e criar o ICMS federal elimina de maneira permanente os benefícios fiscais dos antigos impostos, o que atingiria frontalmente a ZFM, que, a partir da promulgação da emenda, ficaria sem qualquer vantagem fiscal.

<sup>31</sup>As transferências intergovernamentais são transferências de recursos entre as várias esferas de governo, ou seja, são formas de participação de umas pessoas políticas no produto da arrecadação de outras. Os arts. 157 e 158 da Constituição Federal tratam da "Repartição das Receitas Tributárias".

<sup>32</sup>Helenilson Cunha Pontes, "Federalismo e repartição tributária", in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 15, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abr./jun., 1996, pp. 38-39.

<sup>33</sup>José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 61.

<sup>34</sup>Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Curso de direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 63.

<sup>35</sup>Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Curso de direito tributário brasileiro*, cit., p. 63.

<sup>36</sup>Misabel Abreu Machado Derzi, "Reforma Tributária, Federalismo e Estado Democrático de Direito", in *Estudos tributários* (org. Condorcet Rezende), Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 433.

<sup>37</sup>Misabel Abreu Machado Derzi, "Reforma Tributária, Federalismo e Estado Democrático de Direito", cit., p. 433.

## O MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

José Afonso da Silva

Prof. Tit. Aposentado da FD/USP

### 1. Institucionalização constitucional

1. O Ministério Público se tornou instituição especial na estrutura do Estado contemporâneo. Há quem veja sua origem nos advogados e procuradores do rei que, antes do século XVI, eram apenas os representantes dos interesses privados do monarca perante os tribunais. O papel desses advogados e procuradores do rei foi gradativamente ampliando-se *pari passu* com o fortalecimento dos poderes dinásticos; e se tornaram assim agentes do poder público *junto* aos Tribunais (Frederico Marques). Mais um passo adiante desprenderam dessa condição para se transformarem num agente político destinado a prover sobre a exata observância do direito objetivo, defesa dos direitos indisponíveis e do interesse público

2 Durante o Império não chegou a ter grande destaque. Foi referido no Código de Processo Criminal de 1832, que o colocou em plano subalterno. A Constituição Republicana de 1891 não o menciona; só dispunha caber ao Presidente da República designar, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições a lei definiria (art. 58, § 2º). Uma lei, porém, já existia, a de nº 1.030, de 14.11.1890, que dava organização ao Ministério Público Federal, reputando-o já como instituição. Com a Constituição de 1891 consolidou-se a Federação, instituída já pelo o Decreto nº 1, de 15.11.1889, tendo sido o Poder Judiciário repartido entre a União e os Estados, ter-se-ia que haver também dois Ministérios Públicos: *um federal e outro estadual. A Constituição de 1934 elevou-o à categoria de instituição constitucional, mas apenas como órgãos de cooperação nas atividades governamentais.* A Constituição de 1937 só o menciona indiretamente nos arts. 99 e 105. A de 1946 dedicou-lhe um título inteiro (Tít. III). A de 1967 colocou-o numa seção do Poder Judiciário (arts. 137 a 139), a de 1969 incluiu-o entre os órgãos do Poder Executivo.

3. Essas vacilações do legislador constituinte sobre a colocação do Ministério Público no texto constitucional revelava dúvida quanto à sua exata natureza jurídica e à sua posição na organização estatal. Agora, a Constituição de 1988 lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-

lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de importantes funções institucionais descritas no art. 129. Com se vê, vem ele ocupando lugar cada vez mais na organização do Estado dado o alargamento de suas funções. E o que é importante para o nosso tema é que agora a Constituição institucionalizou também o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, como se lê no seu art. 130.

*“Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”.*

## **2. Evolução do MP junto aos Tribunais de Contas**

4. Antes de passar à análise daquele preceito do art. 130, convém observar que não foi a Constituição que inventou o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas realmente, esse Ministério Público especial é coetâneo do surgimento do Tribunal de Contas. Este, como se sabe, surgiu no sistema brasileiro por força do art. 89 da Constituição de 1891, in verbis:

*“É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.*

5. Assim instituído o Tribunal de Contas da União, logo veio o Decreto 1.166, de 17 de outubro de 1892, que disciplinou sua estrutura orgânica e seus pessoal, dispondo seu art. 19 que seu pessoal se comporia de cinco membros, o presidente e *quatro diretores, com voto deliberativo, um dos quais foi incumbido de representar o Ministério Público.* Vale dizer, sentiu-se desde o primeiro momento, que haveria de funcionar junto à Corte de Contas um Ministério Público. Não se incumbiu dessa tarefa ao Ministério Público comum. Essa idéia foi reforçada pelo Decreto 392, de 6 de outubro de 1896, que reorganizou o Tribunal de Contas, em cujo art. 1º, item 5, constou que *o Ministério Público será representado perante o Tribunal de Contas por um bacharel ou doutor em direito nomeado pelo Presidente da República.* Um passo á frente, veio com o Decreto 2409, de 23 de dezembro de 1896, cujo art. 81 definiu as funções e o campo das atribuições do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nos seguintes termos:

*“O Representante do Ministério Público é o guarda da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda perante o*

*Tribunal de Contas. Conquanto represente os interesses da Pública Administração, não é todavia delegado especial e limitado desta, antes tem personalidade própria e no interesse da lei, da justiça e da Fazenda Pública tem inteira liberdade de ação”.*

Não se há de impressionar pela dicção legal segundo a qual o representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas teria a função de guarda da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda, pois que, em verdade, até a Constituição de 1988 também o Ministério Público Federal tinha a dupla função de órgão de *custos legis* e de advogado dos interesses da Fazenda Federal. Mas no texto legal em apreço já se dão os fundamentos de sua autonomia institucional, ao declarar que não era delegado especial e limitado da Administração Pública. Pelo contrário, era dotado de personalidade *própria*, o que significa, em última análise, autonomia institucional com inteira liberdade de ação.

6. A cada reorganização do Tribunal de Contas, o Ministério Público junto dele adquiria mais transparência, mais caracterizado ficava. Assim é que o Decreto 13.147, de 23 de outubro de 1918, estabeleceu no seu art. 3º que o pessoal do Tribunal de Contas é constituído por quatro corpos distintos, a saber:

- I - Corpo deliberativo;
- II - Corpo especial;
- III - Corpo instrutivo;
- IV - Ministério Público.

Para os nossos efeitos, neste momento, não importa que o decreto tenha incluído o Ministério Público, entre o pessoal do Tribunal de Contas, até porque, como vimos antes, houve sempre muita vacilação no situar o Ministério Público em geral na estrutura constitucional, ora incluindo-o no capítulo do Poder Executivo, ora no do Poder Judiciário, ora em capítulo autônomo. O que importa, do ponto de vista histórico é o destaque que a ordenação jurídica foi dando, cada vez mais, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, configurando-o, desde logo, como uma organização fora do Ministério Público comum. Isso foi repetido no Decreto 15.770, de 1º de novembro de 1922, assim como na Lei 156, de 24 de dezembro de 1935.

7. Já no regime da Constituição de 1946, editou-se a Lei 830, dita Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, que dispôs no seu art. 3º:

“Funcionam no Tribunal de Contas da União como partes integrantes de sua *organização* e seus serviços autônomos:

- I - os auditores;
- II - o Ministério Público;
- III - a Secretária”.

Aí a lei já conceitua o *Ministério Público*, assim como os auditores e a Secretária, de serviços autônomos. A lei indicou-lhe as funções, declarando, no seu art. 29, que “O Ministério Público, junto ao Tribunal de Contas, com a função própria de promover, completar instrução e requerer no interesse da administração, da Justiça e da Fazenda Pública, constará de um representante com a denominação de Procurador e de um auxiliar, com a de Adjunto do Procurador. Ambos eram nomeados pelo Presidente da República, dentre os cidadãos brasileiros, o primeiro com os requisitos exigidos para a nomeação dos Ministros do Tribunal, e o segundo, quem comprovasse exercício, por cinco anos no mínimo, de cargo de magistratura ou de Ministérios Público ou advocacia, vedado ao dito Procurador o exercício de qualquer outra função pública, salvo o magistério secundário e superior. Enfim, o art. 32 descrevia as amplas atribuições do Procurador, vale dizer, do Ministério Público. O Decreto-lei 199, de 25 de fevereiro de 1967, que constituiu a nova Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, manteve, em essência, as regras da Lei 830/49 relativas ao Ministério Público junto àquela Corte.

### **3. Bases constitucionais do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**

8. As normas ordinárias, como se vê, deram sempre destaque ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União. As constituições, contudo, silenciaram sobre ele, até a superveniência da Constituição de 1967, cujo art. 73, § 5º, estatuiu que:

*“O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá.../e vem em seguida as providências cabíveis/*

O dispositivo foi reproduzido no art. 72, § 5º, da Constituição de 1969.

O que interessa aqui é a referência ao Ministério Público. Que Ministério Público? A resposta é óbvia, pois só pode ser o



Ministério Público junto ao Tribunal, que já estava previsto no Decreto-Lei 199, que, como visto, é de 25 de fevereiro de 1967, quando já estava promulgada a Constituição de 1967, que é de 24 de janeiro de 1967. Desse modo, o Decreto-lei já se exprimiu em face da Constituição promulgada, embora ainda não em vigor, mantendo a tradição de um Ministério Público especial a funcionar junto ao Tribunal de Contas. Aliás, Carlos Ayres Britto, em face desses textos constitucionais, escreveu um artigo justamente intitulado "Ministério Público da União e do Tribunal de Contas - órgãos distintos", na *Revista de Direito Público*, n. 69, jan-março/84, pp. 32 a 44, em que demonstrou que o Ministério Público mencionado no citado art. 72, § 5º, da Constituição de 1969 não era o mesmo Ministério Público comum. Sustentava ele, então, a existência de duas espécies de Ministério Público; uma, *tradicional* - inserida na estrutura constitucional do Poder Executivo que atuaria junto ao Poder Judiciário, desempenhando função tipicamente forense - e outra de índole especial, que tem permanente ofício no interior das Cortes de Contas, como órgãos dos respectivos quadros de pessoal, desempenhando misteres de cunho simplesmente administrativo e que ele considera como parte da estrutura constitucional do Poder Legislativo (RDP, pp. 42-43). Pode-se questionar, hoje, essa visão, mas em face do sistema constitucional anterior ela era um avanço, por reconhecer no Ministério Público junto aos Tribunais de Contas uma instituição própria desvinculada do Ministério Público tradicional.

9. Foi, porém, a constituição de 1988 que o erigiu em instituição constitucional. Surgiu durante a elaboração constitucional, por meio de uma proposta de emenda do Constituinte Ézio Ferreira como um parágrafo do art. 89 do Projeto "A" de Constituição, projeto a ser discutido e votado no primeiro turno. A proposta veio assim redigida:

*"Ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, aplicam-se as disposições contidas no inciso VI do art. 113, no art. 114 e, nos parágrafos dos artigos 156 e 157, desta Constituição."*

Essas remissões estendiam ao Ministério Público junta aos Tribunais de Contas todas as prerrogativas e direitos que se previam para o Ministério Público em geral. Os arts. 156 e 157 do Projeto correspondente aos vigentes arts. 128 e 129. Houve também uma proposta de Emenda do Constituinte Oscar Corrêa, que mandava aplicar, no que coubesse, o disposto na seção ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União. Um acordo, na Seção de

8.4.1988, entre diversos Constituintes que apresentaram emendas ao capítulo do Ministério Público gerou a redação do art. 159 do projeto com o seguinte enunciado:

*“Ao Ministério Público junto aos Tribunais, aplicam-se às disposições desta seção pertinentes às garantias, vedações, forma de investidura nos respectivos cargos e aposentadoria”.*

Esse texto, com o resto da matéria referente às funções essenciais à Justiça, foi aprovado na Seção constituinte do dia 13.4.88. Entrou, porém, no Projeto “B” de Constituição para o Segundo Turno, no art. 136 com pequena alteração na redação:

*“Ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas e Conselhos de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinente a garantias, vedações e forma de investidura de seus membros.”*

Não consegui apurar a origem dessas alterações.

10. Assim foi a matéria ao Segundo Turno da Constituinte. Veja-se bem a redação aprovada: “Ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas e Conselhos de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinente a garantia, vedações e forma de investidura de seus membros”. Na votação do Segundo Turno, acho até que indevidamente, as lideranças firmaram novo acordo que mudou a redação do art. 136, que passou a ser a seguinte:

*“Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”.*

O Constituinte Ibsen Pinheiro, que era e acho que ainda é Promotor de Justiça, justificou a mudança, dizendo que se dava ao art. 136, com arrimo regimental na correção, tinha em vista tão-somente compatibilizar as diversas tendências que se manifestaram ao longo do primeiro turno em produzir um texto consolidado que assegurasse aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas todas as disposições da seção relativamente a direitos, vedações e forma de investidura informa que “esta construção, além de ter envolvido todas as partes interessadas dos segmentos sociais, teve o apoio unânime das lideranças com assento na Casa” (DANC, p. 13213).

11. Foi, pois, em tais termos que a matéria foi aprovada e assim incluída no atual art. 130 da Constituição de 1988.

#### 4. Institucionalização constitucional

12. O esboço histórico que acabei de apresentar nos dá elementos para a compreensão do texto do art. 130. A primeira observação que cabe fazer é que a Constituição instituiu um Ministério Público Especial para funcionar junto aos Tribunais de Contas, o que já fiz no meu *Curso de Direito Constitucional Positivo, desde a 5ª ed.*, que foi a primeira no regime da Constituição de 1988. Essa institucionalização é hoje reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Basta lembrar esta passagem da ementa da ADIn n. 789-1, de que foi Relator o Min. Celso de Mello:

*“O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, § 2º, I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-constitucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União.”*

Também assim é a decisão do Recurso Extraordinário n. 120.970-4-RO, segundo o voto do Relator Min. Moreira Alvos calcado no parecer da Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, Subprocuradora-Geral da República. Nesse particular, é importante esse parecer, porque vindo de um membro do Ministério Público comum, reconhece a existência própria do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em termos tais como: “parece inafastável o reconhecimento de que a existência de um Ministério Público ESPECIAL com atuação restrita ao desempenho das funções institucionais de *custos legis* junto ao Tribunal de Contas da União - tem, hoje, assento CONSTITUCIONAL.” Observa em seguida que não era exatamente essa a situação na ordem constitucional precedente, por isso afirma que a lei ordinária que, eventualmente, determinasse ao Ministério Público Federal o exercício de suas funções institucionais perante o Tribunal de Contas da União não infringiria à Constituição no sistema precedente à Constituição de 1988.

“Não foi isso, entretanto, o que quis o legislador ordinário / *concluiu o parecer da ilustre Subprocuradora/*, desde fins do século passado, como se procurou demonstrar — Decreto n. 1.166, de 17 de outubro de 1892 -, a lei ordinária preferiu outorgar o exercício das funções próprias ao Ministério Público a representantes privativamente vinculados à estrutura da Corte de Contas, fazendo com que integrasse esta última como um de seus ‘QUATRO CORPOS

DISTINTO' (Decretos ns. 13.247, de 1918, 15.770, de 1922, e Lei n. 156, de 1935) ou definindo-se como uma das 'PARTES INTEGRANTES DE SUA ORGANIZAÇÃO' (Lei n 830, de 1949, e Decreto-lei nº. 199, de 1967).

'A Constituição de 1988 é que - muito provavelmente fazendo-se sensível à tradição histórica de desempenho das funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas — houve por bem, pela vez primeira, dar fundamento CONSTITUCIONAL à existência, perante aquela Corte de Contas, de *parquet próprio*, embora de funções restritas, em relação àquelas peculiares ao Ministério Público em geral". Mais adiante mostra que necessário se fez a inclusão do art. 130 no capítulo que trata genericamente do Ministério Público que *oficia* perante A JUSTIÇA, exatamente para que, com relação ao *parquet* vinculado aos Tribunais de Contas resguardadas ficassem as peculiaridades que constituíram a própria razão de ser de sua existência distinta, em relação ao Ministério Público comum.

Rebate, assim, com razão, aqueles, como Hugo Nigro Mazzilli, que sustentam que "o Ministério Público junto aos Tribunais de Conta não foi previsto como instituição própria (Reg. jun. do MP. p. 84).

13. A primeira conclusão que se tira, portanto, é a de que o Ministério Público junto ao Tribunais de Contas é instituição autônoma em face do Ministério Público comum, da União ou dos Estados, ou do Distrito Federal. Significa isso repelir a tese, hoje, aliás superada, de que aquele Ministério Público seria uma simples representação do Ministério Público comum junto aos Tribunais de Contas por membros integrantes de seus próprios quadros.

### **5. A questão da autonomia institucional**

14. No entanto, essa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decorrentes de decisões no RE 120.970-4-RO (7.6.90) e nas ADIns. 789-I-DF (26.5.94, DJ. 19.12.94), 1545-1-Sergipe (16.5.97, DJ. 24.10.97), 1791-1-Pe (23.4.98, DJ. 11.9.1998) e na de n. 160-4-Tocantins (23.4.98, D. J. 20. 11.98), não extraiu do texto constitucional todas as suas potencialidades, porque ficou a uma interpretação literal. Assim é que o Min. Celso de Mello, no seu voto, como Relator na Adin. 789, afirma que o exame do preceito do art. 130 permite divisar, desde logo, a existência de garantia de ordem meramente subjetiva, desprovidas de conteúdo orgânico-institucional e se destina a proteger os membros do Ministério Público especial no desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas, submetendo-os ao mesmo

estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum. Daí concluir no segundo tópico da emenda daquela ADIn:

*“O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetivas concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na ‘intimidade estrutural’ dessa Corte de Contas, que se acha investida até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73 caput, in fine) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estrutura interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos”.*

15. Não é fácil conciliar o reconhecimento de que o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas é “órgão de extração constitucional” e tem “configuração jurídico-institucional” diferente do Ministério Público comum, constante do primeiro tópico da ementa, com a afirmativa, em contrário, constante segundo tópico da emenda, segunda a qual aquele Ministério Público “não dispõe de fisionomia institucional própria”. De duas uma: se não dispõe de fisionomia institucional própria, também não pode ser órgão de extração constitucional com configuração jurídico-institucional. Se se admite que ele é de extração constitucional - e isso é um dado objetivo - e tem configuração jurídico-institucional é porque dispõe de fisionomia institucional própria.

16. Se não dispõe de fisionomia institucional própria, o que ele é, então? Se ele não integra o quadro do Ministério Público comum, é porque tem configuração própria, e se o Ministério Público comum é instituição, não há como não reconhecer a mesma fisionomia institucional ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. E fisionomia institucional própria já que ele não integra o outro. Aliás, a ementa do v. acórdão da ADIn 789, no seu intróito fala em Ministério Público junto ao TCU — “instituição que não integra o Ministério Público da União”. E bem verdade que o segundo tópico da emenda declara que ele se encontra consolidado na “intimidade estrutural” da Corte de Contas. Mas não é isso que o texto constitucional declara. Se fala em Ministério Público *junho* aos Tribunais de Contas. “Junto” é um signo lingüístico que indica proximidade, mas fora, e repele, por consequência, a idéia de integração íntima. Juridicamente, expressões como funcionar junto *de*, *oficiar junto de* significam exercer funções

próprias perante ou em face de outro órgão. É assim quando a Lei Complementar n.75/93, no seu art. 46 declara incumbir ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público *junto* ao Supremo Tribunal Federal, ou o Procurador-Geral do Trabalho exercer as funções *junto* ao Plenário do Tribunal Superior do Trabalho (art. 90), ou os Procuradores de Justiça *oficiar* *junto* ao Tribunal de Justiça. Vale dizer, se é para exercer função *junto* de, é porque, com a devida vênia, não se encontra na intimidade estrutural do órgão *junto* do qual se oficia.

17. Demais, ser ou não ser órgão de extração constitucional e, por isso mesmo, com configuração jurídico-institucional não é uma mera interpretação subjetiva. É uma questão objetiva, porque está expresso no art.130. Ao falar, em membros do Ministério Público *junto* aos Tribunais de Contas, a norma se inseriu no contexto histórico, reconhecendo uma instituição que já vinha desde o século passado. Falou nos membros de uma instituição que já existia no ordenamento jurídico. Esse reconhecimento importou em erigir uma instituição existente no plano de legislação ordinária em uma *instituição constitucional*. Daí a expressão correta de que se trata de órgão de *extração constitucional*, porque hoje o é Vale dizer, a Constituição, com aquela redação que muitos tiveram com de má técnica legislativa, simplesmente deu configuração jurídico-institucional ao órgão.

18. Que significado tem isso? Significa que se há de reconhecer ao Ministério Público *junto* aos Tribunais de Contas autonomia institucional.

## 6. A questão da autonomia funcional

19. A ementa da ADIn 160, de que foi Relator o Min. Octávio Gallotti, sobre a posição do Ministério Público *junto* aos Tribunais de Contas declara que "em sua organização, ou estruturalmente, não é ele dotado de autonomia funcional (como sucede ao Ministério Público comum), pertencendo, individualmente, a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte *junto* à qual *oficiam*". Confesso que tenho muita dificuldade de entender que os membros de um órgão tenham autonomia funcional, individualmente, prerrogativa que compreende a plena independência de atuação perante os poderes, inclusive perante a Corte *junto* à qual *oficiam*, sem que o próprio órgão seja igualmente dotado de tal prerrogativa.

20. Essa ADIn 160 decorreu de impugnação ao § 5º do art. 35 da Constituição do Estado de Tocantins, que tinha a seguinte redação:

*“Junto ao Tribunal de Contas funciona a Procuradoria Geral de Contas, a que se aplicam as mesmas disposições que regem o Ministério Público relativas à autonomia funcional e administrativa”*

No meu entender, esse dispositivo não feria a Constituição. No entanto, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a cláusula *“a que se aplicam as mesmas disposições que regem o Ministério Público relativas à autonomia funcional e administrativa”*. A questão da autonomia administrativa discutirei mais adiante. Atendendo aqui apenas à questão da autonomia funcional, com a devida vênia, fico com o voto do dirigente Min. Sepúlveda Pertence, entendendo também, como ele, que *autonomia funcional*, no dispositivo impugnado, tem “o sentido preciso da independência funcional de que gozam os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nos termos do art. 130 da Constituição Federal. Pois, acrescenta:

*“Não se pode compreender o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, enquanto Ministério Público, não dotado de uma independência funcional, o que significa a sua não sujeição a qualquer forma de hierarquia, quer ao próprio Tribunal de Contas, quer a outro órgão da Administração. Do contrário, não teriam os seus membros as condições de exercer, com prerrogativas de Ministério Público que é, a missão precípua de fiscal da lei. A autonomia funcional tem, aqui, uma correspondência à idéia de independência funcional.*

E conclui:

*“Se o art. 130 da Constituição confere, desde logo, aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas independência funcional, por serem membros do Ministério Público, não se pode entender que instituição que pertencem, enquanto tal, embora sem autonomia administrativa, não esteja também dotada de independência funcional, que importa autonomia funcional”*

## **7. A questão da autonomia administrativa**

21. Mas aqui nesse final de voto do inclito Ministro Sepúlveda Pertence surge uma colocação que para mim ininteligível no contexto de sua manifestação, qual seja, não vejo como ter autonomia funcional sem autonomia administrativa. Pois, se não tiver autonomia administrativa, significa que fica subordinado à estrutura administrativa em que se insere. Assim, se falta a autonomia administrativa, seus membros e seu pessoal fica na dependência de outro órgão, e,

conseqüentemente, carecerá daquelas prerrogativas que configuram a autonomia funcional, reconhecida pelo Eminentíssimo Ministro! O Min. Celso de Mello no seu voto vencedor na ADIn. 789, sustenta que o Ministério Público especial “integra a própria organização administrativa do Tribunal de Contas da União, ainda que privilegiado por regime jurídico especial, sob pena de qualificar-se, na medida em que é totalmente alheio à estruturação orgânica do Ministério Público da União, como um corpo destituído de qualquer referência ou vinculação de ordem institucional”. Essa idéia é completada com a seguinte:

*“Essa anômala condição do Ministério Público especial, acaso admitida, culminaria, ante a ausência de qualquer vinculação a uma estrutura administrativa definida, por comprometer-lhe a própria existência, por afetar-lhe os objetivos que justificaram a sua previsão constitucional e por frustrar, de modo irremissível, a eficácia de sua atuação”.*

22. Confesso não entender essa argumentação do Eminentíssimo Ministro. Pois, esses argumentos acabam comprometendo o próprio Ministério Público em geral. Este é dotado de autonomia administrativa exatamente porque é um corpo destituído de qualquer referência ou vinculação de ordem institucional, e essa autonomia teria porventura frustrado a eficácia de sua atuação? Evidentemente que não. Ao contrário, o Ministério Público em geral é hoje muito mais forte, atua de modo muito mais eficaz, porque se administra a si próprio, sem depender de qualquer outra estrutura administrativa.

23. Sobretudo, não compreendo como o Ministério Público pode integrar a organização administrativa do Tribunal junto do qual exerce o *custos legis*. Seria como submeter a Procuradoria-Geral da República à organização administrativa do Supremo Tribunal Federal, ou as Procuradorias-Gerais de Justiça à organização administrativa dos Tribunais de Justiça perante os quais oficiam, por exemplo. Coisa absolutamente impensável. Quando o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas era previsto apenas nas leis de organização desse Tribunal ainda seria admissível que ele ficasse dependente da estrutura administrativa deste. Mas, com sua institucionalização pela Constituição, no contexto normativo da organização dos Ministérios Públicos em todas as suas manifestações, não se pode entender a situação jurídica do mesmo modo que antes. A inserção do art. 130 na seção do Ministério Público em geral significa que tem de ser entendido sistemática e teleologicamente. Sistemáticamente porque o art. 130 há de estar



também impregnado da mesma intencionalidade das demais normas daquele conjunto normativo Teleologicamente porque instituições idênticas têm que estar orientada aos mesmos fins, segundo suas peculiaridades.

24. Se alguma coisa contraria esses princípios constitucionais são aquelas normas da Lei 8.443/92, que prevêem caber ao Tribunal de Contas da União conceder licença, férias e outros afastamentos aos membros do Ministério Público junto dele (art. 1º, XII); e ao seu Presidente dar posse aos membros do Ministério Público junto dele (art. 70, II). Isso é tanto mais incompreensível quando se sabe que o Supremo Tribunal Federal, pelo menos, na ADIn 1791, concedeu uma medida cautelar para suspensão do art. 75 da Lei 10.651/91 de Pernambuco que previa que o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao seu Tribunal de Contas seria de provimento em comissão, nomeado pelo Presidente do Tribunal dentre brasileiros portadores de diploma de bacharel em ciências jurídicas. O Relator foi o Min. Sydney Sanches que, neste caso, invocou a aplicação do § 3º do art. 128 c/c com o art. 130, para declarar competir “à própria instituição a formação de lista tríplice para sua escolha, depois, por nomeação pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução”. Aí está um entendimento correto que busca a compreensão e a aplicação do art. 130 nas normas estruturadoras do Ministério Público em geral. Esse é um procedimento interpretativo que vale para qualquer outra situação jurídica que envolva o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Aí, sim, se há de existir um Procurador-Geral desse Ministério Público, a essa autoridade é que há de imputar-se a competência para gerir administrativamente a unidade, tais como dar posse a seus membros, conceder-lhes licença etc. Aliás, a mesma Lei 8.443/92 declara que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União terá um Procurador-Geral, nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros bacharéis em direito. Segundo a decisão da ADIn 1791, essa norma seria inconstitucional porque prevê nomeação de alguém fora da carreira, e sem a observância do § 3º do art. 128. Mas se a lei reconhece a existência de um Procurador-Geral, portanto de um dirigente qualificado da instituição, com as atribuições previstas no art. 81, não tem cabimento atribuir atos de administração de seu pessoal ao Presidente do Tribunal de Contas. Não obstante isso, a lei, no art. 80, reconhece ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, coisa que o Supremo não vem reconhecendo.

25. Nessa questão da autonomia administrativa, quero também ficar com a posição do Ministro Marco Aurélio que, numa visão sistemática no art. 130 da Constituição, entendeu, como também entendo, que o § 5º do art. 35 da Constituição do Estado de Tocantins não continha inconstitucionalidade. É a seguinte a sua doutrina:

“Vejo o Ministério Público em atuação nos Tribunais de Contas como abrangido no grande conjunto revelado pelo artigo 128 da Carta da República. Junto ao Tribunal de Contas da União, ele é apanhado pelo gênero Ministério Público Federal, e, no tocante aos Tribunais de Contas dos Estados, de acordo com a referencia do inciso II do aludido artigo, situa-se no âmbito do Ministério Público dos Estados”. Com essas premissas entre outras, afirma que não se quis ver agindo perante os Tribunais de Contas uma simples procuradoria, vale dizer, segundo entendo, simples quadro do Ministério Público comum. “Partiu-se para a inserção, nesse meio, do próprio Ministério Público, objetivando, com isto, a atividade, em tão sensível campo, de órgão que gozasse de autonomia funcional, inerente a tal espécie de atuação, como também de autonomia administrativa. Aliás [*conclui*], não vejo como dissociá-las, quando o que se busca, em última análise, é uma atuação equidistante, independente, daqueles que, a rigor, laboram, precipuamente, como fiscais da aplicação irrestrita do que se contém no arcabouço normativo”

### 8. Conclusão

26. Entendo que os princípios que regem o Ministério Público em geral se aplicam também ao *Ministério* Público junto aos Tribunais de Contas. É verdade que essa aplicação não é automática. Mas é *licito*, segundo me parece, às Constituições dos Estados ou mesmo às Leis Complementares Orgânicas do Ministério Público, ou mesmo uma lei ordinária específica, definir-lhes o regime orgânico e administrativo, incluindo a autonomia funcional e administrativa. Se a Constituição Federal não lhes deu expressa e especificamente essas prerrogativas, também não as proibiu. Ao contrário, o sentido que ela deu ao Ministério Público em geral comporta reconhecer que ela o admite. Por isso mesmo parece-me, com a devida vênia, incorreto o julgamento de inconstitucionalidade da cláusula do § 5º do art. 35 da Constituição do Estado de Tocantins que reconhecia ao Ministério Público junto de seu Tribunal de Contas a autonomia funcional e administrativa que a mesma Constituição confere ao Ministério Público em geral.



GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS  
Impressão e distribuição gráfica de  
documentos oficiais do ESTADO  
Rua Dr. Machado, 66 - Centro  
Manaus - Amazonas - Brasil

DISTINTO' (Decretos ns. 13.247, de 1918, 15.770, de 1922, e Lei n. 156, de 1935) ou definindo-se como uma das 'PARTES INTEGRANTES DE SUA ORGANIZAÇÃO' (Lei n 830, de 1949, e Decreto-lei nº. 199, de 1967).

'A Constituição de 1988 é que - muito provavelmente fazendo-se sensível à tradição histórica de desempenho das funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas — houve por bem, pela vez primeira, dar fundamento CONSTITUCIONAL à existência, perante aquela Corte de Contas, de *parquet próprio*, embora de funções restritas, em relação àquelas peculiares ao Ministério Público em geral". Mais adiante mostra que necessário se fez a inclusão do art. 130 no capítulo que trata genericamente do Ministério Público que *oficia* perante A JUSTIÇA, exatamente para que, com relação ao *parquet* vinculado aos Tribunais de Contas resguardadas ficassem as peculiaridades que constituíram a própria razão de ser de sua existência distinta, em relação ao Ministério Público comum.

Rebate, assim, com razão, aqueles, como Hugo Nigro Mazzilli, que sustentam que "o Ministério Público junto aos Tribunais de Conta não foi previsto como instituição própria (Reg. jun. do MP. p. 84).

13. A primeira conclusão que se tira, portanto, é a de que o Ministério Público junto ao Tribunais de Contas é instituição autônoma em face do Ministério Público comum, da União ou dos Estados, ou do Distrito Federal. Significa isso repelir a tese, hoje, aliás superada, de que aquele Ministério Público seria uma simples representação do Ministério Público comum junto aos Tribunais de Contas por membros integrantes de seus próprios quadros.

### 5. A questão da autonomia institucional

14. No entanto, essa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decorrentes de decisões no RE 120.970-4-RO (7.6.90) e nas ADIns. 789-I-DF (26.5.94, DJ. 19.12.94), 1545-1-Sergipe (16.5.97, DJ. 24.10.97), 1791-1-Pe (23.4.98, DJ. 11.9.1998) e na de n. 160-4-Tocantins (23.4.98, D. J. 20. 11.98), não extraiu do texto constitucional todas as suas potencialidades, porque ficou a uma interpretação literal. Assim é que o Min. Celso de Mello, no seu voto, como Relator na Adin. 789, afirma que o exame do preceito do art. 130 permite divisar, desde logo, a existência de garantia de ordem meramente subjetiva, desprovidas de conteúdo orgânico-institucional e se destina a proteger os membros do Ministério Público especial no desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas, submetendo-os ao mesmo

estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum. Daí concluir no segundo tópico da emenda daquela ADIn:

*“O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetivas concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na ‘intimidade estrutural’ dessa Corte de Contas, que se acha investida até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73 caput, in fine) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estrutura interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos”.*

15. Não é fácil conciliar o reconhecimento de que o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas é “órgão de extração constitucional” e tem “configuração jurídico-institucional” diferente do Ministério Público comum, constante do primeiro tópico da ementa, com a afirmativa, em contrário, constante segundo tópico da emenda, segunda a qual aquele Ministério Público “não dispõe de fisionomia institucional própria”. De duas uma: se não dispõe de fisionomia institucional própria, também não pode ser órgão de extração constitucional com configuração jurídico-institucional. Se se admite que ele é de extração constitucional - e isso é um dado objetivo - e tem configuração jurídico-institucional é porque dispõe de fisionomia institucional própria.

16. Se não dispõe de fisionomia institucional própria, o que ele é, então? Se ele não integra o quadro do Ministério Público comum, é porque tem configuração própria, e se o Ministério Público comum é instituição, não há como não reconhecer a mesma fisionomia institucional ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. E fisionomia institucional própria já que ele não integra o outro. Aliás, a ementa do v. acórdão da ADIn 789, no seu intróito fala em Ministério Público junto ao TCU — “instituição que não integra o Ministério Público da União”. E bem verdade que o segundo tópico da emenda declara que ele se encontra consolidado na “intimidade estrutural” da Corte de Contas. Mas não é isso que o texto constitucional declara. Se fala em Ministério Público *junho* aos Tribunais de Contas. “Junto” é um signo lingüístico que indica proximidade, mas fora, e repele, por consequência, a idéia de integração íntima. Juridicamente, expressões como funcionar *junto de*, *oficiar junto de* significam exercer funções

próprias perante ou em face de outro órgão. É assim quando a Lei Complementar n.75/93, no seu art. 46 declara incumbir ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público *junto* ao Supremo Tribunal Federal, ou o Procurador-Geral do Trabalho exercer as funções *junto* ao Plenário do Tribunal Superior do Trabalho (art. 90), ou os Procuradores de Justiça oficial *em* *junto* ao Tribunal de Justiça. Vale dizer, se é para exercer função *junto* de, é porque, com a devida vênia, não se encontra na intimidade estrutural do órgão *junto* do qual se oficia.

17. Demais, ser ou não ser órgão de extração constitucional e, por isso mesmo, com configuração jurídico-institucional não é uma mera interpretação subjetiva. É uma questão objetiva, porque está expresso no art.130. Ao falar, em membros do Ministério Público *junto* aos Tribunais de Contas, a norma se inseriu no contexto histórico, reconhecendo uma instituição que já vinha desde o século passado. Falou nos membros de uma instituição que já existia no ordenamento jurídico. Esse reconhecimento importou em erigir uma instituição existente no plano de legislação ordinária em uma *instituição constitucional*. Daí a expressão correta de que se trata de órgão de *extração constitucional*, porque hoje o é Vale dizer, a Constituição, com aquela redação que muitos tiveram com de má técnica legislativa, simplesmente deu configuração jurídico-institucional ao órgão.

18. Que significado tem isso? Significa que se há de reconhecer ao Ministério Público *junto* aos Tribunais de Contas autonomia institucional.

## 6. A questão da autonomia funcional

19. A ementa da ADIn 160, de que foi Relator o Min. Octávio Gallotti, sobre a posição do Ministério Público *junto* aos Tribunais de Contas declara que "em sua organização, ou estruturalmente, não é ele dotado de autonomia funcional (como sucede ao Ministério Público comum), pertencendo, individualmente, a seus membros, essa prerrogativa, nela compreendida a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte *junto* à qual oficial". Confesso que tenho muita dificuldade de entender que os membros de um órgão tenham autonomia funcional, individualmente, prerrogativa que compreende a plena independência de atuação perante os poderes, inclusive perante a Corte *junto* à qual oficial, sem que o próprio órgão seja igualmente dotado de tal prerrogativa.

20. Essa ADIn 160 decorreu de impugnação ao § 5º do art. 35 da Constituição do Estado de Tocantins, que tinha a seguinte redação:

*“Junto ao Tribunal de Contas funciona a Procuradoria Geral de Contas, a que se aplicam as mesmas disposições que regem o Ministério Público relativas à autonomia funcional e administrativa”*

No meu entender, esse dispositivo não feria a Constituição. No entanto, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a cláusula *“a que se aplicam as mesmas disposições que regem o Ministério Público relativas à autonomia funcional e administrativa”*. A questão da autonomia administrativa discutirei mais adiante. Atendo-me aqui apenas à questão da autonomia funcional, com a devida vênia, fico com o voto do dirigente Min. Sepúlveda Pertence, entendendo também, como ele, que *autonomia funcional*, no dispositivo impugnado, tem “o sentido preciso da independência funcional de que gozam os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nos termos do art. 130 da Constituição Federal. Pois, acrescenta:

*“Não se pode compreender o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, enquanto Ministério Público, não dotado de uma independência funcional, o que significa a sua não sujeição a qualquer forma de hierarquia, quer ao próprio Tribunal de Contas, quer a outro órgão da Administração. Do contrário, não teriam os seus membros as condições de exercer, com prerrogativas de Ministério Público que é, a missão precípua de fiscal da lei. A autonomia funcional tem, aqui, uma correspondência à idéia de independência funcional.*

E conclui:

*“Se o art. 130 da Constituição confere, desde logo, aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas independência funcional, por serem membros do Ministério Público, não se pode entender que instituição que pertencem, enquanto tal, embora sem autonomia administrativa, não esteja também dotada de independência funcional, que importa autonomia funcional”*

## **7. A questão da autonomia administrativa**

21. Mas aqui nesse final de voto do ínclito Ministro Sepúlveda Pertence surge uma colocação que para mim ininteligível no contexto de sua manifestação, qual seja, não vejo como ter autonomia funcional sem autonomia administrativa. Pois, se não tiver autonomia administrativa, significa que fica subordinado à estrutura administrativa em que se insere. Assim, se falta a autonomia administrativa, seus membros e seu pessoal fica na dependência de outro órgão, e,

conseqüentemente, carecerá daquelas prerrogativas que configuram a autonomia funcional, reconhecida pelo Eminentíssimo Ministro! O Min. Celso de Mello no seu voto vencedor na ADIn. 789, sustenta que o Ministério Público especial “integra a própria organização administrativa do Tribunal de Contas da União, ainda que privilegiado por regime jurídico especial, sob pena de qualificar-se, na medida em que é totalmente alheio à estruturação orgânica do Ministério Público da União, como um corpo destituído de qualquer referência ou vinculação de ordem institucional”. Essa idéia é completada com a seguinte:

*“Essa anômala condição do Ministério Público especial, acaso admitida, culminaria, ante a ausência de qualquer vinculação a uma estrutura administrativa definida, por comprometer-lhe a própria existência, por afetar-lhe os objetivos que justificaram a sua previsão constitucional e por frustrar, de modo irremissível, a eficácia de sua atuação”.*

22. Confesso não entender essa argumentação do Eminentíssimo Ministro. Pois, esses argumentos acabam comprometendo o próprio Ministério Público em geral. Este é dotado de autonomia administrativa exatamente porque é um corpo destituído de qualquer referência ou vinculação de ordem institucional, e essa autonomia teria porventura frustrado a eficácia de sua atuação? Evidentemente que não. Ao contrário, o Ministério Público em geral é hoje muito mais forte, atua de modo muito mais eficaz, porque se administra a si próprio, sem depender de qualquer outra estrutura administrativa.

23. Sobretudo, não compreendo como o Ministério Público pode integrar a organização administrativa do Tribunal junto do qual exerce o *custos legis*. Seria como submeter a Procuradoria-Geral da República à organização administrativa do Supremo Tribunal Federal, ou as Procuradorias-Gerais de Justiça à organização administrativa dos Tribunais de Justiça perante os quais oficiam, por exemplo. Coisa absolutamente impensável. Quando o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas era previsto apenas nas leis de organização desse Tribunal ainda seria admissível que ele ficasse dependente da estrutura administrativa deste. Mas, com sua institucionalização pela Constituição, no contexto normativo da organização dos Ministérios Públicos em todas as suas manifestações, não se pode entender a situação jurídica do mesmo modo que antes. A inserção do art. 130 na seção do Ministério Público em geral significa que tem de ser entendido sistemática e teleologicamente. Sistemática porque o art. 130 há de estar



também impregnado da mesma intencionalidade das demais normas daquele conjunto normativo Teleologicamente porque instituições idênticas têm que estar orientada aos mesmos fins, segundo suas peculiaridades.

24. Se alguma coisa contraria esses princípios constitucionais são aquelas normas da Lei 8.443/92, que prevêem caber ao Tribunal de Contas da União conceder licença, férias e outros afastamentos aos membros do Ministério Público junto dele (art. 1º, XII); e ao seu Presidente dar posse aos membros do Ministério Público junto dele (art. 70, II). Isso é tanto mais incompreensível quando se sabe que o Supremo Tribunal Federal, pelo menos, na ADIn 1791, concedeu uma medida cautelar para suspensão do art. 75 da Lei 10.651/91 de Pernambuco que previa que o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao seu Tribunal de Contas seria de provimento em comissão, nomeado pelo Presidente do Tribunal dentre brasileiros portadores de diploma de bacharel em ciências jurídicas. O Relator foi o Min. Sydney Sanches que, neste caso, invocou a aplicação do § 3º do art. 128 c/c com o art. 130, para declarar competir "à própria instituição a formação de lista tríplice para sua escolha, depois, por nomeação pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução". Aí está um entendimento correto que busca a compreensão e a aplicação do art. 130 nas normas estruturadoras do Ministério Público em geral. Esse é um procedimento interpretativo que vale para qualquer outra situação jurídica que envolva o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Aí, sim, se há de existir um Procurador-Geral desse Ministério Público, a essa autoridade é que há de imputar-se a competência para gerir administrativamente a unidade, tais como dar posse a seus membros, conceder-lhes licença etc. Aliás, a mesma Lei 8.443/92 declara que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União terá um Procurador-Geral, nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros bacharéis em direito. Segundo a decisão da ADIn 1791, essa norma seria inconstitucional porque prevê nomeação de alguém fora da carreira, e sem a observância do § 3º do art. 128. Mas se a lei reconhece a existência de um Procurador-Geral, portanto de um dirigente qualificado da instituição, com as atribuições previstas no art. 81, não tem cabimento atribuir atos de administração de seu pessoal ao Presidente do Tribunal de Contas. Não obstante isso, a lei, no art. 80, reconhece ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, coisa que o Supremo não vem reconhecendo.

25. Nessa questão da autonomia administrativa, quero também ficar com a posição do Ministro Marco Aurélio que, numa visão sisternática no art. 130 da Constituição, entendeu, como também entendo, que o § 5º do art. 35 da Constituição do Estado de Tocantins não continha inconstitucionalidade. É a seguinte a sua doutrina:

“Vejo o Ministério Público em atuação nos Tribunais de Contas como abrangido no grande conjunto revelado pelo artigo 128 da Carta da República. Junto ao Tribunal de Contas da União, ele é apanhado pelo gênero Ministério Público Federal, e, no tocante aos Tribunais de Contas dos Estados, de acordo com a referencia do inciso II do aludido artigo, situa-se no âmbito do Ministério Público dos Estados”. Com essas premissas entre outras, afirma que não se quis ver agindo perante os Tribunais de Contas uma simples procuradoria, vale dizer, segundo entendo, simples quadro do Ministério Público comum. “Partiu-se para a inserção, nesse meio, do próprio Ministério Público, objetivando, com isto, a atividade, em tão sensível campo, de órgão que gozasse de autonomia funcional, inerente a tal espécie de atuação, como também de autonomia administrativa. Aliás [*conclui*], não vejo como dissociá-las, quando o que se busca, em última análise, é uma atuação equidistante, independente, daqueles que, a rigor, laboram, precipuamente, como fiscais da aplicação irrestrita do que se contém no arcabouço normativo”

### 8. Conclusão

26. Entendo que os princípios que regem o Ministério Público em geral se aplicam também ao *Ministério* Público junto aos Tribunais de Contas. É verdade que essa aplicação não é automática. Mas é *licito*, segundo me parece, às Constituições dos Estados ou mesmo às Leis Complementares Orgânicas do Ministério Público, ou mesmo uma lei ordinária específica, definir-lhes o regime orgânico e administrativo, incluindo a autonomia funcional e administrativa. Se a Constituição Federal não lhes deu expressa e especificamente essas prerrogativas, também não as proibiu. Ao contrário, o sentido que ela deu ao Ministério Público em geral comporta reconhecer que ela o admite. Por isso mesmo parece-me, com a devida vênia, incorreto o julgamento de inconstitucionalidade da cláusula do § 5º do art. 35 da Constituição do Estado de Tocantins que reconhecia ao Ministério Público junto de seu Tribunal de Contas a autonomia funcional e administrativa que a mesma Constituição confere ao Ministério Público em geral.

19  
02  
2001



GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS  
Imprensa Res. 001/1981 e 9/1982 de  
REPUBLICA OFICIAL DO ESTADO  
Rua Dr. MAURÍCIO, 96 - Centro  
Manaus - Amazonas - BRASIL

