



ESTADO DO AMAZONAS

REVISTA
DA
PROCURADORIA
GERAL
DO
ESTADO



25

**REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO
ESTADO**



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

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



R. PGE	Manaus	a. 19	nº 25	2002
--------	--------	-------	-------	------

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

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

Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos
INDRA MARA BESSA

Comissão de Revisão:

ANARCILA MARIA CAVALCANTE GUIMARÃES - Bibliotecária

MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA - Bibliotecária

ELIAMARA DE OLIVEIRA SANCHES - Estagiária do CEJUR

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-

1983-2002 (1-25)

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

CARLOS ALEXANDRE M.C.M. MATOS
Subprocurador-Geral do Estado

PROCURADORES DO ESTADO DE 2002

1ª CLASSE

Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles
Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes
Ana Eunice Carneiro Alves
Antônio Mendes do Carmo
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho
Indra Mara dos Santos Bessa
Jorge Henrique de Freitas Pinho
José Sodré dos Santos
Leonardo Prestes Martins
Lourenço dos Santos Pereira Braga
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
Ângela Beatriz Gonçalves Falcão de Oliveira
Elissandra Monteiro Freire de Menezes
Ellen Florêncio Santos Rocha
Evandro Ezidro de Lima Régis
Jorge Henrique de Freitas Pinho
Júlio César Lima Brandão
Luís Carlos Paula e Sousa
Maria Hosana Machado de Souza
Onilda Abreu da Silva
Roberta Ferreira de Andrade
Ronald de Sousa Carpinteiro Péres
Sueily Maria Vieira da Rocha Barbirato
Sueily Xavier Lima
Vitor Hugo Mota de Menezes
Maria Florência Silva
Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro
Ruy Marcelo Alencar de Mendonça

3ª CLASSE

Alberto Bezerra de Melo

Anna Karina Leão Brasil Salama

Carlos Alexandre Moreira de Carvalho Martins de Matos

Clara Maria Lindoso e Lima

Clóvis Smith Frota Júnior

Glícia Pereira Braga

Heloysa Simonetti Teixeira

Isabela Peres Russo Andrade

Kalina Maddy de Macêdo Cohen

Leonardo de Borborema Blasch

Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha

Marcello Henrique Soares Cipriano

Maria Betusa da Silva Araújo

Marília Gurgel Rocha de Paiva

Patrícia Cunha e Silva Petruccelli

Raimundo Paulo dos Santos Neto

Ricardo Antônio Rezende de Jesus

Rômulo de Souza Carpinteiro Péres

Ruth Ximenes de Sabóia

Simonete Gomes Santos

Vivien Medina Noronha

Yolanda Corrêa Pereira

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	13
<i>PARECERES</i>	
Parecer nº 034/02-PA/PGE. JUCEA - Consulta sobre a legalidade da convocação de supletente de vogal. Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro.....	15
Parecer nº 366/02-PA/PGE. Transferência de responsabilidade contratual. Patrícia Cunha e Silva Petruccelli.....	27
Parecer nº 750/02-PA/PGE. Possibilidade de contratação direta - Inexigibilidade. Glícia Pereira Braga e Silva	40
Parecer nº 1194/02-PA/PGE. Consulta sobre a minuta da portaria normativa que dispõe sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa das infrações previstas na Lei nº8.078/90 e Decreto Federal nº.2.181/97. Kalina Maddy de Macêdo.....	56
Parecer nº1700/02-PA/PGE. Contratação de serviços de publicidade e propaganda. Fracionamento. Patrícia Cunha e Silva Petruccelli.....	65
Parecer nº1760/02-PA/PGE. Autenticação do alvará de autorização de uso, concedido à empresa Telemar Norte Leste S.A. Isabela Péres Russo Andrade.....	78
Parecer nº 021/02-PPE/PGE. Revisão de Proventos. Ana Eunice Carneiro Alves.....	93
Parecer nº 049/02-PPE/PGE. Normas constitucionais aplicáveis aos policiais militares.Consulta. Ana Eunice Carneiro Alves.....	100

Parecer nº 051/02-PPE/PGE. Acumulação de cargos ou empregos privativo de profissionais de saúde. Interpretação da Emenda nº 034/01. R. Frânio A. Lima	117
Parecer nº 059/02-PPE/PGE. Afastamento de servidor para desempenho de mandato de representação classista. R. Frânio A. Lima	124
Parecer nº 019/02-PPIF/PGE. Liberação de ramal para trânsito de veículos e pessoas. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça	130
Parecer nº 003/02-PPT/PGE. Período eleitoral. Desconstituição de contrato, de tempo certo. Legalidade. Vivien Medina Noronha	137
Parecer nº 003/02-PJC/PGE. Ação direta de Inconstitucionalidade. Liminar. Efeitos. Clóvis Smith Frota Júnior	145
Parecer nº 076/02-GPGE. Autorização de uso de imóvel. Indra Mara Bessa	154
Parecer nº 230/02-GPGE. Alienação de ações da Telamazon e Telebrás pertencentes ao Estado do Amazonas. Jorge Henrique de Freitas Pinho	173

TRABALHOS FORENSES

Embargos a execução. Cervejaria Miranda Correa S/A. Elissandra Monteiro Freire de Menezes	194
Razões de Recurso Especial - Indústria de bebidas Antartica da Amazônia S/A. Elissandra Monteiro Freire de Menezes	218
Impugnação aos embargos de devedor. Itautinga Agro Industrial S/A. Leonardo de Borborema Blasch	242

Razões de Apelação. Fita Data do Amazonas Ltda. Suely Xavier Lima	276
Contra - Razões de Agravo de Instrumento. Texaco Brasil S/A - Produtos de Petróleo. Adriane Simões Assayag Ribeiro	282
Pedido de Suspensão da Liminar - DM Eletrônica Ltda. Adriane Simões Assayag Ribeiro; Ricardo Antonio de Rezende de Jesus e Sandra Maria do Couto e Silva	295
Recurso Especial (CF/88, art.105, III, a e c). Clóvis Smith Frota Júnior	313
Agravo Regimental e Tempertividade do Recurso. Raimundo Paulo dos Santos Neto	336
Agravo Regimental. Construtora Colméia S/A. Marília Gurgel R. de Paiva	340
Embargos à SDI. Ricardo Antonio Rezende de Jesus	354
Agravo de Petição. Precatório. Obrigação de pequeno valor. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres	363
 <i>DOCTRINA</i>	
Conteúdo e Alcance da Expressão “Renúncia de Receita” para fins de aplicação do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC N°101/2000). Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	384
A incidência do ICMS sobre o serviço de acesso à Internet. Adriane Simões Assayag Ribeiro	406
Aplicação do código de proteção e defesa do consumidor nas relações entre empreendedor de Shopping Center e Lojista. Paulo José Gomes de Carvalho	421

Assistência jurídica à luz da Carta Magna. Roberta Ferreira de Andrade Mota	442
O dever de convalidação para a Administração Pública. Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro	455
Princípios Basilares da Licitação. Glícia Pereira Braga e Silva	479
Responsabilidade da Administração Pública diante de contratos nulos. Heloyza Simonetti Teixeira	491
O conteúdo econômico das reservas particulares do patrimônio natural. Júlio César Lima Brandão	499

DISCURSOS

Saudação aos náveis Procuradores

Indra Mara Bessa	532
Aldemar Augusto A. Jorge Salles	536
Rômulo de Souza Carpinteiro Péres	538

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas apresenta à comunidade jurídica o 25º volume de sua Revista, em comemoração aos 30 (trinta) anos de sua existência.

Com efeito, tradicionalmente, esta PGE celebra o seu nascimento, no dia 13 de novembro, haja vista que, no dia 13.11.1972 com o advento da Lei n. 1.057, foi institucionalizado o sistema de apoio jurídico estadual e organizada a Procuradoria Geral do Estado, sucessora da Procuradoria Jurídica do Estado.

Esse foi o primeiro passo da organização da carreira e formação da atual Procuradoria Geral do Estado.

A importância e relevância dos serviços prestados por esta instituição permitiram, passo a passo, ano a ano, a cada geração, a formação de uma instituição orgulhosa dos quadros profissionais que hoje ostenta. A excelência do quadro de procuradores aliada ao incansável empenho dos servidores de apoio vem mantendo esta instituição na vanguarda da advocacia pública estadual.

Há, posso afirmar-lhes, por trás de tudo isso um profundo Amor por parte de seus integrantes a esta instituição e a tudo o que ela representa. Esse Amor é o combustível que permite a realização do incansável trabalho daqueles que aqui entregam o melhor de suas habilidades em favor do interesse público.

Não posso deixar de destacar e agradecer a valiosa colaboração de todos os ilustres Procuradores do Estado e dos eminentes auxiliares desta casa, bem assim dos integrantes do Centro de Estudos Jurídicos e da Comissão Editorial.

Finalizo, pois, mantendo o compromisso permanente de manter atualizada e viva a revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, que completa seus vinte anos com a presente edição.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-geral do Estado

PARECERES**PROCESSO Nº 5788/01****ASSUNTO:** Consulta - Legalidade da convocação de suplente de vogal**INTERESSADO:** José Eduardo Garcia de Vasconcelos**PARECER Nº 034/02 - PA/PGE**

"EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. CONVOCAÇÃO DE SUPLENTE PARA REPRESENTAR A UNIÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE".

- Não tendo sido, em tempo hábil, nomeado o representante da União, nada impede que o Presidente da Junta Comercial do Estado do Amazonas convoque o suplente de um dos representantes do Governo do Estado para compor a 4ª Turma.

- Agindo desta forma, além de dar cumprimento ao Regimento Interno da JUCEA, o Presidente procura atender o princípio da eficiência tratado no caput do art. 37 da Constituição Federal.

- Não se efetivou a nomeação, mas apenas a convocação temporária, até a efetiva nomeação por quem de direito.

- Possibilidade".

Senhor Procurador Geral:

O Douto Procurador do Estado, Dr. Lourenço dos Santos Pereira Braga, no exercício da função de Secretário de Estado da Administração, solicita a oitiva desta Procuradoria Geral do Estado a fim de ver respondida a dúvida suscitada por sua Auditoria de Sistema com relação à competência da Presidência da Junta Comercial do Estado do Amazonas em convocar vogal suplente, representante do Estado do Amazonas, para substituir vogal titular/ representante da União Federal.

Encontro nos autos: despacho da Auditoria; cópia da ata da Junta Comercial do Estado do Amazonas; despacho técnico da Consultoria Jurídica; cópia do Diário Oficial do Estado do Amazonas do dia 16 de janeiro de 2001; cópia do Decreto nº 21.151/00 (Regimento Interno da JUCEA); cópia da Lei nº 8.934/94; cópia do Decreto 1.800/96; Parecer nº 322/01-CJ/SEAD, devidamente acolhido pela Chefia Maior; despacho do ilustre Secretário solicitando a oitiva da Presidência da Junta Comercial do Estado do Amazonas; resposta da JUCEA e despacho do ilustre Secretário solicitando a manifestação desta Procuradoria Geral do Estado.

O Auditor de Sistema, Dr. Luiz Roberto de Melo Fonseca, através do documento de fls-03/PGE, pronunciou-se desta forma:

“Ao ensejarmos a análise rotineira da folha de pagamento mensal da JUCEA, deparamo-nos com a situação aparentemente irregular que passamos a descrever.

A quantidade de representantes de entidades, denominados de vogais, foi consolidada através do Decreto de 16 de janeiro de 2001.

Foi consolidado através do Decreto supramencionado o nome do Sr. JOSÉ EDUARDO GARCIA DE VASCONCELOS como suplente do Representante do Governo do Estado no colegiado daquela junta.

A vaga pertencente a União não havia sido preenchida até aquela data. Em razão desse fato, o colegiado reunido, conforme demonstrado em ata, indicou e “nomeou” o Sr. JOSÉ EDUARDO GARCIA DE VASCONCELOS para preencher a vaga destinada a União.

Diante do exposto, solicito a oitiva da C.G.S. desta SEAD para dirimir a dúvida surgida no tocante à competência da JUCEA, através de seu órgão colegiado, de indicar e nomear em substituição provisória, o vogal representante da União”.

Chegando os autos a Consultoria Jurídica da SEAD, e solicitada a análise técnica por parte da Dra. Waldiza Batista Siqueira, constatou-se, nesta oportunidade, que:

“(…)

a) O Decreto de 16 de janeiro de 2001, que consolidou os decretos de nomeação dos vogais e respectivos suplentes que compõem o Colegiado de vogais da Junta Comercial do Estado do Amazonas – JUCEA, consta o nome de José Eduardo Garcia de Vasconcelos como Suplente do vogal Clóvis Prado de Negreiros Filho;

b) A vaga que seria de um vogal representante da União, em sessão realizada naquela Autarquia, e tendo em vista não haver indicação para a vaga, o Colegiado reunido em sessão decidiu convocar o Senhor José Eduardo Garcia de Vasconcelos para representante da União (…)”.

Após a transcrição das legislações aplicáveis a espécie, concluída, portanto, a análise técnica, os autos foram submetidos à Consultora Chefe e encaminhados para parecer conclusivo do Dr. Jairo Barroso de Santana, subscritor do Parecer nº 322/2001-CJ/SEAD, do qual peço permissão para transcrever o seguinte:

“A resposta é dada pela Lei nº 8.934 de 18.11.94 onde está disciplinado:

“Artigo 9º - Respeitados os requisitos estabelecidos no artigo 11 da Lei nº 8.934/94 e no artigo 10 do Decreto nº 1800/96, os Vogais serão nomeados, com os respectivos suplentes, pelo Governador do Estado, para mandatos de 04 (quatro) anos, permitida uma recondução, ressalvada a nomeação do representante da União e respectivo suplente, que será feita pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento Indústria e Comércio do Exterior”.

Diz ainda, o texto legal sob apreciação:

"Artigo 12 – Os vogais e respectivos suplentes serão escolhidos da seguinte forma:

I -

II – um vogal e respectivo suplente, representando a União Federal, por nomeação do Ministro de Estado da Justiça (Grifos nossos).

Ante tal exigência, salta à vista, por conseguinte, que apenas o Ministro de Estado da Justiça tem condições para o preenchimento da vaga sob apreciação, estando despidida de suporte legal qualquer outra forma de ocupação”.

Após a aprovação por parte da Chefia Maior da Consultoria Jurídica, houve o pedido de oitiva da Presidência da Junta Comercial do Estado do Amazonas por parte do ilustre Secretário da Administração, Dr. Lourenço dos Santos Pereira Braga.

Instada a falar, a Presidência da Junta demonstrou a legalidade do ato e sua competência em proceder com a respectiva convocação, sustentando, em síntese, que:

“A Lei nº 9.829, de 2 de setembro de 1999 que alterou a redação do inciso III do art. 12 da Lei nº 8.934, de 18.11.94 inseriu a classe dos administradores, ensejando a alteração do número de Vogais de doze para quatorze membros efetivos e respectivos suplentes e necessário se fez a nomeação dos representantes das entidades patronais (grau superior) e da classe dos administradores por Decreto Governamental de 16 de janeiro de 2001, bem como do Decreto Governamental de 16.01.2001 que consolidou os decretos de nomeação dos vogais da Junta Comercial do Amazonas – JUCEA, cujo período de vocalato se encerra em 1º de janeiro de 2002 ambos publicados no Diário Oficial do Estado na mesma data.

Os Vogais nomeados tomaram posse em sessão Plenária no dia 22.01.2001 e como os mesmos são distribuídos por

Turmas de 3 membros cada uma, excetuados o Presidente e Vice-Presidente. Conseqüentemente, os Vogais foram distribuídos por 4 (quatro) Turmas, denominadas de Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turma conforme Proposta para Operacionalização, anexa, aprovada por unanimidade.

Em decorrência de não haver sido nomeado a representação da União pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (inciso II, do art. 12. do Decreto Nº 3.395, de 29.3.2000) e respaldado no Parágrafo Único do Art.10 do Regimento Interno da JUCEA (Decreto Nº 21.151, de 18 de setembro de 2000) que dispõe: "Os integrantes das Turmas são designados pelo Presidente da JUCEA, que também designará o Presidente de cada uma delas, substituído, em suas faltas e impedimentos, pelo Vogal mais idoso dentre os integrantes titulares" convocou o Senhor JOSÉ EDUARDO GARCIA DE VASCONCELOS, Vogal Suplente Representante do Governo do Estado do Amazonas para compor a Quarta Turma de Vogais a fim de efetivar a operacionalização das atribuições inerentes as mesmas até a nomeação e posse do Vogal Titular e respectivo Suplente da Representação da União.

Assim, em resposta à consulta formulada a esta Presidência, entendemos:

- que a expressão convocar é chamar ou convidar para reunião, no presente caso, compor o número de membros pertinente a Turma de Vogais e nomeação é ato de nomear ou designar para cargo ou emprego.

Assim sendo, não houve preenchimento da Representação da União, e sim composição da Quarta Turma de Vogais com 3 (três) membros, com, o único intuito de não prejudicar a operacionalização da execução dos serviços que competem às Turmas de Vogais".

Frente à divergência acima demonstrada, o ilustre Secretário

de Estado da Administração encaminha os autos a esta Procuradoria Geral, órgão máximo da consultoria do Estado do Amazonas, para manifestação conclusiva acerca da questão aqui posta.

Até aqui, apenas o relatório. Passo a opinar.

Assiste razão, com ressalvas é claro, o ilustre Consultor Jurídico da SEAD quando diz que a nomeação do Vogal representante da União é de competência do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Entretanto, ao que parece, não estamos diante desta hipótese. Digo isto porque o Presidente da Junta Comercial do Estado do Amazonas não nomeou o Senhor José Eduardo Garcia de Vasconcelos para representar a União Federal. Como bem colocou, apenas o convocou, após a nomeação pela autoridade máxima do Estado do Amazonas, para que a 4ª Turma pudesse ser devidamente composta, tudo para atendimento da legislação aplicável à espécie.

Não houve nomeação, muito menos ocupação definitiva da função de Voga representante da União Federal. Assim entendo, e aqui friso, porque a nomeação nada mais é do que provimento da vaga, completada pela posse e pela entrada em exercício, o que, *in casu*, não ocorreu.

A cópia da ata de fls. 03-PGE é clara: após o decreto de nomeação, devidamente publicado no Diário Oficial do Estado do Amazonas, a Presidência da Junta, no uso de suas atribuições e diante a ausência de nomeação e posse do representante da União Federal, convocou o Senhor José Eduardo Garcia de Vasconcelos para compor, temporariamente, a Quarta Turma de Vogais, até posterior nomeação por quem de direito.

Encontro amparo para esta atitude na própria legislação carreada, especialmente da Lei nº 8.934/94, alterada pela Lei nº 9829, de 02/09/99, que agora transcrevo:

“Art. 9º A estrutura básica das juntas comerciais será integrada pelos seguintes órgãos:

I – a Presidência, como órgão diretivo e representativo;

II – o Plenário, como órgão deliberativo superior;

III – as Turmas, como órgãos deliberativos inferiores;

IV – a Secretaria-Geral, como órgão administrativo;

V – a Procuradoria, como órgão de fiscalização e de consultoria jurídica.

Art. 10. O plenário, composto de vogais e respectivos suplentes, será constituído pelo mínimo de 8 (oito) e no máximo de 20 (vinte) vogais.

Art. 12. Os vogais e respectivos suplentes serão escolhidos da seguinte forma:

(...)

II – um vogal e respectivo suplente, representando a União Federal, por nomeação do Ministro de Estado da Justiça.

Art. 18. Na sessão inaugural do plenário das juntas comerciais, que iniciará cada período de mandato, serão distribuídos os vogais por turmas de três membros cada uma, com exclusão do presidente e vice-presidente.

Art. 23. Compete ao presidente:

I – a direção e representação da Junta;

II – dar posse aos vogais, convocar e dirigir as sessões do Plenário, superintender todos os serviços e velar pelo fiel cumprimento das normas legais e regulamentares”.

O Plenário, assim, é composto pelo que denominamos de vogal e por seus suplentes, escolhidos, dentro outros, um representante da União Federal, devidamente nomeado por Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Os vogais, conforme a legislação que rege a matéria, são distribuídos em Turmas, compostas por três membros, estando fora desta distribuição o Presidente e o Vice-Presidente da Junta Comercial.

Penso que a convocação do Senhor José Eduardo Garcia de Vasconcelos, suplente do representante do Governo do Estado do Amazonas, para compor uma das turmas da Junta Comercial do Estado do Amazonas deu-se apenas com o intuito de composição da 4ª Turma.

Não posso, ainda, deixar de mencionar que tal atitude deu-se, inclusive, com base na competência exarada ao Senhor Presidente da JUCEA.

Verificando o Regimento Interno da Junta Comercial do Estado do Amazonas, Decreto nº 21.151, publicado no Diário Oficial do Estado do Amazonas do dia 16 de setembro de 2000, vejo que o colegiado de vogais, órgão deliberativo superior, integrado por 14 membros efetivos e respectivos suplentes tem, na sua composição, 01 vogal e respectivo suplente representante da União Federal (art. 8º).

Percebo, também que os vogais são distribuídos em 04 Turmas de 03 membros cada uma, denominadas de Primeira, Segunda, Terceira e Quarta (art. 10). A designação dos integrantes das Turmas e de seus respectivos presidentes será feita pelo Presidente da JUCEA (parágrafo único do art. 10).

Parece-me, então, que assiste razão a Presidência da JUCEA quando convocou, frente à ausência de nomeação por parte do representante da União, um suplente do Governo do Estado do Amazonas para compor a 4ª Turma.

Agindo desta forma, ao que tudo indica, apenas está zelando pelo cumprimento do Regimento Interno da JUCEA, quando determina de forma clara, que o Colegiado de Vogais será composto de 04 Turmas.

É claro, e aqui não poderia negar, que não há uma

determinação expressa desta faculdade da Presidência em convocar um suplente para compor uma das Turmas na ausência de nomeação do representante da União. Realmente, após estudo minucioso das legislações carreadas aos autos e as demais que agora junto, não encontro expressa esta determinação, como no caso abaixo transcrito:

"Art. 12 Os vogais e respectivos suplentes serão escolhidos da seguinte forma:

III – quatro vogais e respectivos suplentes, representando, respectivamente, a classe dos advogados, a dos economistas e a dos contadores, todos mediante indicação, em lista triplíce, do Conselho Seccional ou Regional do órgão corporativo destas categorias profissionais (redação dada pela alteração do Decreto nº 1800/94 pelo Decreto nº 3.395/00).

(...)

§2º As listas referidas neste artigo devem ser remetidas até 60 (sessenta) dias antes do término do mandato, caso contrário será considerada, com relação a cada entidade que se omitir na remessa, a última lista que não incluía pessoa que exerça ou tenha exercido mandato de vogal".

Entretanto, penso que correto o proceder da Presidência da JUCEA. Além disso, como administrador público que é, não podemos esquecer que o Presidente da JUCEA está adstrito aos princípios da Administração Pública constantes do caput do art. 37, notadamente o da eficiência, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998)".

Buscou, como bem justificou em sua manifestação, agir com presteza e não prejudicar o andamento da JUCEA, dizendo que:

"Assim sendo, não houve preenchimento da Representação da União, e sim composição da Quarta Turma de Vogais com 03 membros, com o único intuito de não prejudicar a operacionalização da execução dos serviços que competem às Turmas de Vogais.

Friso, por oportuno, que a JUCEA destacou-se em âmbito Nacional, merecendo o Prêmio de Qualidade e Produtividade – Edição 2001 – Troféu Ouro, realização DNRC/JUCEMAT no XVII ENARC em Cuiabá/MT.

Eficiência, portanto, foi o objetivo buscado pela Presidência da JUCEA. Tecendo comentários a respeito deste princípio, Hely Lopes Meirelles¹ nos ensina que:

"O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros".

Mais adiante, falando do dever de eficiência, completa²:

"A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou função com a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o quê se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos

¹ Direito Administrativo Brasileiro, 26ª edição, Editora Malheiros, pág.

² Obra já citada, pág. 99.

quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice”.

Ex positis, concluo que não houve nomeação por parte do Presidente da Junta Comercial do Estado do Amazonas para que o Senhor José Eduardo Garcia de Vasconcelos tomasse posse na função de vogal representante do Governo Federal. Houve, sim, apenas uma convocação para que o Plenário da JUCEA pudesse observar o seu Regimento Interno e a legislação aplicável à espécie. Correto, portanto, a forma de proceder.

Assim me parece. À consideração do Senhor Procurador Geral do Estado do Amazonas.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PA/PGE, em Manaus/AM, 10 de janeiro de 2002.

Neusa Dídila Brandão Soares Pinheiro
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 5788/01 - PGE

ASSUNTO: Consulta - Legalidade da convocação de suplente de vogal

INTERESSADO: José Eduardo Garcia de Vasconcelos

DESPACHO:

I. APROVO, o Parecer nº034/2002 – PA/PGE, da lavra da ilustre Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, Dra. **NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO**.

II. DEVOLVAM-SE autos à Secretaria de Estado da Administração, Coordenação e Planejamento – SEAD, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus (AM), 30 de janeiro de 2002.

INDRA MARA BESSA

Procuradora-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 0284/2002**ASSUNTO:** Consulta sobre modificação contratual**INTERESSADO:** Secretaria de Governo**PARECER Nº 366/2002 – PA/PGE**

"EMENTA: CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADES CONTRATUAIS A ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMPENHO PRÉVIO. POSSIBILIDADE".

- A Administração Direta é formada por órgãos oriundos da desconcentração Administrativa, constituindo, a sua totalidade, uma única pessoa jurídica de Direito Público.
- As modificações contratuais regem-se pelos artigos 58 e 65 da Lei nº 8.666/93. Alteração baseada em fato posterior ao contrato.
- A celebração de contrato administrativo pressupõe a realização de empenho à conta de dotação orçamentária do órgão interessado. Havendo previsão da despesa na Lei Orçamentária Anual, é possível, em tese, o repasse de obrigações a órgão da Administração Direta.
- O procedimento a ser adotado é a realização de termo aditivo a cada um dos contratos que se busca transferir aos órgãos interessados."

Senhora Procuradora-chefe:

Chega a esta especializada consulta formulada pela Douta Secretária Executiva de Assuntos Administrativos da Secretaria de Governo, com o escopo de aclarar dúvida acerca da possibilidade de aproveitamento de licitação e transferência de obrigações oriundas de contratos firmados pela SEGOV a outros órgãos e entidades da administração.

Relata a Secretária de Estado que, com o advento do Decreto Estadual nº 22.007, de 23 de julho de 2001, houve a delegação de competência a todos os entes e entidades da Administração Estadual para autorizarem gastos relativos a passagens aéreas, respeitados os limites mensais estabelecidos pelo grupo de contenção de gastos especialmente criado para este fim.

Aduz que, no exercício financeiro anterior, foi realizada concorrência pública para a contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços de emissão de passagens aéreas à SEGOV, o que fez originar os contratos nº 020, 021 e 022/2001 – SEGOV. Tais termos contratuais têm prazo de vigência de quatorze meses, extinguindo-se somente em 17 de fevereiro de 2003.

Diante de tal quadro, indaga a essa PGE *“se é viável, utilizando-se a licitação já realizada, repassar as responsabilidades contratuais aos demais órgão e entidades do Poder Executivo”* e em sendo positiva a resposta, qual o procedimento a ser observado pela Secretaria consulente.

Às fls. 04 – PGE, encontro informação do Exmo. Sr. Subprocurador Geral do Estado, em exercício, Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, acerca do objeto da consulta ora formulada, nos seguintes termos:

“Informo, no interesse do presente processo, conforme contato mantido com o órgão consulente, que justamente por força das normas de direito financeiro, reclamadas para transferências de recursos orçamentários de um órgão para outro, somente no presente exercício, de par com a Lei Orçamentária em vigor, tornou-se eficaz e exeqüível o Decreto nº 22.007, de 23 de julho de 2001, em data posterior à celebração dos contratos aludidos na consulta”.

É o sucinto relatório. Passo a opinar.

•Breve histórico legislativo sobre a competência da SEGOV

Início a abordagem analisando o interesse da Secretaria de Estado de Governo sobre o assunto submetido a análise, em face de sua competência legalmente atribuída.

O Decreto Estadual nº 20.825, de 4 de abril de 2000, aprovou o Regimento Interno da SEGOV. Tal regimento dispunha, em seu art. 1º, VI, abaixo transcrito, a competência da aludida Secretaria para a aquisição de passagens aéreas bem como para estabelecer critérios para sua concessão aos órgãos do Poder Executivo:

“Art. 1º A SECRETARIA DE GOVERNO - SEGOV - compõe, nos termos da Lei nº 2.600, de 04 de fevereiro de 2000, a Administração Direta do Poder Executivo, como órgão integrante do Gabinete do Governador, competindo-lhe:

(...)

VI – a aquisição de passagens aéreas intermunicipais, nacionais e internacionais, e o controle de suas concessões, no âmbito da Administração Direta do Poder Executivo;”

Com o advento do Decreto nº 22.007, de 23 de julho de 2001, tal competência restou esvaziada, eis que a incumbência da gestão de gastos com passagens aéreas do Poder Executivo foi descentralizada. Assim sendo, todo e qualquer órgão ou entidade, respeitada a cota mensal estabelecida pelo Grupo Gestor de Contenção de Gastos, pode realizar despesas relativas à emissão de passagens, cabendo-lhe, também, a decisão sobre a conveniência da concessão das mesmas aos servidores interessados.

Eis o teor do art. 5º do Decreto nº 22.007, in verbis:

“Art. 5º Fica delegada competência aos Secretários de Estado, aos demais dirigentes de órgão da Administração Direta e aos Presidentes de Autarquias e Fundações do Poder Executivo para autorizar, respeitado o disposto no artigo 4º

deste Decreto, viagens de servidores do respectivo organismo para outros pontos do território nacional e para o Interior do Estado, a serviço da Administração, bem como para autorizar as conseqüentes despesas com passagens e diárias.”

Do cotejo dos atos normativos supramencionados, vê-se que a consulta liga-se diretamente à atividade precípua da SEGOV, porém não em todos os seus termos, senão vejamos:

A Secretaria interessada indaga sobre a possibilidade de transferência de responsabilidades oriundas dos contratos 020, 021 e 022/2001 – SEGOV - aos **órgãos e entidades da Administração Estadual**, tendo em vista a delegação de competência atrás citada.

Todavia, da leitura do Regimento Interno da SEGOV, vê-se que a atribuição de aquisição de passagens aéreas bem como a sua concessão aos servidores interessados encontra-se restrita ao âmbito da **Administração Direta Estadual**. Assim sendo, estariam incluídas no âmbito de competência da SEGOV as concessões de passagens relativas aos órgãos do Poder Público, aí se incluindo as Secretarias e Comissões, frutos da desconcentração administrativa. As autarquias e fundações, que tem origem na descentralização administrativa, não são alcançadas, nesse aspecto, pelas atribuições da SEGOV, visto que compõem a **Administração Indireta Estadual**.

Assim sendo, o interesse da SEGOV na presente consulta cinge-se tão somente à possibilidade de alteração contratual para a transferência das responsabilidades aos órgãos da administração, não havendo, portanto, a possibilidade de tal situação em face das entidades (autarquias e fundações) que não se encontram em sua esfera de competência.

• **Da consulta. Da desconcentração administrativa.**

Como já anteriormente exposto, a SEGOV indaga sobre a possibilidade de repasse das responsabilidades, oriundas dos contratos

nº 020, 021 e 022/2001, aos demais órgãos da administração direta, em face da delegação de competência estabelecida pelo art. 5º do Decreto nº 22.007/01.

Relativamente às partes envolvidas, SEGOV e outros entes estaduais, percebe-se a viabilidade do objeto da consulta.

A Secretaria de Governo compõe, com os demais órgãos do governo, a chamada Administração Direta, originada da desconcentração administrativa. São partes de um mesmo todo, não dotados de personalidade jurídica autônoma, mantida as hierarquias estatais. Nesse aspecto, colaciono a lição de Hely Lopes Meirelles¹:

"(...), desconcentração administrativa, que significa repartição de funções entre os vários órgãos (despersonalizados) de uma mesma Administração, sem quebra de hierarquia."

Na esteira, explana Maria Sylvania Zanella Di Pietro²:

"Sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia".

Nota-se, portanto, que os entes públicos originados da desconcentração formam o Estado do Amazonas, pessoa jurídica de Direito Público. Este, para a prestação de serviços à sociedade, com o objeto maior de alcance do interesse público, reparte as suas atribuições, em várias áreas de atuação, aos entes despersonalizados que, em nome próprio do Estado, atuam dentro de sua esfera de competência.

¹ *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., p. 700

² *Direito Administrativo*, 13ª ed., p. 342

Vislumbra-se, portanto, que o repasse de obrigações oriundas de contrato firmado pela SEGOV a outra Secretaria ou outro órgão da Administração Direta não desnatura a pessoa jurídica contratante, Estado do Amazonas, havendo mera modificação na gestão e fiscalização do cumprimento da avença. Assim sendo, a modificação nos contratos não desobriga o Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, não existindo transferência ou cessão de direitos a outrem.

Vale ressaltar que, à semelhança do que ocorre quando extinto um desses órgãos (em especial, as Secretarias), dada a continuidade do serviço público, as obrigações anteriores daquele ente são assumidas por outro órgão da administração direta, visto que a pessoa jurídica contratante, Estado do Amazonas, subsiste. Conclui-se, portanto, ser possível o objeto da consulta nesse aspecto.

• Da alteração contratual.

Vê-se, de plano, que a transferência pretendida pela SEGOV acarreta a modificação do anteriormente pactuado, deixando o contrato de ser gerido pela consulente, passando a responsabilidade da contratação aos vários entes públicos estaduais.

Os contratos administrativos são regidos pelas normas de Direito Público, e por força da supremacia da Administração sobre o particular, em face do interesse público envolvido, podem ser modificados unilateralmente, conforme o art. 58, I, da Lei nº 8.666/93, abaixo transcrito:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de :

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”

De plano, verifica-se que a prerrogativa de modificação do

contrato administrativo não se amolda ao livre arbítrio do administrador, sendo necessária a existência de requisitos conjugados, sempre levando-se em consideração o fim máximo do interesse público.

O Mestre Marçal Justen Filho³ assim leciona sobre o assunto:

“A faculdade deferida à Administração Pública não consagra seu arbítrio nem significa ausência de força vinculante do contrato relativamente à Administração”.

Antes de realizar o contrato, a Administração desenvolve atividades internas que definem a extensão e o conteúdo dos contratos que serão firmados. A Administração elabora o ato convocatório e define o objeto da licitação; fixa o conteúdo do contrato; promove a convocação dos terceiros interessados, definindo os requisitos e as exigências necessárias à participação e à seleção da melhor proposta. Não se pode conceber que, após desenvolvida todas essas atividades, a própria Administração delibere alterar o conteúdo do contrato, modificando substancialmente o conteúdo dos deveres impostos ao contratado.(...)

Logo, a modificação unilateral do contrato pressupõe eventos ocorridos ou apenas conhecidos após a contratação. A Administração tem a faculdade de modificar o contrato, mas tendo em vista ocorrências subsequentes à data da contratação. Deverá ter ocorrido uma modificação das circunstâncias de fato ou de direito, motivando a necessidade ou a conveniência de alterar o contrato.(...)

Será nula a modificação quando: (a) desmotivada; (b) fundada em motivo já existente em data anterior à contratação; (c) fundada em motivo inexistente; (d) desproporcionada ao *motivo invocado*.”

³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., p. 529-530

Assim sendo, as modificações do instrumento de contrato somente estão autorizadas diante de situações supervenientes e, ainda assim, sempre fundamentadas e no resguardo do interesse público.

O cerne da modificação contratual cinge-se à adequação da prestação do serviço de emissão e concessão de passagens aéreas aos servidores públicos estaduais, anteriormente centralizado na SEGOV, aos ditames exigidos pelo Decreto nº 22.007, de 23 de julho de 2001.

Conforme a informação prestada pelo Exmo. Sr. Subprocurador Geral em exercício, *“somente no presente exercício, de par com a Lei Orçamentária em vigor, tornou-se eficaz e exeqüível o nº 22.007, de 23 de julho de 2001, em data posterior à celebração dos contratos aludidos na consulta”*.

Creio, respaldada na informação supra, que resta cumprido o requisito da superveniência de situação não prevista à época da contratação. Apesar da edição do Decreto remontar data anterior à contratação, julho de 2001, a despesa com passagens aéreas, até então, não integrava o orçamento dos órgãos interessados, a quem agora incumbe a gestão de tal serviço.

Tal assertiva se dá na medida que a Lei Orçamentária Anual, referente ao exercício financeiro de 2001, foi aprovada, obrigatoriamente, em Dezembro de 2000, quando então cabia à SEGOV a aquisição e concessão de passagens aéreas a todos os órgãos da administração direta. E dentro dessa previsão orçamentária, emitindo-se Nota de Autorização de Despesa para aquele exercício financeiro, foi realizada a licitação na modalidade de concorrência, da qual se originaram os contratos 020, 021 e 022/2001 – SEGOV.

Não existia, portanto, a possibilidade das demais Secretarias de Estado realizarem as despesas relacionadas com o objeto dos contratos em tela, apesar da previsão do Decreto atrás mencionado, em face da obrigatoriedade da previsão orçamentária para tanto. Agora, tal se reputa possível e viável.

A Comissão de Licitação ou a SEGOV jamais poderiam prever a ocorrência de tal fato, posto que não se sabia, quando da realização da licitação ou da assinatura do contrato, que as outras unidades orçamentárias (entes da administração), no exercício de 2002, estariam contemplados pela Lei Orçamentária Anual com recursos para o custeio de passagens e deslocamentos, posto que a lei ora aludida ainda não havia sido aprovada.

Dou por cumprido o requisito da superveniência de fato não previsível à época da celebração do contrato.

Quanto ao interesse público, esse não merece maiores considerações na presente consulta, posto que de plano confirmado. Como não incumbe mais exclusivamente à SEGOV a aquisição de passagens aéreas e sua concessão aos servidores da administração direta, para a racionalização das atividades, e buscando prestar o serviço público da melhor forma possível, a SEGOV busca a transferência das obrigações a outros órgãos.

É de relevo a questão de observância ao princípio da economicidade. *In casu*, é despicienda a realização de nova licitação para a contratação de serviços de emissão de bilhetes de passagens aéreas pela simples necessidade de aditamento aos contratos para modificação do órgão gestor e fiscalizador. Conforme acima explanado, a avença continua titularizada pelo Estado do Amazonas, e o objeto dos contratos 020, 021 e 022 – SEGOV não sofrerá modificação.

Demonstradas estão a conveniência e a necessidade da alteração contratual.

• **Da dotação orçamentária e empenho prévio.**

Questão relevante se mostra na análise da questão do empenho prévio dos valores devidos por força dos contratos nº 020, 021 e 022/2001 – SEGOV.

Para a realização de toda e qualquer licitação faz-se

necessária a autorização de despesa pelo órgão interessado, visto que, conforme o art. 7º, §2º, III, da Lei nº 8.666/93, deve haver *“previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”*.

Quando da contratação, o Estado reserva o valor da despesa, anteriormente autorizada, por meio de nota de empenho, que cria para o Estado a obrigação do pagamento pendente ou não de implemento de condição, conforme o art. 61 da Lei nº 4.320/64, sendo vedada a realização de despesa sem o empenho prévio (art. 60 do sobredito diploma legal).

A possibilidade da transferência, portanto, será consolidada **se, e somente se**, houver previsão, na Lei Orçamentária Anual, para a realização da despesa de passagens e deslocamento para cada unidade orçamentária a que se destina a transferência de responsabilidades dos contratos, culminando com o empenho prévio de tais valores em face das obrigações contratuais.

Tal se amolda ao disposto no art. 167, II, da Constituição da República, e art. 59, caput, da Lei nº 4.320/64, abaixo transcritos:

“Art. 167. São vedados:

...

II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”

“Art. 59. O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos.”

Em comentários à Lei nº 4.320/64, assim leciona José Teixeira Machado Jr.⁴:

⁴ A Lei 4.320 Comentada, 26ª ed., p. 118

“O artigo veda empenhos que excedam o limite do crédito autorizado. Poderão ser feitos tantos quantos forem necessários, mas o seu somatório não poderá ultrapassar o montante da dotação.”

• **Do procedimento para a efetivação da transferência de responsabilidade**

Quanto à segunda parte da consulta formulada, qual seja, a indicação, por esta PGE, de qual o procedimento a ser adotado caso possível a transferência de responsabilidades ora analisada, entendo que devam ser realizados termos aditivos a cada um dos contratos firmados pela SEGOV.

Nesse aspecto, curvando-me ao entendimento anterior da Chefia desta especializada, faço anexar aos autos o Parecer nº 1838/2001 – PA/PGE, da lavra da Exma. Sra. Procuradora Chefe da P.A., Dra. Neusa Dídya Brandão Soares Pinheiro, devidamente aprovado pela Procuradora-geral em exercício, que analisou situação idêntica ao que se abordou acima.

• **Conclusão**

Por tudo isto posto, **entendo**:

a) ser possível a transferência de responsabilidades oriundas dos contratos nº 020, 021 e 022/2001 – SEGOV a outros órgãos da administração direta;

b) tal transferência condiciona-se à contemplação dessas despesas no orçamento anual para cada unidade orçamentária a que se operacionalizar o repasse de obrigações, bem como à emissão de prévia nota de empenho;

c) o procedimento para a efetivação das transferências deve ser a realização de termos aditivos a cada contrato.

É o parecer o qual submeto à consideração de Vossa Senhoria.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE, em Manaus (AM), 06 de fevereiro de 2002.

Patrícia Cunha e Silva Petrucelli
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 284/2002-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre modificação contratual

INTERESSADO: Secretaria de Governo - SEGOV

DESPACHO:

Acolho o parecer da Dra. **PATRÍCIA CUNHA E SILVA PETRUCCELLI**.

Encaminhe-se os autos à superior consideração do Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE, em Manaus (AM) 07 de fevereiro de 2002.

Neusa Dídía Brandão Soares Pinheiro
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 284/2002-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre modificação contratual

INTERESSADO: Secretaria de Governo - SEGOV

DESPACHO:

I – APROVO, com aditamento, o Parecer nº 366/02-PA/PGE, da lavra da ilustre Procuradora do Estado, Dra. **PATRÍCIA CUNHA E SILVA PETRUCCELLI**, acolhido pela ilustre Procuradora-chefe da Procuradoria Administrativa – PA/PGE, Dra. **NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO**.

In casu, entendo ser necessário apresentar minuta do (s) aditivo (s) a ser (em) celebrados de acordo com o modelo em anexo.

II – DEVOLVAM-SE os autos a Secretaria de Governo – SEGOV, com observância das formalidades de praxe.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, em Manaus (AM),
07 de fevereiro de 2002.

INDRA MARA BESSA

Procuradora-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 380/02

ASSUNTO: Consulta – Possibilidade de contratação direta – Inexigibilidade

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Assistência Social e do Trabalho - SETRAB

PARECER Nº 750/02-PA/PGE

“EMENTA: ADMINISTRATIVO, CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE. POSSIBILIDADE.

- A regra constitucional, art. 37, é a da realização do procedimento licitatório.
- Entretanto, o estatuto das licitações estabelece determinadas exceções.
- Pode ser efetivada a contratação nos moldes do art. 25, inciso II c/c o art. 13 da Lei nº 8.666/93.
- Deve, entretanto, a Administração Pública atender para as determinados do § único do art. 26 do mesmo diploma e demais disposições legais aplicáveis ao caso concreto”.

Senhora Procuradora Chefe:

Retorna a esta Procuradoria Geral do Estado, para fins de manifestação conclusiva, o processo referente à possibilidade de contratação direta da Professora Doutora Rosana Cristina Pereira Parente para a prestação dos serviços de assessoria dentro do Projeto Apoio à Gestão, com base na inexigibilidade de licitação, art. 25, inciso II da Lei de Licitações.

Não é a primeira vez que me manifesto nos autos. Através da Promoção nº 068/02-PA/PGE, solicitei o retorno dos autos ao órgão de origem para o esclarecimento das questões abaixo arroladas:

a) nos anos anteriores, os serviços aqui buscados pela Administração não foram prestados pela FUA?

b) neste ano de 2002, a FUA não poderia prestar os serviços a serem contratados com a Professora Rosana Parente?

c) quais os motivos que levariam a FUA a não prestar os serviços pretendidos pela presente contratação?

d) quais os motivos que levam a Administração Pública a buscar a contratação da pessoa física, frente a possibilidade de contratação da FUA?

e) quais os motivos que levam a Secretaria a contratação diversa das realizadas nos anos anteriores?

f) como era efetuada a contratação da FUA nos anos anteriores? Qual a fundamentação legal?

g) qual a forma de contratação da Professora pelo Ministério do Trabalho e Emprego? A contratação foi direta ou através da FUA? Qual a fundamentação legal desta contratação?

Através do Ofício nº 492/2002-GSETRAB, a Ilustre Secretária de Estado da Assistência Social e do Trabalho informa que:

"a) (...) Temos a informar que a Fundação Universidade do Amazonas – FUA, nunca foi contratada para executar tais serviços, portanto não prestou tais serviços à esta Secretaria de Estado da Assistência Social.

b) Quanto ao questionamento de que se o ano de 2002 a FUA não poderia prestar os serviços a serem contratados com a Professora Rosana Parente: No Guia PLANFOR 2001 – da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego do Ministério do Trabalho e Emprego, do ano de 2001, em suas folhas 144 e 145 consta que:

A gestão do PEQ/PARC é atribuição indelegável da Secretaria de Trabalho/Entidade Parceira. Tal atribuição inclui numerosas ações a ser desenvolvidas antes, durante e depois da execução do PEQ/PARC, integrante o processo de planejamento acompanhamento e supervisão dos programas projetos. Cabe à STB/Parceria assegurar tais ações, podendo a seu critério, contratar serviços especializados para apoiá-la em aspectos técnicos-operacionais de sua execução.

(...) Assim é que a SETRAB é a responsável pela execução de tal projeto especial no âmbito do Estado do Amazonas, e tem a possibilidade de contratar entidade ou pessoa física para a prestação de serviços dentro da AGE. E, no uso dessa prerrogativa optou pela contratação de pessoa especializada no PLANFOR, para prestar-lhe assessoria técnica, em virtude do custo ser bem mais baixo.

c) Sobre os motivos que levariam a FUA a não prestar os serviços pretendidos pela presente contratação: Como dito no parágrafo anterior, a escolha recaiu sobre a pessoa da Dra. Rosana Cristina Pereira Parente face à sua vasta experiência já comprovada no tem em questão e o preço ser bem mais em conta.

d) Sobre os motivos que levam a Administração Pública a buscar a contratação de pessoa física, frente a possibilidade de contratação da FUA – Este questionamento já está contemplado nos itens anteriores.

e) Sobre os motivos que levam à Secretaria à contratação diversa das realizadas nos anos anteriores: A contratação de prestação destes serviços na AGE, está sendo solicitada pela primeira vez dentro no PEQ-AM, desde o início de suas atividades.

f) Sobre como era efetuada a contratação da FUA nos anos anteriores e qual era o fundamento legal: Este questionamento também está contemplado nos itens já

descritos, e que reafirmamos a seguir: "A FUA nunca foi contratada pela SETRAB para a execução de serviços dentro do projeto APOIO À GESTÃO".

g) Sobre a forma de contratação da Professora Rosana Cristina Pereira Parente, pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Como se deu a contratação se foi direta ou através da FUA e qual a fundamental legal desta contratação: Nem a professora nem a Universidade do Amazonas foram contratados pelo Ministério do Trabalho e Emprego para executar serviços dentro do Projeto Apoio à Gestão". (SIC).

Considerando os esclarecimentos acima, especialmente o fato da FUA nunca ter sido contratada para os serviços do Projeto Apoio à Gestão, e sim para a chamada avaliação externa do PLANFOR, bem como estes serviços aparecerem pela primeira vez como exigência dentro do PEQ-AM e o preço ser mais em conta do que o cobrado por pessoa jurídica, dou-me por satisfeita e passo ao exame da questão aqui posta.

É o relatório. Passo a examinar.

Sabe-se que a licitação é princípio constitucional insculpido no art. 37, inciso XXI da Carta Federal, o qual impõe à Administração Pública o dever de selecionar sempre a melhor proposta para contratar. Esta é a sua redação:

"Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com

cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. "

Portanto, todas as contratações efetivadas pela Administração Pública se submetem às normas contidas na Lei de Licitações. A regra é, portanto, de que toda contratação deve ser precedida de licitação.

Por outro lado, sabe-se que a Lei nº 8.666/93 excepcionou hipóteses de contratação sem observância do procedimento licitatório, enumerando, nos arts. 17, 24 e 25, quais as situações que abriga, considerados os casos em que a prévia licitação comprometeria o interesse público.

Este é o entendimento do mestre Jorge Ulysses Jacoby a respeito da inviabilidade de competição:

"No caput do art. 25, estabelece a lei que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de licitação, em especial, quando ocorrer uma das três hipóteses retratadas nos incisos que anuncia. A expressão utilizada é salientada pela doutrina pátria para assegurar que se trate de elenco exemplificativo, firmando a assertiva de que os casos não registrados não são únicos. Há, porém, outra consequência decorrente do uso de tal expressão, nem sempre alcançada pelos estudiosos do tema: ao impor taxativamente a inviabilidade, associando-a ao termo inexigibilidade, a lei estabeleceu característica essencial e inafastável do instituto da inexigibilidade. Assim, mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos, se for viável a competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no caput do art. 25". (In Contratação Direta Sem Licitação, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, pág. 530).

Diferente, por sua vez, não poderia ser o entendimento de Marçal Justen Filho:

"(...) O conceito de inviabilidade de competição não foi explicitado pela lei, retratando intencional amplitude de abrangência. Todas as situações que caracterizarem a inviabilidade de competição podem propiciar a ausência de licitação e a contratação direta. A lei remete à verificação das circunstâncias de fato, reconhecendo implicitamente a impossibilidade de elenco exaustivo e adotado aprioristicamente.(...)". (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 211, Editora Dialética, 5ª edição).

Desta forma, ao proceder com a análise dos autos, verifico que, na verdade, trata-se de contratação direta, com fundamento no art. 25, inciso II c/c o art. 13 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

"Art. 25. É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade de competição, em especial.

II – para a contratação de serviços enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

O art. 13 acima mencionado, por sua vez, assim determina:

"Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II- pareceres, perícias e avaliação em geral;
- III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico⁹.

A inexigibilidade de licitação, então, nasce com a impossibilidade ou inviabilidade do certame, especialmente quando ocorrer um das hipóteses tratadas nos três incisos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93. Entretanto, ocorrendo a inviabilidade de competição, mas o caso descrito não se enquadrar em nenhuma das situações estabelecidas nos três incisos, nasce a contratação com fulcro no próprio *caput*.

Ensina-nos Jorge Ulysses Jacoby Fernandes¹ que a inviabilidade de competição ocorrerá na forma desse inciso se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, que devem ser encaminhados, na seguinte ordem:

a) referentes ao objeto do contrato:

- *que se trate de serviço técnico;*
- *que o serviço esteja elencado no art. 13, da Lei nº 8.666/93;*
- *que o serviço apresente determinada singularidade;*
- *que o serviço não seja de publicidade ou divulgação.*

b) referentes ao contratado:

- *que o profissional detenha a habilitação pertinente;*
- *que o profissional ou empresa possua especialização na realização do objeto pretendido;*
- *que a especialização seja notória;*
- *que a notória especialização esteja intimamente relacionada relacionada com a singularidade pretendida pela Administração.*

Analiso, primeiramente, os requisitos referente ao objeto

¹ *Contratação Direta sem Licitação, 5ª edição, Editora Brasília Jurídica*

contratado. Na verdade, trata-se de serviço técnico, estando elencado no art. 13 da Lei de Licitações, apresentando determinada singularidade e não é de publicidade e divulgação.

O objeto a ser contratado, como já se sabe, será a prestação dos serviços de Assessoria Técnica ao Projeto de Apoio à Gestão da Secretaria de Estado do Trabalho e da Assistência Social e do Trabalho. Claro, no meu entender, mesmo frente a minha falta de conhecimento técnico, que estamos falando de serviços técnicos especializados, o que me faz, então, afirmar que se encontra previsto no art. 13 antes transcrito.

Resta-me, assim, apenas verificar a singularidade de seu objeto. Para tanto, socorro-me dos ensinamentos do mestre Jorge Ulysses Jacoby Fernandes² :

“É imperioso, contudo, que o serviço a ser contratado apresente uma singularidade que inviabilize a competição entre os diversos profissionais técnicos especializados.

A singularidade, como textualmente estabelece a lei, é do objeto do contrato; é o serviço pretendido pela Administração que é singular, e não o executor do serviço. Aliás, todo próprio da natureza humana.

Singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador. A singularidade não está associada à noção de preço, de dimensões, de localidade, de cor ou forma”.

Mais adiante o mesmo autor resume dizendo o seguinte:

“Reside, precisamente nesse ponto, o nó górdio da questão, pois a definição da singularidade do objeto deve:

² Obra já citada, pág. 568

- a) ser estabelecida exclusivamente à luz do interesse público;
- b) ser justificada sob os princípios que informam a ação de toda a Administração Pública, *latu sensu*, expressamente declarados no art. 37, da CF, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade;
- c) observar que, no caso de projeto básico ou executivo, existem requisitos próprios arrolados no art. 12 da Lei nº 8.666/93;
- d) visar à realização do bem comum, alvo permanente da Administração Pública;
- e) ser instituída sem estabelecer preferência em razão da nacionalidade, da naturalidade, da sede ou do domicílio do futuro contratado, nem fundar-se em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

Objetivando-se a comprovação da singularidade do objeto, a SETRAB, às fls. 316-PGE, justificou dizendo que:

“(...) O sistema de monitoramento e avaliação do PLANFOR, gradativamente construído e implementado desde 1996, inclui quatro mecanismos, em diferentes níveis, integrados e complementares. São eles:

- a) Acompanhamento técnico-gerencial de cada PEQ (AGE) (Apoio à Gestão),
- b) Avaliação Externa e acompanhamento de egressos do PEQ (AVAL) – executada principalmente por universidades federais e estaduais, com base em referências nacionais gradativamente construídos e testados desde 1996, em participação dos interessados – técnicos e gestores do PEQ,

do TEM, membros do CODEFAT, CETS, CMTs, avaliadores e especialistas.

c) Supervisão técnico-operacional do PLANFOR (SOP), a cargo do TEM, por meio de oficinas, seminários, visitas técnicas e outros mecanismos, valendo-se de equipe própria e de entidades contratadas nas Ufs, para cobertura das ações do PEQ;

d) Avaliação nacional do PLANFOR.

Objetivo

O objetivo geral do sistema de monitoramento e avaliação do PLANFOR, por meio de mecanismos indicados, é orientar e apoiar seus gestores e executores na busca máxima eficiência, eficácia e efetividade social dos programas, nos termos seguintes”.

Penso, assim, que está satisfatoriamente comprovada a singularidade do objeto a ser contratado, portanto, preenchidos todos os requisitos relacionados com o objeto.

Verifico, agora, o atendimento dos requisitos da futura contratada.

Para fins de comprovação da possibilidade desta contratação direta, a Administração Pública Estadual, antes do envio dos autos à Comissão Estadual de Licitação, órgão responsável pelo exame prévio da matéria aqui posta, acostou vasta documentação da futura contratada, buscando-se, única e exclusivamente, a comprovação da qualificação técnica e da inviabilidade de competição. Qualificação técnica, no meu entender, mais do que provada pelo *curriculum vitae*, pelo memorial e demais documentos constantes do processo administrativo em epígrafe.

Com o fito de justificar a contratação sub exame, tendo em vista esta exigência legal para as contratações diretas (art. 26 da Lei de Licitações), a ilustre Secretária de Estado, às fls. 256-PGE,

demonstrou que a operacionalização do Projeto supramencionado, requer domínio sobre o *Programa Nacional de Qualificação do Trabalhador* – PLANFOR, bem como das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Deliberativo do Fundo de amparo ao Trabalhador – CODEFAT, razão pela qual o Ministério do Trabalho e Emprego destinou um recurso no valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais) para que fosse efetivada a referida contratação, em virtude de ter consciência da dificuldade que a execução do projeto requer.

Demonstrou, no parágrafo abaixo, que a Professora Rosana Cristina Pereira Parente é referência no domínio do PLANFOR no Estado do Amazonas, uma vez que nos últimos anos, foi a técnica responsável pela avaliação externa do PLANFOR-AM, através da Fundação Universidade do Amazonas – FUA, a atualmente é contratada pelo Ministério do Trabalho e Emprego TEM, para avaliação externa (SIC).

Parece-me, salvo melhor juízo, que a possibilidade de realização dos serviços pela Professora Rosana Parente, hoje, encontra-se satisfatoriamente provada nos autos, principalmente pela vasta experiência da profissional na área. Digo isto, principalmente, após a juntada dos documentos abaixo mencionados:

a) cópia da Portaria nº 369/99-UA: responsável pela designação da ilustre Professora para coordenar os projetos de Avaliação Externa do Plano Estadual de Qualificação Profissional do Amazonas - PEQ/AM, demandados pela Secretaria de Estado do Trabalho;

b) cópia da Portaria nº 1063/00-UA: responsável pela designação da ilustre Professora para coordenar o projeto de Supervisão e Acompanhamento Operacional do Plano Estadual de Qualificação – PEQ, demandado pelo Ministério do Trabalho;

c) cópia da Portaria nº 262/01-UA: responsável pela designação da ilustre Professora para coordenar os projetos de Avaliação e Acompanhamento Externo do Plano Estadual de Qualificação Profissional do Amazonas;

d) cópia da Portaria nº 378/01-UA: responsável pela designação da ilustre Professora para coordenar os projetos de Supervisão e Acompanhamento Operacional do Plano Estadual de Qualificação – PEQ, demandado pelo Ministério do Trabalho.

Realmente quanto à qualificação técnica da Professora Rosana Parente para a prestação dos serviços aqui pretendidos, os autos encontram-se satisfatoriamente instruídos, bem como fartamente demonstrada a singularidade do objeto, consoante a justificativa de fls. 316-PGE.

Atestando a possibilidade da contratação direta, passo ao exame do atendimento das normas da lei de licitações.

Chamo, por fazer parte da função pública por mim exercida, que a Administração Pública deverá, para fins de atendimento da legislação, que a SETRAB atente para que o dispõe o § único do art. 26 da lei de licitações, *in verbis*:

" Art. 26..... omissis.....

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa de preço.

Especialmente quanto à escolha da futura contratada, penso, salvo melhor juízo, que a Administração Pública já justificou de forma satisfatória a sua escolha. Diferente, entretanto, é a justificativa do preço, posto apenas se disse que o valor será a menor do que o cobrado por pessoa jurídica.

Falando a respeito da matéria, a jurista Vera Lúcia Machado D'Avila diz que, *verbis*:

"A justificativa de preço bem como as demais hipóteses

contidas no referido parágrafo aqui analisado estão a compor um mínimo exigido pela autoridade contratante para dar seguimento e validade ao procedimento administrativo que vise a declarar e justificar a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, com o claro comando normativo que demonstra tais ocorrências (dispensa/inexigibilidade) não são sinônimo de isenção de um procedimento absolutamente formal que deve ser seguido pela Administração, sob pena de nulidade dos fatos praticados” (in *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 3ª edição, Malheiros Editora, p. 113).

No mesmo sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho, demonstrando a necessidade de comprovação do preço praticado³:

“A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública. (...)”

Quando se alude a preço razoável (antônimo, sob certo ângulo de “superfaturado”), põe-se alguma dificuldade de apuração, mormente quando se tratar de contratação direta por ausência de pluralidade de potenciais contratantes.

É que a situação supõe situação similar à do monopólio, em que a Administração Pública não dispõe de outra escolha, senão contratar com aquele particular. Não existem condições de cotejar a proposta com preços de mercado praticados por terceiros. Afinal, se houvesse terceiros praticando contratações similares seria obrigatória a licitação.

A razoabilidade do preço, então, deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo

³ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Dialética: 1998, p. 272.

particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.”(Grifei)

Das transcrições acima, concluo que a comprovação da razoabilidade do preço praticado pela contratada poderá ser feita, como já manifestado por esta Especializada, de duas maneiras: 1) através da comparação com o preço praticado por outros profissionais do ramo e, portanto, comprovando que o preço está compatível com o mercado; ou, na impossibilidade de fazê-lo., 2) através da comprovação de que o preço praticado no presente contrato, celebrado com a Administração Pública, é similar ao cobrado pela mesma profissional em contratos anteriores, celebrados com particular.

É claro, e não poderia ser diferente, que a ausência de comprovação da invalidade da contratação, razão porque faz-se necessária a perfeita instrução dos autos com a justificativa do preço nos moldes solicitados.

Tenho, então, como conclusão final que a SETRAB poderá contratar a Professora Rosana Cristina Pereira Parente, com fulcro no art. 25, inciso II c/c o art. 13 da Lei nº 8.666/93, devendo, apenas, justificar o preço a ser pago pela Administração Pública, nos moldes acima explicitados. Chamo, ainda, a atenção para a necessidade de publicação do despacho de inexigibilidade, bem como de sua ratificação, nos moldes legais, a emissão prévia da nota de empenho e a publicação do extrato junto ao Diário Oficial do Estado, no prazo do § único do art. 61.

Assim me parece. À consideração superior da Senhora Procuradora Chefe.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA -PA/PGE, em Manaus (AM), 14 de março de 2002.

Glícia Pereira Braga e Silva
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 380/02 - PGE**ASSUNTO:** Consulta – Possibilidade de contratação direta –
Inexigibilidade**INTERESSADO:** Secretaria de Estado da Assistência Social e do
Trabalho - SETRAB**DESPACHO:**

Acolho o parecer da lavra da Dra. **GLÍCIA PEREIRA BRAGA
E SILVA.**

Encaminhem-se os autos à superior consideração do senhor
Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE, em Manaus
(AM), 14 de março de 2002.

Neusa Dídia Brandão Soares
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 380/02 - PGE

ASSUNTO: Consulta – Possibilidade de contratação direta – Inexigibilidade

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Assistência Social e do Trabalho - SETRAB

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o PARECER Nº 750/02-PA/PGE, da lavra da Procuradora do Estado, Dra. **GLÍCIA PEREIRA BRAGA E SILVA**, acolhido pela ilustre Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa – PA/PGE, Dra. **NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO**.

DEVOLVA-SE o processo à SECRETARIA DE ESTADO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E DO TRABALHO – SETRAB, com a observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus (AM), 15 de março de 2002.

INDRA MARA BESSA

Procuradora-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 5603/2001-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre a minuta da portaria normativa que dispõe sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa das infrações previstas na Lei nº 8.078/90 e Decreto Federal nº 2.181/97

INTERESSADO: Procon/AM

PARECER Nº 1194/2002-PA/PGE:

"EMENDA: ADMINISTRATIVO. PORTARIA NORMATIVA. REGULAMENTAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DECRETO FEDERAL Nº 2.181/97. ILEGALIDADE.

- A minuta da Portaria Normativa analisada fere o princípio da individualidade da pena e o princípio da razoabilidade.
- Aprovação que não se recomenda".

Senhora Procuradora Chefe:

A Ilustre Diretora do Procon/AM submete a esta especializada, para análise e parecer, a Portaria Normativa que dispõe sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa nas infrações previstas na Lei nº 8.078/90 e Decreto Federal nº 2.181/97.

Consta dos autos, no que interessa: Ofício nº 549/01 – DIR-PROCON/AM; Portaria Normativa e Anexo I; Regimento Interno do Procon/AM.

É o breve relatório.

Passo a analisar.

A portaria Normativa que ora se analisa dispõe sobre os

critérios de fixação dos valores das penas de multa nas infrações ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e ao Decreto Federal nº 2.181/97.

Deseja a interessada, através deste instrumento normativo, imprimir maior transparência aos critérios utilizados pelo Procon do Amazonas na fixação dos valores das multas aplicadas.

A análise da legalidade da Portaria sub examine exige avaliação prévia acerca do tema "*competência para legislar*", que passo a examinar:

Prevê o artigo 18, da Constituição Federal:

"A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição." (grifei)

A repartição regional de poderes autônomos constitui o cerne do conceito de Estado Federal. Daí a conclusão segundo a qual o federalismo baseia-se na união de coletividades políticas autônomas.

Desta forma, a Lei Maior assegura autonomia aos Estados federados que, conforme nos ensina o Prof. José Afonso da Silva, se consubstancia na sua capacidade de auto-organização, de autolegislação, autogoverno e auto-administração. É claro que esta competência encontra limites na própria Constituição, como se viu do mandamento do já citado artigo 18.

Justamente porque são entidades autônomas, os Estados-membros da Federação conhecem limitações próprias de sua condição. Sua esfera de autodeterminação, em outras palavras, é predeterminada pela Constituição, cabendo a esta, por sua vez, traçar as linhas gerais a respeito das competências legislativas dos entes políticos, obrigando o legislador ordinário a respeitá-las.

Em sendo assim, o constituinte achou por bem adotar a

técnica de separar, como já se sabe, as competências legislativas privativas das competências legislativas concorrentes.

Sobre a questão das competências, diz a Prof. Fernanda Dias Menezes de Almeida:

"O poder competente fica autorizado a normatizar todos os aspectos, gerais e específicos, das matérias submetidas à sua competência. Já nas hipóteses de competência legislativa concorrente, a regra é a de que à União cabe editar normas gerais, ficando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com a legislação suplementar." (grifei)

Os artigos 22 e 24 da Constituição estabelecem, pois, os casos de competência privativa e competência concorrente. Sobre esta última, assim dispõe:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

V – produção e consumo;

(...)

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

(...)"

A norma geral sobre produção e consumo já existe: é o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece em seu artigo 55, a possibilidade de a União, os Estados e o Distrito Federal baixarem

¹ALMEIDA, *Fernanda Dias Menezes* in "Competências na Constituição de 1988", p. 111-112.

normas; enquanto que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem exercer a atividade de fiscalização.

Considerando, assim, a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre o assunto, e respeitada a norma geral que é o Código de Defesa do Consumidor, fixada está a competência exclusiva do Estado e do Distrito Federal para legislar sobre o procedimento administrativo específico de sua esfera, podendo decidir conclusivamente a respeito das sanções administrativas aplicáveis aos casos que se apresentem.

Diz, ainda, Fernanda Dias Menezes de Almeida:

“no campo da competência concorrente limitada, em que há definição do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer a sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica. Com a consequência de que a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro gera a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor.”² (grifei)

Importante ressaltar, acerca do tema, que o art. 2º, da Lei nº 8.656 autoriza a regulamentação pelo Poder Executivo genericamente, não dando exclusividade ao Poder Executivo Federal para tal. E diferente não poderia ter feito, posto que contrariaria o art. 24 da CF/88 e o art. 55 do CDC.

O poder regulamentar do Executivo federal, dessarte, não pode ultrapassar os limites da lei que estabeleceu as regras gerais, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Mas pode o Presidente da República, por outro lado, expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.

Sobre o tema, disserta, com muita propriedade, o Prof. Michel Temer³:

² Ob. Cit., p. 156

³ In “Elementos de Direito Constitucional”, 7.ª ed.

“Tema controvertido é o que atine ao poder regulamentar que a Constituição confere ao Presidente da República para que se estabeleça fórmulas que viabilizem a aplicação da lei. Sua atividade, nesse passo, consiste em tornar operativa a lei, facilitando a sua execução e dispondo normas destinadas à Administração para a boa observância da preceituação legal.”

Utilizando-se desta faculdade, o Presidente da República sancionou o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelecendo normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078/90, em especial no seu art. 57, que reza:

“A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice equivalente que venha substituí-lo.”

Sobreveio, então, o Decreto acima apontado, nos artigos 24 a 28, criando circunstâncias agravantes e atenuantes, conceituando reincidência no campo do Direito do Consumidor, bem como apontando as demais circunstâncias a serem obrigatoriamente observadas no momento da fixação da multa. Isto tudo, por óbvio, dentro dos limites mínimo e máximo fixados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Vem a Interessada, por seu turno, desejando regulamentar o Código de Defesa do Consumidor e o Decreto nº 2.181/97, através da Portaria Normativa ora sob análise.

Não vislumbro, *prima facie*, qualquer óbice legal à concretização do desejo da Interessada, diante da competência concorrente do Estado do Amazonas para "*legislar*" sobre **consumo**. Está, pois, o Procon do Amazonas habilitado a expedir regulamentações no âmbito de sua competência.

Ocorre que, apesar da competência do órgão interessado para expedir regulamentações, a Portaria Normativa sub examine mostra-se temerária, por vários motivos, especialmente no que diz respeito ao Anexo I.

Primeiramente, cabe ressaltar que o artigo 1º e Anexo I da Portaria Normativa fixam os valores em Real, enquanto que o Código de Defesa do Consumidor fixa os limites das multas em "*Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice* equivalente que venha substituí-la."

A regulamentação em análise, por outro lado, conceitua infrator em seu art. 4º, § 2º, dizendo:

"O infrator que tiver a receita mensal média de até R\$ 20.000,00, seu estabelecimento será considerado MICRO, de R\$ 21.000,00 até R\$ 70.000,00 será PEQUENO, de R\$ 71.000,00 até 470.000,00 será MÉDIO e de R\$ 471.000,00 em diante será GRANDE empresa."

Desconheço o critério utilizado pela Interessada para a conceituação do "porte" das empresas infratoras. Seja qual for, mostra-se demasiadamente injusto, senão vejamos:

Toda e qualquer empresa considerada PEQUENA que, por exemplo, infringir o artigo 10, do CDC, terá sua pena-base fixada em R\$ 7.000,00 (sete mil reais). Significa dizer que, tanto aquela empresa que possui receita mensal média de R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) quanto a que possui receita de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) terão suas penas-base fixadas no mesmo montante. Veja que apesar de a receita mensal média da segunda representar mais que o TRIPLO

da primeira, as penas-base são as mesmas, o que se constituiria em uma grande injustiça.

Por outro lado, de acordo com o art. 10, do CDC, “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança”. Assim, de acordo com o Anexo I acostado às fls. 005-PGE, tanto aquele fornecedor que SABIA da nocividade ou periculosidade do seu produto ou serviço postos no mercado de consumo, quanto aquele que DEVERIA SABER, receberão a mesma pena-base, que é de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais). Observe-se que o primeiro age com **dolo**, enquanto que o segundo age com **culpa**. Penalizar os infratores igualmente equivale, no âmbito penal, a apenar igualmente os crimes dolosos e crimes culposos.

O Anexo I, desta feita, viola o princípio da individualização da pena e retira, por completo, a discricionariedade do Administrador.

As infrações ao Código de Defesa do Consumidor, assim como os crimes tipificados no Código Penal, ocorrem de maneira muito particular, com circunstâncias peculiares e inerentes a cada caso. Somente o Administrador, diante do caso concreto, tem condições de avaliar o impacto sofrido pelo consumidor, ou mesmo pela sociedade, em virtude de cada infração cometida. E é justamente por causa das características particulares de cada infração cometida por empresas é que não se pode prefixar as multas, nem mesmo as penas-base. Louvável e trabalhosa é a intenção da Interessada ao elaborar o Anexo I da Portaria Normativa *sub examine*, mas é simplesmente impossível prever todas as situações que envolvem as infrações tipificadas no CDC.

Por todos os motivos acima alinhavados, entendo que o Procon tem competência para editar normas específicas que envolvem **consumo**. A Portaria Normativa ora analisada, todavia, fere os princípios da individualidade da pena, assim como o princípio da razoabilidade, podendo ser facilmente atacada pelos infratores penalizados.

Ex Positis, entendo pela impossibilidade de aprovação da minuta da Portaria Normativa ora analisada, da forma como foi posta.

É o parecer. Sob censura.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE, em Manaus (AM), 30 de abril de 2002.

Kalina Maddy de Macêdo
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 5603/01-PGE

ASSUNTO: Consulta sobre a minuta da portaria normativa que dispõe sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa das infrações previstas na Lei nº 8.078/90 e Decreto Federal nº 2.181/97.

INTERESSADO: PROCON

DESPACHO:

Acolho o parecer da lavra da Dra. Kalina Maddy de Macêdo.

Encaminhem-se os autos à superior consideração do Senhor Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE em Manaus (AM), 03 de maio de 2002.

Neusa Dídia Brandão Soares
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 5603/01-PGE

ASSUNTO: Portaria Normativa de fixação de penas de multa das infrações previstas na lei nº 8.078/90 e Decreto Federal nº 2.181/97. Consulta.

INTERESSADO: PROCON/AM

DESPACHO:

I – **APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer nº 1194/02-PA/PGE, da lavra da ilustre Procuradora do Estado, Dra. KALINA MADDY DE MACÊDO, acolhido pela ilustre Procuradora-chefe da Procuradoria Administrativa PA/PGE, Dra. NEUSA DÍDIA BRANDÃO SAORES PINHEIRO.

II – **DEVOLVAM-SE** os autos a Coordenadoria do Programa Estadual de Proteção e Orientação ao Consumidor – PROCON, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus (AM), 04 de maio de 2002.

INDRA MARA BESSA

Procuradora-Geral do Estado, em exercício.

PROCESSO Nº 455/2002 - PGE**ASSUNTO:** Termo de contrato nº 09/2001 - AGECON**INTERESSADO:** AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL**PARECER Nº 1700/2001 – PA/PGE**

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MODALIDADE CONCORRÊNCIA. TIPO MELHOR TÉCNICA. FRACIONAMENTO. POSSIBILIDADE. TERMO DE CONTRATO. AUTENTICAÇÃO

- As contratações de serviços de publicidade e propaganda devem ser precedidas, obrigatoriamente, de licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço.
- O fracionamento é a regra no procedimento licitatório, devendo a administração parcelar o objeto em tantos lotes quanto possíveis, de forma a promover o princípio da competitividade.
- Os procedimentos seguem os ditames do Estatuto das Licitações.
- Autenticação recomendada."

Senhora Procuradora-chefa

A Agência de Comunicação Social submete a esta especializada o termo de contrato nº 09/2001, celebrado entre o referido ente e Tape Publicidade Ltda., para fins de autenticação, conforme o art. 4º, II, da Resolução nº 03/98 do TCE.

O termo em análise tem por objeto a execução de serviços técnicos e especializados de publicidade – pesquisa, criação, produção e veiculação, de acordo com as especificações do projeto básico, *briefing* e edital de concorrência.

O contrato foi originado de licitação na modalidade de concorrência, tipo menor preço, sendo que comum a cinco contratações

do Poder Público, eis que o certame foi realizado para cinco lotes distintos de publicidade institucional.

Desta feita, o procedimento licitatório, em cinco volumes, é comum aos contratos 6, 7, 8, 9 e 10/2001 – AGEKOM, apresentando o mesmo farta documentação, abaixo identificada:

- ofício nº 051/2002 – AGEKOM;
- processo nº 2542/2001 – PGE;
- ofício nº 2533/2001 – GP/CEL;
- minuta nº 2542/01;
- nota de autorização de despesa nº 01, de 2.7.2001;
- projeto básico aprovado pelo Sr. Chefe da Agência de Comunicação Social
- publicação do aviso de licitação no Diário Oficial e em jornal de grande circulação (dia 19.7.2001);
- ofício nº 219/2001 – AGEKOM, que encaminha o briefing a ser disponibilizado aos licitantes,
- transferência de data da licitação (D.O.E. e jornal de grande circulação do dia 26.7.2001);
- parecer nº 1225/2001 – PA/PGE;
- edital de concorrência nº 018/2001 – CEL;
- impugnação ao edital suscitada pela DMP Design Marketing e Propaganda;
- ofício nº 232/2001 – AGEKOM, em resposta à impugnação;
- impugnação ao edital suscitada pela licitante Publicittá Comunicação e Multimídia Ltda.;
- nota técnica em resposta à impugnação;
- documentos de habilitação de todas as licitantes, acostados aos autos ao longo do Volume I (DMP Design Marketing e Propaganda, Frederico Jorge de Miranda Farias, Idéia 3 Comunicação & Expansão Ltda, Jobast Produções Cinematográficas) e Volume II (OANA Publicidade Ltda., Publicittá Comunicação e Multimídia, Saga Publicidade Ltda., Tape Publicidade Ltda.);
- ata de recebimento das documentações (17.9.2001);
- ata de julgamento da documentação;
- recurso administrativo da DMP Design Marketing e Propaganda contra a habilitação da JOBAST Produções Cinematográficas;

- recurso administrativo da Publicittá Comunicação e Multimídia Ltda. contra sua inabilitação;
- pedido de cancelamento da APAC da empresa JOBAST formulado pela DMP;
- contra-razões da licitante JOBAST Produções Cinematográficas;
- parecer nº 398/2001 – CONJUR – CEL;
- ata de julgamento dos recursos apresentados na fase de habilitação, em número de dois;
- liminar em Mandado de Segurança (processo nº 01.2.1056423-5 – 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual);
- propostas técnicas das licitantes habilitadas, ao longo do Volume III (grupo I – Idéia 3 Comunicação e Expansão de Negócios Ltda., Frederico Jorge de Miranda Farias e Tape Publicidade; grupo II – DMP Design Marketing e Propaganda Ltda., Saga Publicidade Ltda., Frederico Jorge de Miranda Farias) e Volume IV (grupo III – Jobast Produções Cinematográficas Ltda., Organização e Administração de Negócios Ltda.; grupo IV – Idéia 3 Comunicação Expansão de Negócios Ltda., Tape Publicidade Ltda.; grupo V – DMP Design Marketing e Propaganda Ltda. e Jobast Produções Cinematográficas Ltda.)
- ata de reunião de abertura das propostas técnicas;
- ata da reunião de julgamento das propostas técnicas;
- recurso administrativo interposto pela DMP contra a classificação da proposta da licitante Jobast;
- recurso administrativo interposto pela Jobasta contra a classificação da proposta da DMP;
- contra-razões das licitantes Jobast e DMP;
- ofício nº 3286/2001 – GP/CEL;
- comunicação interna da AGECOM, encaminhada à Comissão Técnica daquele órgão, para análise dos recursos contra a classificação das propostas técnicas mencionados;
- propostas de preços de todas as licitantes classificadas;
- ata de sessão de abertura das propostas de preços;
- ata de julgamento e classificação das propostas de preço;
- negociação das propostas de preços;
- relatório final da concorrência nº 018/2001.

Quanto ao procedimento específico da contratação da empresa Tape, cabe menção aos seguintes documentos:

- despacho de homologação e adjudicação da concorrência nº 018/2001;
- seguro garantia no valor de R\$161.875,00 (cento e sessenta e um mil oitocentos e setenta e cinco reais), fl. 49 – PGE;
- nota de empenho nº 265, de 13.11.2001;
- termo de contrato nº 09/2001 – AGEKOM;
- extrato publicado na imprensa oficial.

É o relatório. Segue a análise dos autos.

DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A finalidade da presente manifestação cinge-se ao exercício do controle de legalidade interno, tendo por escopo identificar a adequação da atividade administrativa aos preceitos constitucionais e legais dos quais o administrador público não se pode furtar.

Este controle, que, segundo Diógenes Gasparini¹, tem como fundamento o poder-dever de autotutela da administração, considera aspectos jurídicos e técnicos acerca da legalidade, da conveniência, da oportunidade e da eficiência do ato praticado, no sentido de busca do fim máximo da administração, a saber, o interesse público.

Trata-se de licitação na modalidade de concorrência, tipo melhor técnica, realizada pela cotação de preços em lotes. A hipótese em questão é ventilada no art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, com a seguinte redação:

“Art. 23. Omissis.

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela

¹ *Direito Administrativo*, 6ª ed., p. 744

Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.”

Entendo pertinente transcrever a lição de Jessé Torres Pereira Júnior² sobre o assunto em tela:

“O antigo §1º do art. 8º e o atual §1º do art. 23, de teor quase idêntico, fazem claro ao contrário, que o parcelamento da execução é desejável sempre que assim o recomendem dois fatos cumulativos: o “melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado” e a ampliação da competitividade”. Ocorrentes ambos, haverá conveniência ara o interesse público em que se parcele a execução do objeto, que resultará em vantagem para a Administração.

Por conseguinte, parcelar a execução do objeto, nessas circunstâncias é dever que não se furtará a Administração sob pena de descumprir princípios específicos da licitação, tal como o da competitividade. Daí a redação trazida pela Lei nº 8.883/94 haver suprimido do texto anterior a ressalva “a critério e por conveniência da administração”, fortemente indicando que não pode haver discricão (parcela ou não) quando o interesse público decorrer superiormente atendido do parcelamento. Este é o rigor, com evidente apoio no princípio da legalidade”.

Ao parcelar a contratação da publicidade institucional em cinco grupos distintos, de acordo com temáticas específicas, conforme o briefing de fls. 131 – CEL, a administração permitiu que diversas empresas do ramo da propaganda participassem do certame, de acordo

² *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 9ª ed., p. 250*

com suas aptidões. Colheu diversas propostas para cada grupo, o que atingiu diretamente a finalidade da licitação (obtenção da proposta mais vantajosa) e possibilitou que empresas menores, porém com a mesma capacitação técnica, tivessem cancelada sua participação no procedimento de escolha.

Verifico, portanto, que os dois requisitos para o parcelamento, a saber, melhor aproveitamento dos recursos no mercado (1) e ampliação da competitividade (2) foram observados na realização do parcelamento, o que permite analisar os demais requisitos do procedimento.

A licitação foi realizada na modalidade de concorrência, eis que a contratação dos cinco grupos chegou à monta de R\$18.500.000,00 (dezoito milhões e quinhentos mil reais), dentro do patamar estabelecido pelo art. 23, II, "c", da Lei nº 8.666/93.

O tipo de licitação escolhido foi o de melhor técnica, previsto no art. 46, do Estatuto das Licitações, que agora transcrevo:

"Art. 46. Os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no §4º do artigo anterior"

O parágrafo primeiro, abaixo transcrito, do referido artigo discorre longamente sobre o rito a ser obedecido pelo procedimento licitatório que adotar o tipo de licitação atrás mencionado:

"§1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I – serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II – uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

(...)"

Nesse aspecto, colaciono entendimento de Marçal Justen Filho³ sobre o assunto:

"A licitação de melhor técnica (tanto quanto a de técnica e preço) envolve a obrigatoriedade da dissociação de propostas técnicas e propostas de preço.

Serão abertas, primeiramente, as propostas técnicas, as quais serão classificadas segundo os critérios objetivos fixados no ato convocatório. Deverá ser prevista uma forma de pontuação, a ser atribuída objetivamente. O ato

³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., p. 464

convocatório deverá prever uma relação entre os pontos e as manifestações técnicas exigidas (cuja enumeração depende do caso concreto). Deverá ser prevista uma pontuação mínima, abaixo da qual a proposta será reputada tecnicamente insuficiente".

Pertinente também se faz a colação do entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior⁴, deveras elucidativa sobre o rito a que se submete o tipo licitatório em questão:

"Nas licitações do tipo melhor técnica, o edital fixará um preço máximo e dividirá a competição em três fases: qualificação prévia; proposta técnica; e proposta de preço.

A primeira corresponde à habilitação preliminar e, como esta, terá caráter eliminatório e preclusivo. Somente passarão à segunda etapa os licitantes tidos como qualificados, ou idôneos, para propor. Aplica-se o mesmo sistema de envelopes separados e entregues à Comissão concomitantemente; serão em número de três, cada qual correspondendo a uma fase.

O julgamento e a classificação das propostas técnicas levarão em conta critérios que a lei define, cabendo ao edital apenas decompô-los segundo as características pertinentes à natureza do objeto licitado. Esses critérios são:

- a) capacitação e experiência específicas do proponente na execução do objeto (não repetirão as exigências de qualificação preliminar, que têm caráter genérico);
- b) qualidade técnica da proposta, ou seja, do modelo operacional a ser utilizado na execução do objeto, compreendendo metodologia, organização, tecnologia e recursos por meio dos quais o licitante pretende dar perfeita execução ao objeto;

⁴ Ob. cit., p. 485

c) qualificação das equipes técnicas que executarão o projeto;

Da profunda análise dos autos, percebe-se que o certame transcorreu dentro da estrita observância do rito prescrito para as licitações do tipo melhor técnica, senão vejamos:

O edital, cuja minuta foi devidamente aprovada por esta casa, contemplava, em seu bojo, a existência de distintas fases de (1) habilitação, (2) qualificação técnica e (3) julgamento das propostas de preços, prevendo-se a entrega de três envelopes distintos, conforme o subitem 3.3.4 do instrumento convocatório.

No subitem 3.5, constato que as exigências relativas à qualificação técnica cingiram-se às estabelecidas no inciso I do art. 46 da Lei nº 8.666/93, o que demonstra o respeito ao princípio da legalidade. Quanto ao julgamento objetivo das propostas técnicas, verifiquemos, também, que o edital estabeleceu pontos a cada quesito julgado, conforme o subitem 4.1.5.1.

Quanto às propostas de preço, é de se ver que foram levados em consideração a possibilidade de oferta de descontos em honorários incidentes sobre os custos utilizados para a promoção das campanhas publicitárias, havendo também o seu julgamento mediante critérios objetivos, multiplicando-se valores de 0,1 a 25 em relação aos referidos descontos (subitem 4.2.3 do instrumento convocatório).

A possibilidade de negociação da proposta com o licitante que tiver sido melhor classificado entre as propostas técnicas apresentadas restou contemplada pelo item 5.6 do edital, o que me faz atestar, portanto, a previsão *in totum* do rito estabelecido pelo art. 46, da Lei nº 8.666/93.

O prazo de quarenta e cinco dias, assinalado pelo art. 21, §2º, I, "b", da Lei nº 8.666/93, referente à publicidade anterior do certame nas concorrências do tipo melhor técnica foi respeitado, conforme se atesta dos avisos de licitação publicados no diário oficial e em periódico de grande circulação.

Da leitura da farta documentação anexa, em especial, das atas de entrega das documentações, julgamento da habilitação, julgamento da proposta técnica e julgamento da proposta de preços, constata-se que o rito positivado no art. 46, da Lei nº 8.666/93 e previsto no Edital de Concorrência nº 018/2001 – CEL, foi efetivado, não descuidando a Comissão, em momento algum, dos princípios do procedimento licitatório, em especial, do julgamento objetivo das propostas.

Habilitadas sete das oito empresas participantes do certame, sendo para tanto examinadas a regularidade fiscal e cadastral, bem como sua qualificação técnica genérica e econômica, passou-se à análise, por grupos, das propostas técnicas de cada licitante, de acordo com os termos do edital, sendo as mesmas analisadas por equipe técnica da AGECOM, devidamente capacitada para tanto.

Sagrou-se vencedora no grupo I a licitante Tape Publicidade Ltda., eis que obteve melhor classificação na proposta técnica, tendo o valor de sua proposta de preços negociado com o montante do menor preço cotado naquele grupo.

DA CONTRATAÇÃO

Em relação ao contrato, início a abordagem pelos documentos apresentados no procedimento específico do contrato ora analisado.

Houve publicação do despacho de homologação do resultado e adjudicação do objeto à empresa vencedora da licitação no Diário Oficial do Estado, dentro dos prazos assinalados pela Lei nº 8.666/93, não se registrando recurso do referido ato.

As certidões e documentos de habilitação foram renovadas em sua totalidade, merecendo especial realce a apresentação das certidões negativas de débito perante o INSS e o FGTS, o que

demonstra a possibilidade da contratação, atendendo o disposto no art. 195, §3º, da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 9.012/95.

Foram cumpridos os ditames do art. 7º, §2º, III, da Lei nº 8.666/93 e art. 60 da Lei nº 4.320/64, eis que despesa foi previamente orçada e autorizada, consoante a NAD nº 01/2001, de 2.7.2001, que atesta o valor global da contratação, e a nota de empenho de n. 265, de 13.11.2001, no valor de R\$1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais). Como o contrato de publicidade tem prazo de vigência de doze meses, foi inserida a cláusula varia de dotação orçamentária, consignando que parte da avença será empenhada na dotação orçamentária do ano de 2002. Tendo em vista, ainda, que o empenho foi realizado na modalidade "global", que permite o pagamento fracionado mensal, bem como o seu reforço, constato a regularidade do contrato no aspecto financeiro e orçamentário.

Verifico a apresentação de garantia, por meio de seguro, no valor de 5% (cinco por cento) da contratação. Tal documento encontra-se acostado aos autos à fl. 49 – PGE, em respeito ao art. 46, *caput*, da Lei nº 8.666/93 e ao item 9.1 do Edital.

Quanto à legitimidade para firmar a avença, verifico a apresentação do contrato social e dos documentos pessoais do sócio-gerente da empresa de publicidade contratada, o que me faz atestar a capacidade do firmatário para contrair obrigações em nome da contratada.

O termo de contrato, por seu turno, foi redigido de acordo com o modelo integrante do edital de concorrência e está em conformidade com a minuta-padrão desta Procuradoria Geral do Estado, eis que previamente analisado por esta casa nos autos do processo nº 2542/2001.

Por fim, constato que foi obedecido o prazo previsto no art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 para a publicação do extrato do termo de contrato no Diário Oficial do Estado.

Isto posto, sugiro a autenticação do termo de contrato em epígrafe.

É o parecer o qual submeto à consideração superior de Vossa Senhoria.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE, em Manaus (AM), 9 de julho de 2002.

Patrícia Cunha e Silva Petrucelli
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 455/2002 - PGE

ASSUNTO: Autenticação do Termo de contrato nº 09/2001 - AGECON

INTERESSADO: AGECON

DESPACHO:

Acolho o parecer da lavra da Dra. **PATRÍCIA CUNHA E SILVA PETRUCCELLI**, por seus jurídicos fundamentos, e **AUTENTICO o Termo de Contrato nº 09/01**.

Encaminhem-se os autos à superior consideração do senhor Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA- PA/PGE, em Manaus (AM), 10 de julho de 2002.

Clara Maria Lindoso e Lima
Procuradora-Chefe, em exercício

PROCESSO Nº 455/2002 - PGE

ASSUNTO: Autenticação do Termo de contrato nº 09/2001, celebrado entre a AGECOM e a EMPRESA TAPE PUBLICIDADE LTDA.

INTERESSADO: AGECOM

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer nº 1700/2002-PA/PGE, da lavra da Procuradora do Estado, Dra. **PATRÍCIA CUNHA E SILVA PETRUCCELLI**, acolhido pela ilustre Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, em exercício, Dra. **CLARA MARIA LINDOSO E LIMA**, autenticando o Termo de Contrato nº 009/01, objeto deste processo.

DEVOLVAM-SE os autos à AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – AGECOM, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus (AM), 12 de julho de 2002

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 2767/2002-PGE

ASSUNTO: Autenticação do Alvará de Autorização de Uso nº 5/2002, concedido à empresa Telemar Norte Leste S.A.

INTERESSADO: Ouvidoria e Controladoria Geral - OUVCON

PARECER Nº 1760/2002-PA/PGE

ADMINISTRATIVO. ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO DE USO. AUTENTICAÇÃO CONDICIONADA.

- A Autorização de Uso é ato administrativo *unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso*, que confere a seu beneficiário a faculdade de utilização do bem.
- Nos casos das autorizações onerosas, deve constar do instrumento de Autorização de Uso a observação de que a quantia recolhida pela Administração será depositada na conta única do Estado, em obediência ao Princípio de Unidade de Tesouraria, insculpido no art. 56 da Lei nº 4320/64.
- A Autorização de Uso dispensa licitação e autorização legislativa.
- A competência para conceder a Autorização de Uso é do órgão a quem incumbe a administração do bem.
- A Autorização de Uso pode ser concedida a qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada.
- *O instrumento adequado para formalizar a Autorização de Uso é o Alvará.*
- A Autorização de Uso pode recair sobre os bens de propriedade do Poder Público (bens de uso comum, de uso especial e dominicais), assim como sobre os de natureza privada, cuja posse detém a Administração.
- Autenticação condicionada ao apostilamento da alínea a do 3º item do Alvará, para dela fazer constar a observação de que a quantia recolhida pela OUVCON a título de contribuição mensal de manutenção será depositada na conta única do Estado.

Senhora Procuradora-Chefa

Em 3/4/2002, foi publicado no Diário Oficial do Estado extrato do Alvará de Autorização de Uso nº 5/2002 (fl. 6/7 – PGE), concedido pela Ouvidoria e Controladoria Geral do Estado do Amazonas à empresa Telemar Norte Leste S.A., para a instalação de terminal de atendimento ao público, numa área de 6 metros quadrados do Posto de Pronto Atendimento ao Cidadão – PAC localizado no Centro de Compras da Cidade Nova.

Destaco que o Estado do Amazonas não é proprietário, mas tem a posse da área em foi instalado o referido PAC, por força de Contrato de Locação celebrado com o mencionado Centro de Compras.

De acordo com o referido alvará (fl. 9 – PGE), o prazo de vigência da autorização é de doze meses, a contar da data da publicação do referido extrato, ou seja, a autorização terá validade de 3/4/2002 a 3/4/2003. Vê-se ainda que uma das obrigações da usuária consiste no pagamento da contribuição mensal de manutenção no valor de R\$ 580,30.

Constam dos autos o Alvará concedido pela OUVCON à empresa Telemar Norte Leste S. A., assinado em 1º de abril de 2002 e cópia da publicação do respectivo extrato, ocorrida em 3 de abril de 2002 (fls. 6/7 e 9/10 – PGE).

É o Relatório. Passo a opinar.

Quando iniciei a análise do presente instrumento, surgiram vários questionamentos sobre o cabimento do instituto da Autorização de Uso no caso destes autos, já que previsão legal não há sobre o assunto. A seguir, transcrevo citações doutrinárias e entendimentos já firmados no âmbito desta Casa, no intuito de tentar esclarecer alguns aspectos não muito aprofundados pela Doutrina Administrativista para, ao final, concluir se o ato que ora analiso padece ou não de vícios.

• CONCEITO DE AUTORIZAÇÃO DE USO

O Mestre Hely Lopes Meirelles¹ assim conceitua Autorização de Uso:

“A autorização de uso é ato administrativo discricionário e precário, pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais, etc.”

No entender de Maria Sylvania Zanella di Pietro², Autorização de Uso é:

“o ato administrativo e discricionário, pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade. Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é unilateral, porque não obstante outorgada mediante provocação do interessado, se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do Poder Público; discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo condições de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração; precário, no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se tornar contrário ao interesse público. Pode ser gratuita ou onerosa.”

Diante dos ensinamentos de tão renomados administrativistas, não ousou ditar um conceito próprio de Autorização de Uso, utilizando os já sedimentados pelos doutrinadores mais abalizados.

¹ *“Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 179*

² *“Direito Administrativo”, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 551*

• CARACTERÍSTICAS DA AUTORIZAÇÃO DE USO

Elenco, abaixo, as principais características desse instituto, extraídas da Doutrina e dos conceitos acima transcritos:

1) A Autorização de Uso confere a FACULDADE de uso privativo do bem, no interesse privado do beneficiário: uma das diferenças existentes entre a Autorização e a Permissão de Uso é exatamente a destinação dada ao bem, após a concessão de sua utilização. No primeiro caso, o bem é utilizado para o interesse privativo do beneficiário, enquanto que no segundo caso o bem será utilizado para fins de interesse coletivo. Por isso é que no caso da autorização o interessado tem apenas a faculdade de utilizar o bem (utiliza-o ou não, de acordo com seus interesses); no caso da permissão, que é concedida com base em interesse predominantemente público, o uso do bem não é apenas uma faculdade do interessado, mas uma obrigação, que enseja, inclusive, pena de caducidade do uso concedido.

2) A Autorização de Uso é ato administrativo UNILATERAL: nada impede que um bem público seja utilizado privativamente por pessoa interessada. Provocada, a Administração, na qualidade de proprietária (ou apenas possuidora, como veremos mais adiante), pode, ou não, autorizar o uso privativo do bem.

3) A Autorização de Uso é ato administrativo DISCRICIONÁRIO: a Administração utilizará, como critério para deferir ou não o pleito de utilização de bem de interesse do particular ou de outro ente público, a *conveniência e a oportunidade*. No dizer de Hely Lopes Meirelles, “a rigor, a *discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público.*”³

³ *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 160

4) A Autorização de Uso é ato administrativo PRECÁRIO: apesar de a autorização de uso de bem público ser concedida mediante provocação do interessado – já que o interesse deste prepondera – tornando-se ela contrária ao interesse público, pode ser revogada a qualquer momento. Vale ressaltar que, no caso de revogação da autorização de uso, se esta *for simples* (sem prazo), o interessado não terá direito a indenização. Se, entretanto, *for qualificada* (com prazo), o interessado terá direito a indenização, para compensar o sacrifício de seu direito. Por isto é que muitos doutrinadores desaconselham a estipulação de prazo na autorização de uso: a fixação de prazo vincula a Administração à sua obediência e cria direito subjetivo à utilização do bem até o termo final fixado, de maneira que, ainda que decorrente de motivos de interesse público, a revogação desse tipo de autorização enseja indenização.

5) A Autorização de Uso pode ser GRATUITA ou ONEROSA: não há regra que impeça a cobrança de valores pela utilização de bens públicos. Mais uma vez, de acordo com sua discricionariedade, pode a Administração cobrar ou não pelo uso de determinado bem. Afinal, não seria razoável que o interessado utilizasse bem de propriedade do Poder Público, no seu único e exclusivo interesse (já que o interesse público, como visto, não predomina neste tipo de concessão), sem que seu real proprietário, que despense ou dispense quantias com a manutenção do bem, nada receba em contrapartida. Repito: insere-se no campo da discricionariedade a exigência de pagamento pelo uso do bem objeto de Autorização de Uso.

E com relação à Autorização de Uso onerosa, devo fazer a seguinte observação: em obediência ao Princípio da Unidade de Tesouraria, insculpido no art. 56 da Lei nº 4320/64, a quantia recolhida a título de pagamento pela utilização do bem público deve ficar adstrita a uma unidade orçamentária, ou seja, deve ser depositada na conta única do Estado. Essa a conclusão que se tira do entendimento

esposado pela Chefia desta Casa, no Parecer nº 396/2001 – GPGE, exarado nos autos do Processo nº 2066/2001 – PGE, em parte abaixo transcrito:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA. NÃO AUTENTICAÇÃO.

- O recolhimento de todas as receitas de qualquer entidade governamental deve ser feito em um só caixa, em obediência ao Princípio de Unidade de Tesouraria, conforme dispõe o art. 56 da Lei 4.320/64.

[...]

Todavia, os recursos financeiros recebidos pelos entes federados devem estar adstritos a uma unidade orçamentária. Assim, no caso em comento, os valores deveriam ser depositados na conta única do Estado do Amazonas, obedecendo-se ao disposto no art. 56 da Lei 4320/64, in litteris:

Art. 56. O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais (grifo nosso).

Por meio do mencionado princípio, a arrecadação de todas as receitas das entidades governamentais será centralizada em uma só caixa, vedando-se a criação de caixa especial para cada espécie de receita e consequente vinculação a uma despesa, como se pretendeu realizar no presente Convênio.

Vale ressaltar que a unidade de tesouraria não se aplica à organização administrativa interna da entidade, mas apenas à gestão dos recursos financeiros recebidos pela mesma.

A criação de uma conta especial, em contrariedade ao que

estabelece o referido dispositivo legal, constitui óbice suficiente para impedir a autenticação do instrumento em tela." (grifei)

Assim é que, no próprio instrumento de Autorização de Uso onerosa, a Administração já deve dizer que a quantia recolhida a título de pagamento pela utilização do bem será depositada na conta única do Estado.

Além das características acima postas, ressalto que a Autorização de Uso dispensa licitação e autorização legislativa.

• COMPETÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE USO

Citando a administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴, afirmo que a competência para conceder a Autorização de Uso é do "órgão a quem incumbe a administração do bem."

• A QUEM PODE SER CONCEDIDA A AUTORIZAÇÃO DE USO

Tomando por base novamente Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵, verifico que o uso privativo de bem público, denominado por outros autores de uso especial "*pode ser outorgado a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, pois nada impede que um ente público consinta que outro se utilize privativamente de bem público integrado em seu patrimônio.*"

• INSTRUMENTO ADEQUADO PARA A CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE USO

É de se perguntar que forma deve assumir a Autorização de Uso, ou seja, por meio de que instrumento jurídico a Administração conferirá ao interessado o direito de usar determinado bem.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁶, o instrumento adequado

⁴ "Direito Administrativo", 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 552

⁵ "Direito Administrativo", 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 549

⁶ "Direito Administrativo Brasileiro", 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 130

para a concessão de autorização de uso especial de um bem público é o **ALVARÁ**. Transcrevo, abaixo, o que ensina o referido doutrinador:

“Alvará é o instrumento da licença ou da autorização para a prática de ato, realização de atividade ou exercício de direito dependente de policiamento administrativo. É o consentimento formal da Administração à pretensão do administrado, quando manifestada de forma legal. O alvará pode ser definitivo ou precário: será definitivo e vinculante para a Administração quando expedido diante de um direito subjetivo do requerente como é a edificação, desde que o proprietário satisfaça todas as exigências das normas editalícias; será precário e discricionário se a Administração o concede por liberalidade, desde que não haja impedimento legal para sua expedição, como é o caso o alvará de porte de arma ou de uso especial de um bem público.” (grifei)

• BENS PASSÍVEIS DE AUTORIZAÇÃO DE USO

Três são os tipos de bens públicos: os bens de uso comum, os bens de uso especial e os *bens dominicais*. A referida classificação se deu pelo critério da destinação ou afetação dos bens: os primeiros são os destinados ao uso coletivo, do povo (exemplo: ruas e praças); os segundos são os destinados à utilização pela própria Administração, para a consecução de seus objetivos (exemplo: edifício em que funciona órgão público); os terceiros não têm destinação pública, *constituindo patrimônio da Administração, como objeto de seu direito pessoal ou real (exemplo: imóvel dado em locação a particular, utilizado como fonte de renda do Poder Público).*

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷, as duas primeiras modalidades de bens tem um ponto em comum: sua destinação pública, os que as diferencia da terceira, sem destinação pública. Por isso, entende ela que existem duas modalidades de bens públicos, a saber “1. os do domínio público do Estado, abrangendo os de uso

⁷ “Direito Administrativo”, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 529

comum do povo e os de uso especial; e os do domínio privado do Estado, abrangendo os bens dominicais” E continua: “*Comparando-se os bens do domínio público com os do domínio privado do Estado, pode-se traçar a seguinte regra básica quanto ao regime jurídico a que se submetem: os primeiros, ao direito público, e, os segundos, no silêncio da lei, ao direito privado.*”⁸

E quando a mesma doutrinadora fala sobre o uso privativo ou especial de bem público, afirma, no tópico relativo aos instrumentos estatais de outorga de uso privativo, que “*os bens das duas primeiras modalidades [falando sobre os bens de uso comum do povo e uso especial] estão fora do comércio jurídico de direito privado, de modo que só podem ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito público; assim, para fins de uso privativo, os instrumentos possíveis são apenas a autorização, a permissão e a concessão de uso.*”⁹ (grifei)

E completa o raciocínio, mais adiante, com a seguinte assertiva: “*diversa é a situação dos bens dominicais, já que estes são coisas que estão no comércio jurídico de direito privado. Embora possam ser cedidos aos particulares por meio dos mesmos institutos de direito público já mencionados, também podem ser objetos de contratos regidos pelo Código Civil, como a locação, o arrendamento, o comodato, a concessão de direito real de uso, a enfiteuse.*”

Conclui-se, então, que todos os bens de propriedade da Administração são passíveis de Autorização de Uso, sejam eles de uso comum do povo, de uso especial, ou bens dominicais.

Mas situações há em que a Administração não é proprietária do bem, mas tão-somente possuidora, como no caso da locação. Tomemos a seguinte situação: o bem pertence a particular, está locado para ente público e este pretende, por provocação de pessoa interessada, outorgar-lhe sua utilização. É de se perguntar: é possível

⁸ “Direito Administrativo”, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 536

⁹ “Direito Administrativo”, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 551

a Administração autorizar o uso de bem, sem ser proprietária do mesmo, mas tão-só sua possuidora?

Penso que sim. Explico.

A Chefia maior desta Casa, no Despacho exarado no Processo nº 1578/2002 – PGE, cita, como entendimento mais completo a respeito da abrangência dos bens públicos, o do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello. Transcrevo:

“Quanto aos bens pertencentes às entidades paraestatais, a doutrina não é uniforme ao considerá-los como bens públicos ou privados. O entendimento mais completo parece pertencer ao abalizado doutrinador Celso Bandeira de Mello que considera, como bem público, também os bens que, embora não pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público e respectivas autarquias e fundações, estejam afetados à prestação de um serviço público.”

E transcrevo também as palavras do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, que serviram de base para o entendimento da Procuradora-Geral do Estado em exercício, Dr^a Indra Mara Bessa:

“Bens públicos são os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.”¹⁰ (grifei)

A questão posta passa, necessariamente, pelo problema da ausência de propriedade do Poder Público. O bem pretendido pelo interessado não pertence à Administração, mas esta detém sua posse,

¹⁰ “Curso de Direito Administrativo”, 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 751

por força de contrato de locação. Abraçando o entendimento do renomado mestre Bandeira de Mello, se este bem locado estiver afetado à prestação de um serviço público, ou seja, se a Administração locou o bem para destinação comum, este bem será revestido de atributos de coisa pública e será disciplinado, conseqüentemente, por regime jurídico de direito público.

Assim, se a propriedade privada for destinada ao bem comum e, como dito acima, for regida por normas de direito público, esse bem poderá, sim, ter seu uso outorgado a qualquer interessado, mediante Autorização de Uso.

A respeito desse assunto, poderia surgir a seguinte dúvida: e existe interesse público na Autorização de Uso, se esta é concedida nos casos em que o bem será utilizado para o interesse privativo do usuário?

Na realidade, o que ocorre nas Autorizações de Uso é a *preponderância* do interesse privativo do usuário sobre o interesse da coletividade. E preponderar não significa inexistir, mas sim ter supremacia, ser predominante, ter mais peso. Então, apesar de o interesse público ter papel menos influente nas Autorizações de Uso, ele não deixa de existir, afetando o bem e imputando-lhe qualidade de coisa do povo.

Pondo fim a este tópico, concluo que podem ser objeto de Autorização de Uso todos os bens de propriedade do Poder Público (bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais), assim como todos os bens que, não sendo de propriedade da Administração, tenham sido afetados por destinação pública.

Feitas essas considerações teóricas acerca do instituto jurídico da Autorização de Uso, passo a analisar o caso concreto destes autos.

A empresa Telemar Norte Leste S. A. dirigiu-se à Administração, pretendendo utilizar espaço físico localizado na área

em que funciona o PAC/Cidade Nova, área esta possuída pela Ouvidoria e Controladoria Geral do Estado por força de contrato de locação, para fins de instalação de terminal de auto-atendimento.

Por tudo o que foi dito acima, concluo pela possibilidade de tal pretensão, já que a área locada destina-se à prestação de vários tipos de serviço de interesse da coletividade; a instalação de um terminal da Telemar seria mais um dentre os serviços já oferecidos pelo PAC ao cidadão.

Trata-se de Autorização de Uso *qualificada*, pois o Alvará concedido prevê o prazo de doze meses para a utilização do imóvel. É possível, porém não recomendável a estipulação de prazo para o término do benefício, uma vez que, revogando o ato, a Administração deverá indenizar o particular. Sendo assim, apenas recomendo que nas próximas autorizações a OUVCON não estipule termo final para o uso do bem.

Quanto ao pagamento da contribuição mensal estipulada, não vislumbro óbice porque, como visto anteriormente, a Autorização de Uso pode, ou não, ser remunerada, estando tal decisão inserida no campo da discricionariedade do Poder Público.

Verifico, entretanto, não ter ficado explícito no Alvará de Autorização de Uso expedido em favor da Telemar que a quantia cobrada a título de *contribuição mensal de manutenção* seria depositada na conta única do Estado, providência que reputo imprescindível para a perfeita formalização do instrumento.

Sendo assim, entendo seja necessário o apostilamento da alínea a do 3º item do Alvará, para dela fazer constar a observação de que o valor recolhido pela OUVCON será depositado na conta única do Estado.

No que concerne à legitimidade da OUVCON para conceder o Alvará, atesto-a, posto que competente para promover a Autorização de Uso é a entidade responsável pela administração do bem. Ora, se

a OUVCON é possuidora do bem por força de contrato de locação, só ela poderá autorizar que pessoa interessada dele se utilize.

Em relação à publicidade do ato, verifico ter sido observado o prazo fixado no parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8666/93, posto que o Alvará foi concedido em 1/4/2002, tendo sido seu extrato publicado em 3/4/2002.

A empresa apresentou Certidões que atestam sua regularidade perante as Fazendas Municipal, Estadual e Federal, bem como INSS e FGTS. Entendo que dispensável tal providência, pois a Autorização de Uso é ato *unilateral* e a regularidade fiscal só é exigida para os casos de atos bilaterais, como por exemplo contratos e convênios.

Posto isso, sugiro que a autenticação do Alvará nº 5/2002, concedido pela OUVCON à empresa Telemar Norte Leste S. A. fique **CONDICIONADA** ao apostilamento da alínea a do 3º item do referido instrumento, para dela fazer constar a observação de que a quantia recolhida pela OUVCON a título de *contribuição mensal de manutenção* será depositada na conta única do Estado do Amazonas.

É o parecer.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA PA/PGE, em Manaus (AM), 16 de julho de 2002.

Isabela Péres Russo Andrade
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 2767/2002-PGE

ASSUNTO: Autenticação do Alvará de Autorização de Uso nº 05/02

INTERESSADO: OUVCON

DESPACHO:

Acorde com a conclusão oferecida no Parecer da lavra da Dra. Isabela Péres Russo Andrade, por seus jurídicos argumentos, ressalto que, analisados os demais aspectos, fica a autenticação do presente Termo condicionada à regularização do equívoco apontado no Parecer.

Encaminhem-se os autos à apreciação do Senhor Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA/PGE, em Manaus (AM), 16 de julho de 2002.

Clara Maria Lindoso e Lima
Procuradora-Chefa, em exercício

PROCESSO Nº 2767/2002 – PGE

ASSUNTO: Autenticação do Alvará de Autorização de Uso nº005/02, celebrado entre a OUVCON e a TELEMAR NORTE LESTE S/A.

INTERESSADO: OUVCON

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer nº 1760/2002-PA/PGE, da lavra da Procuradora do Estado, Dra. ISABELA PERES RUSSO ANDRADE, acolhido pela ilustre Procuradora-chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, em exercício, Dra. CLARA MARIA LINDOSO E LIMA, que concluiu por condicionar a autenticação às pendências ali indicadas.

DEVOLVA-SE o processo à OUVIDORIA E CONTROLADORIA GERAL – OUVCON, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus (AM), 24 de julho de 2002.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 847/02-PGE (04450/02-4-SEFAZ-10179/01-9620/01-9855/01-9844/01-9671/01-9683/01-9223/01-9251/01-9605/01-9793/01-9867/01-9800/01-9794/01-10293/01-9785/01-9151/01-9712/01-9622/01-9697/01-157/02-9236/01-10403/01-9491/01-9295/01-8988/01-9619/01-9696/01-9795/01-9848/01-9868/01-10916/01-073/02-SEAD)

ASSUNTO: Revisão de Proventos.

INTERESSADO: Antônio Tupinambá Melo Nogueira e outros.

PARECER Nº 021/02-PPE/PGE

- Não têm amparo constitucional os reajustes remuneratórios de servidor público – qualquer que seja ele – cuja concessão haja implicado inobservância do mandamento inscrito no inciso X do art. 37 da Carta, o qual estabelece que “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica”.

- Entretanto, a inconstitucionalidade de atos administrativos inferiores não é de ser declarada no plano administrativo, constituindo – como no caso — matéria de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no inciso I, do art. 102 da CF, por provocação de qualquer das pessoas ou entidades indicadas no artigo seguinte, ou, tratando-se de ofensa à Carta Estadual, perante o Tribunal de Justiça, na forma do que dispõe o art. 72, I, f da CE. De toda sorte, se e enquanto não declarado o ferimento ao texto constitucional, haverá aqueles atos de vigorar.

- Em razão da igualdade remuneratória dos Procuradores, Conselheiros, Auditores e Auditores-Adjuntos do TCE com os das mesmas categorias do TCM, prevista desde a promulgação da CE/89, é de ser concedido a estes últimos, o reajuste salarial aplicado na Corte de Contas Estadual.

Senhor Procurador-Chefe:

JOSÉ DE ARAÚJO CAVALCANTE, FELISMINO FRANCISCO SOARES FILHO, KLINGER COSTA, JOÃO BATISTA DE VERÇOSA FILHO, ANTÔNIO VINICIUS RAPOSO DA CÂMARA e NISSIM JACOB BENOLIEL, Conselheiros Aposentados e em disponibilidade do extinto Tribunal de Contas dos Municípios, **JOSÉ DOS SANTOS LINS, CLYNIO DE ARAÚJO BRANDÃO, MARIA NÉLIA VALADARES GUIMARÃES, MARIA DA CONCEIÇÃO A. GONÇALVES, OYAMA CESAR ITUASSU FILHO, MÁRIO JORGE OLIVEIRA DE PAULA, CARLOS ISRAEL RAMOS LINS, GLÁUCIA MARIA DE ARAÚJO RIBEIRO, LUCIANA MARIA LINS DE ALBUQUERQUE, LUCIANA ALMEIDA DE S. E SILVA, FRANCISCO DE PAULA XAVIER LEITE, BELARMINO LINS DE ALBUQUERQUE e REGINA MARIA FARIAS PÁSCOA**, Procuradores de Contas aposentados e em disponibilidade do extinto Tribunal de Contas dos Municípios, **ANTÔNIO TUPINAMBÁ NOGUEIRA, ERMERENTINO RODRIGUES MANSO, AURÉLIO COUTINHO DE ALMEIDA, LENIS ALVES DE OLIVEIRA, e MANSUR SEFFAIR e MARIA LUIZA SOARES DE SOUZA**, Auditores aposentados do extinto Tribunal de Contas dos Municípios, **RITA DE CÁSSIA LINS DE ALBUQUERQUE, MOZART SALLES DE AGUIAR, FERNANDO DIAS BRITO, RICARDO FRANCO DE SÁ, ANA MARIA B. CUNHA E SILVA e ADALBERTO BATISTA DOS SANTOS FILHO**, Auditores-Adjuntos aposentados e em disponibilidade do extinto Tribunal de Contas dos Municípios e, **ISABEL SOARES B. FERREIRA e MARIA LÚCIA L. SOARES**, Auditores-Assistentes aposentadas com as vantagens financeiras de Auditor-Adjunto, requerem ao Titular da SEAD o reajuste de seus proventos, em razão da decisão do Egrégio Tribunal de Contas do Estado adotada na Sessão Plenária de 14.09.01, que concedeu aos Conselheiros, Procuradores, Auditores e Auditores-Adjuntos daquele Corte de Contas, inclusive inativos e pensionistas, reajuste salarial.

A Consultoria Jurídica da SEAD opinou pelo deferimento do pedido, havendo o Titular da SEAD solicitado a manifestação final desta PGE.

Relatei.

No que diz respeito ao suprimido Tribunal de Contas dos Municípios, a Carta Estadual estabelecia, no art. 127, que a ele se aplicava o disposto nos arts. 39 a 45 do texto constitucional estadual, e, no que se refere aos Conselheiros, a CE/89 estabeleceu, no § 3º do art. 43:

“Art. 43 - ...

§ 3º - Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado têm as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos”.

Assim, os Conselheiros do suprimido TCM sempre perceberam vencimento e representação em valores iguais aos pagos aos Conselheiros do TCE, que por sua vez, em razão do mandamento constitucional, têm tratamento vencimental em igualdade com os Desembargadores.

A questão relativa aos proventos dos Procuradores de Contas do extinto Tribunal de Contas dos Municípios já mereceu análise e manifestação final do Chefe do Poder Executivo, através do Despacho proferido nos Processos nº 10250/97-0 e 2439/98-3-GAGOV (Requerente José dos Santos Lins), às fls. 14-PGE, assim:

“Na conformidade da instrução dos anexos Processos, DEFIRO, por seus fundamentos jurídicos, o pleito do Requerente, observando-se a igualdade de remuneração entre os Procuradores de Contas do Município com os da mesma categoria do Tribunal de Contas do Estado”. (grifei).

Vê-se então, do Despacho acima transcrito, que o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado já definiu, no âmbito da administração estadual, que para a composição dos proventos

dos Procuradores de Contas do extinto TCM, é de ser observada “a igualdade de remuneração entre os Procuradores de Contas do Município com os da mesma categoria do Tribunal de Contas do Estado”.

No que se refere aos Auditores e Auditores-Adjuntos do suprimido TCM, o art. 33 da Lei nº 1.829, de 30.12.87, estabelecia:

“Art. 33 – As Auditorias do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Amazonas compõem-se de 07 (sete) Auditores e 07 (sete) Auditores-Adjuntos que perceberão as mesmas vantagens pecuniárias atribuídas aos auditores e auditores-adjuntos do Tribunal de Contas do Estado.”

Vê-se então, que enquanto em vigor a referida Lei, os Auditores e Auditores-Adjuntos do TCM tiveram igualdade de remuneração com os da mesma categoria do TCE.

Definido, então, o padrão remuneratório dos cargos do suprimido TCM, passo à análise do mérito do pedido dos requerentes.

O Egrégio Tribunal pleno do TCE em Sessão Ordinária realizada no dia 14.09.01, decidiu, à unanimidade, deferir o requerimento dos Procuradores de Contas daquele órgão, que pleiteavam que suas remunerações fossem ajustadas à legislação pertinente aos membros do Ministério Público estadual, estabelecendo, ainda, que aquela decisão abrangia as situações idênticas às dos requerentes. E, na mesma Sessão, o TCE decidiu, também por unanimidade, estender aos Conselheiros, Auditores e Auditores-Adjuntos os efeitos daquela decisão (cfr. fl.05-PGE).

Às fls. 04-PGE, encontro certidão lavrada pela Subsecretaria do Tribunal Pleno do TCE, informando os valores a serem pagos aos Procuradores, Conselheiros, Auditores e Auditores-Adjuntos daquela Corte de Contas, com a informação de que a decisão estende-se aos inativos e pensionistas e que, no tocante às diferenças devidas, aquele Tribunal decidiu que “o pagamento será realizado com observância aos preceitos da Lei Complementar nº 101/2000, às disponibilidades financeira e orçamentária, bem como à decisão proferida pelo Colendo

Tribunal Pleno nos autos do Processo nº 1.173/2000, na sessão ordinária do dia 31.05.2001.”

Vê-se então, que o Egrégio Tribunal de Contas do Estado, através de decisão adotada pelo Pleno daquela Corte, houve por bem alterar a remuneração dos Procuradores, Conselheiros, Auditores e Auditores-Adjuntos daquela Corte de Contas.

É sabido que a constituição brasileira vem estabelecendo, pelo menos desde a de 1967 (art. 67), que a lei – e apenas a lei – é fonte formal a fundamentar o dispêndio legítimo de recursos públicos, inclusive com o pagamento de pessoal. Mais recentemente, com a edição da EC nº 19, ficou estabelecido pelo texto constitucional que

“Art. 37 - ...

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. (grifei).

Vê-se então, que a partir do texto introduzido pela EC nº 19, não só a fixação mas também a alteração da remuneração dos servidores públicos dependem de lei específica, sendo eivados de inconstitucionalidade quaisquer decretos, resoluções ou decisões que concedam reajustes salariais sem determinação legal específica. Além disso, o § 1º do art. 169 da CF estabelece, no que interessa, que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração só poderá ser feita se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Dessa forma, firmo como primeira conclusão, *data maxima venia*, que a forma utilizada pelo TCE para concessão de reajuste aos Procuradores, Conselheiros, Auditores e Auditores-Adjuntos daquela Corte de Contas, não se conforma à disposição constitucional a respeito da matéria, que exige que essa concessão se dê apenas por lei específica.

Entretanto, a inconstitucionalidade de atos administrativos inferiores não é de ser proclamada no plano administrativo, constituindo – como no caso - matéria de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no inciso I, do art. 102 da CF, por provocação de qualquer das pessoas ou entidades indicadas no artigo seguinte, ou, tratando-se de ofensa à Carta Estadual, perante o Tribunal de Justiça, na forma do que dispõe o art. 72, I, f, da CE. De toda sorte, se e enquanto não declarado o ferimento ao texto constitucional, haverão de vigorar.

Assim, a segunda conclusão que firmo é no sentido de que havendo sido concedido o reajuste aos Procuradores, Conselheiros, Auditores e Auditores-Adjuntos do TCE, fazem jus ao referido reajuste os da mesma categoria do TCM, já que a CE. lhes conferiu igualdade remuneratória.

Diante do exposto, opino pelo deferimento do pedido dos requerentes, cabendo, então, à SEAD a elaboração de planilha informando o *quantum* a ser pago a cada um dos requerentes, de acordo com a sua situação funcional.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO-PPE/
PGE, em Manaus (AM), 13 de março de 2002.**

Ana Eunice Carneiro Alves
Procuradora do Estado

DESPACHO:

Acolho.
Encaminhe-se.
PPE/PGE, em Manaus (AM) 14 de Março de 2002.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 0847/02-PGE

ASSUNTO: Revisão de Proventos

INTERESSADO: ANTÔNIO TUPINAMBÁ MELO NOGUEIRA e Outros

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer nº 021/02-PPE/PGE, da lavras da Procuradora do Estado **DRA. ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**, acolhido pelo Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário **DR. R. FRÂNIO A. LIMA**.

DEVOLVAM-SE os autos à Secretaria de Estado da Administração, Coordenação e Planejamento – SEAD, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, (AM) 18 de março de 2002.

INDRA MARA BESSA

Procuradora-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 1701/02-PGE (Of. nº 381-DP/7-PMAM)

ASSUNTO: Normas constitucionais aplicáveis aos policiais militares.
Consulta

INTERESSADO: O Comandante-Geral da Polícia Militar do Amazonas

PARECER Nº 049/02-PPE/PGE

- Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 18, de 05.02.98, que dispõe sobre o regime constitucional dos militares, estes foram excluídos da espécie de "servidores públicos" passando a ser considerado, então, na categoria constitucional de "servidor público" somente o civil. Assim, foi reservada à categoria dos militares a Seção III do Capítulo VII do Título III da CF, i.e., o art. 42 — cuja redação sofreu alteração com a EC nº 20 —, bem como, por consequência deste, as normas dos arts. 14, § 8º, 40, §§ 7º, 8º e 9º e 142, §§ 2º e 3º da Carta Federal.

- Apesar de a Lei Complementar nº 30, de 27.12.01 haver revogado os arts. 88, 89, 90, 93 a 99, 101 e 102 do Estatuto do Policial Militar, os militares que houverem preenchido os requisitos conforme a EC 20 para inativação até a data da publicação da referida LC nº 30, fazem jus à transferência para a reserva remunerada com base nos dispositivos da Lei nº 1.154/75 vigentes até aquele citado dia 27.12.01.

- O § 3º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 20, assegurou aos militares que até a data da publicação daquela EC houvessem preenchido os requisitos para transferência para a reserva remunerada, todos os direitos e garantias constitucionais vigentes àquela época bem como o direito de terem seus proventos calculados de acordo com a legislação anteriormente vigente.

- Havendo a LC 30/01 incluído os militares como beneficiários do Programa de Previdência por ela instituído,

a eles se aplicam as normas ali fixadas, até que seja editada a lei específica a que se refere o art. 42 da Carta Federal.

Senhor Procurador-Chefe:

Em razão do que dispõem a Carta Federal, com as alterações introduzidas pelas EC nº 18 e 20, e a Lei Complementar Estadual nº 30/01 (que dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência do Estado do Amazonas), que alteraram significativamente a situação funcional dos Policiais Militares, revogando (esta última) inclusive as normas do Estatuto do Policial Militar relativas à transferência para a reserva remunerada, o Comandante-Geral da Polícia Militar do Amazonas formula a esta Procuradoria diversas indagações a respeito da legislação a ser aplicada aos integrantes daquela Instituição.

Antes de responder às perguntas formuladas pelo Comandante-Geral da PMAM, dois registros merecem ser abordados.

O primeiro diz respeito às normas constitucionais aplicáveis aos militares. Pela redação originária da CF de 88, estavam incluídos, no mesmo título de servidores públicos, os “servidores civis” e os “servidores militares”. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 18, de 05.02.98, que dispõe sobre o regime constitucional dos militares, essa situação foi alterada, havendo sido excluídos da espécie de “servidores públicos” os militares, passando a ser considerado, então, na categoria constitucional de “servidor público” somente o civil. Assim, foi reservada à categoria dos militares a Seção III do Capítulo VII do Título III da CF, i.e., o art. 42 — cuja redação sofreu alteração com a EC nº 20 —, bem como, por consequência deste, as normas dos arts. 14, § 8º, 40, §§ 7º, 8º e 9º e 142, §§ 2º e 3º da Carta Federal.

No âmbito do Estado do Amazonas a situação funcional de seus militares está disciplinada pela Lei nº 1.154, de 09.12.75, diploma legal este que foi recepcionado pela EC nº 20, uma vez que a própria Carta deixou à lei ordinária a tarefa de regular “os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais” dos policiais militares.

Apesar de a Lei Complementar nº 30, de 27.12.01 haver revogado os arts. 88, 89, 90, 93 a 99, 101 e 102 do Estatuto do Policial Militar, os militares que houverem preenchido os requisitos para inativação até a data da publicação da referida LC nº 30, fazem jus à transferência para a reserva remunerada com base nos dispositivos da Lei nº 1.154/75 vigentes até aquele citado dia 27.12.01.

O segundo registro diz respeito à possibilidade de os militares passarem para a reserva remunerada com os direitos assegurados pelas normas anteriormente vigente. O § 3º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 20, assegurou aos militares que até a data da publicação daquela EC houvessem preenchido os requisitos para transferência para a reserva remunerada, todos os direitos e garantias constitucionais vigentes àquela época bem como o direito de terem seus proventos calculados de acordo com a legislação anteriormente vigente.

Assim, aos militares que houverem preenchido os requisitos para a transferência para a reserva remunerada, é assegurado o direito à inativação nos termos do que dispunha legislação vigente até a data da publicação da E.C. nº 20 (16.12.98).

Feitas tais considerações, passo à análise das perguntas formuladas pelo Comandante-Geral da PMAM.

1ª QUESTÃO: "Os policiais militares enquadrados no art. 25 da Lei Complementar nº 30, de 27 de dezembro de 2001, farão jus as reduções em 05 (cinco) anos dos requisitos de idade e tempo de contribuição cumulativamente; ou apenas a redução do tempo de contribuição de que trata o art. 15?"

Dispõe o art. 25 da LC nº 30/01:

Art. 25 – Os policiais militares, inclusive do Corpo de Bombeiros, farão jus às reduções de que trata o art. 21, desde que comprovem ter trabalhado durante todo o tempo de contribuição em atividade no serviço público.

O Art. 21 a que se refere o texto legal acima transcrito, reduziu em cinco anos o requisito de idade e o tempo de contribuição dos professores, em consonância com o estabelecido no § 5º do art. 40 da CF.

Pois bem: o art. 40 da CF fixou as regras para aposentadoria dos servidores públicos e o § 1º do art. 42 da CF estabeleceu que caberá a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, X, o qual, por sua vez, fixou que "a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades". Os §§ 15 e 16 do art. 113 da Carta Estadual, estabeleceram regras semelhantes, havendo sido posto que tais direitos serão estabelecidos em estatuto próprio, de iniciativa do Governador do Estado.

Penso então, que a LC nº 30/01, que dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência do Estado do Amazonas não poderia fixar o tempo inferior em cinco anos que a CF prescreveu para os professores, já que não se trata de lei específica.

Entretanto, estando em vigor a referida LC, e abstenho-me de discutir, neste processo, a possível inconstitucionalidade da norma posta em seu art. 25, respondo à primeira pergunta objeto desta consulta no sentido de que, *da mesma forma que a CF fixou para os professores, o policial militar que comprovar ter trabalhado durante todo o tempo de contribuição no serviço público, faz jus a redução do requisito de idade e do tempo de contribuição, cumulativamente, ou seja, deverá ter, cumulativamente 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se homem, e 50 anos de idade e 25 de contribuição, se mulher.*

2ª QUESTÃO: "Os policiais militares, ao comprovarem (30) anos em atividade no serviço público, previsto no art. 25 da Lei Complementar nº 30/2001, poderão computar adicionando tempo prestado anteriormente, aos órgãos Federais,

Estaduais e Municipais, bem como outros acréscimos, como Licença Especial, Férias não gozadas e contadas em dobro e ainda os acréscimos de 01 (um) ano para cada 05 (cinco) anos, para os Oficiais do Quadro de Saúde”?

Quanto ao cômputo de tempo de serviço público prestado anteriormente aos órgãos federais, estaduais e municipais, com a promulgação e publicação da EC nº 20/98, restou posto pelo art. 42 que aplicam-se aos militares as regras estabelecidas no § 9º do art. 40.

Dessa forma, por haver sido estendido aos militares os benefícios previstos no § 9º do art. 40, o cômputo do tempo de serviço aqui referido é de ser computado na forma estabelecida por essa disposição constitucional.

De se registrar, por oportuno, que o Chefe do Executivo, louvado no texto da EC 20, fixou, pelo Decreto nº 19.684, de 05.03.99, o entendimento de que tal Emenda derogou os arts. 120, 121 e 122 da Lei nº 1.154/75 determinando, em consequência, que o cômputo do tempo de serviço dos policiais militares fosse feito na forma do disposto no § 9º do art. 40 da CF.

Assim, no que diz respeito ao cômputo de tempo de serviço público prestado anteriormente aos órgãos federais, estaduais e municipais *opino no sentido de que poderão ser adicionados esses períodos, computados na forma do disposto na norma constitucional aqui referida, aplicável ao policial militar por expressa disposição da própria Carta Magna.*

No que se refere à contagem de períodos de férias não-gozadas e licença especial contados em dobro e ao acréscimo de um ano para cada cinco anos de tempo de efetivo exercício prestado pelo Oficial de Saúde, o § 10 do art. 40 da CF estabeleceu que “ A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

Tenho então, que as férias e as licenças especiais não-

gozadas depois da publicação da EC nº 20/98, não poderão ser contadas em dobro para efeito de tempo de serviço, nem a este ser acrescentado um ano por quinquênio trabalhado, eis que derogados os dispositivos legais do Estatuto do Policial Militar. Assim, no que diz respeito ao cômputo desse período opino no sentido de que em razão do que estabelece o § 10 do art. 40 da CF, desde a data da publicação da E.C. nº 20 (16.12.98) não mais é possível o cômputo do tempo de contribuição fictício.

3ª QUESTÃO: "Quanto aos policiais militares que trabalharam em atividade privada, anterior ao ingresso nesta Instituição e averbaram o respectivo tempo, conforme previsto na Lei 1.552, de 04 de novembro de 1982, o referido tempo poderá ser adicionado ao prestado em atividade no serviço público? Em que situação?"

O § 9º do art. 201 da Carta Federal estabelece:

"Art. 201 – (omissis)

...

§ 9º - Para efeito de aposentadoria é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei."

De se ressaltar, por oportuno que a norma acima transcrita, repetiu as disposições do § 2º do art. 202 do texto original da CF/88. E, quanto a essa matéria, não é possível deixar de reconhecer a existência de acórdãos que afirmam ser auto-aplicável a primeira parte do então § 2º do art. 202, não admitindo que possa lei estadual restringir a vantagem assegurada nesse dispositivo. Apesar de norma antiga, agora repetida pela EC nº 20/98, até hoje não foi editada a lei federal que regulamentaria tal dispositivo constitucional, no que diz respeito aos critérios de compensação financeira, o que não pode servir de obstáculo para que seja cumprido o mandamento constitucional de

computar integralmente o tempo de contribuição para a atividade privada.

No âmbito do Estado do Amazonas a Lei nº 1.552, de 04.11.82, autorizou a contagem do tempo de serviço prestado à atividade privada até o limite máximo de 10 (dez) anos, para efeito de aposentadoria, sem necessidade de que houvesse a compensação financeira de que trata a CF, havendo tal benefício sido estendido aos militares. Em razão dessa limitação legal, somente era computado, para efeito de aposentadoria, no âmbito do Estado do Amazonas, o limite máximo de dez anos, o que vinha sendo defendido judicialmente, embora sem sucesso em razão do que estabeleceu a norma constitucional em questão.

A Lei Complementar nº 30/01 veio solucionar este problema, dando cumprimento integral ao que dispôs a CF, havendo estabelecido, no art. 8º que

“Art. 8º - Nos termos do que dispõem os arts. 201, § 9º, da Constituição Federal, 109, inciso XX, da Constituição Estadual, 94 e parágrafo único, 96, incisos I a V e 99, da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para efeito de concessão dos benefícios estabelecidos nesta Lei Complementar, será computado integralmente o tempo de serviço público federal, estadual e municipal, prestado sob a égide de qualquer regime jurídico, vertidos para os respectivos Regimes Próprios da Previdência, bem como as contribuições feitas para o Regime Geral da Previdência Social.

Parágrafo único – Ressalvadas as hipóteses dos arts. 13 e 14, para fazer jus a contagem recíproca estabelecida neste artigo, o segurado deverá contar com pelo menos 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público.”

Assim, diante do que restou posto pelas normas constitucionais e pela LC nº 30/01, opino no sentido de que *os policiais militares que trabalharam em atividade privada antes do ingresso na*

PMAM e que contem com pelo menos 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público, podem computar integralmente aquele tempo de contribuição, ressaltando que neste caso, não farão jus à redução dos requisitos de idade e de tempo de contribuição prevista no art. 21 da LC 30/01, já que o art. 25 que lhes estendeu tal benefício, condicionou tal redução à comprovação de que trabalharam durante todo o tempo de contribuição no serviço público.

4ª QUESTÃO: "Quanto aos casos em que os policiais militares, vierem a ser julgados incapazes definitivamente para os serviços da PMAM, por Junta Médica, em virtude de acidente de serviço, doença, moléstia ou enfermidade adquirida, com relação de causa e efeito às condições inerentes ao serviço, qual o embasamento legal? Já que os artigos 25 e 26 da Lei Complementar nº 30/2001, tratam especificamente de passagem para a reserva remunerada por tempo de serviço ou compulsória, e que os arts. 93 a 99, 101 e 102, da Lei nº 1.154/75, que cuidam das Reformas por Invalidez, Administrativa a bem da disciplina por decisão da Justiça e outras, foram revogados pelo art. 122, da Lei Complementar acima em comento?" (sic).

A LC 30/01 fixou em seu art. 2º, a, que os Militares são beneficiários do Programa de Previdência por ela instituído, e, no art. 5º estabeleceu como benefício, dentre outros, a aposentadoria por invalidez permanente.

Abstraídas as impropriedades técnicas e as falhas do texto legal em comento, posto que se limitou a cuidar apenas de "aposentadoria", deixando de lado a transferência para a reserva remunerada e a reforma dos policiais militares, e apesar desse diploma legal haver revogado os dispositivos do Estatuto Especial relativos a essas matérias, foi assegurado aos beneficiários da dita LC nº 30 o direito à aposentadoria por invalidez permanente. Assim, sendo detentor do direito aos benefícios ali instituídos, o policial militar que for julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo da Polícia Militar faz jus à reforma *ex officio*.

Assim, em princípio, havendo sido julgado definitivamente incapaz para o trabalho em decorrência de deficiência física ou mental, o policial militar será reformado com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, com base no art. 13 da LC 30, salvo no caso de a incapacidade decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, quando então o policial militar será reformado com proventos integrais.

Ocorre que o mesmo art. 13 da LC 30 fixou que regulamento próprio definirá o que haverá de ser considerado como doença grave, contagiosa ou incurável, para fins de aposentadoria por invalidez com proventos integrais, diploma este que até a presente data não foi editado.

Diante do exposto, havendo sido revogados os dispositivos legais estaduais que disciplinavam a matéria, não só em relação aos militares mas também aos servidores públicos, *opino no sentido de que quando a incapacitação definitiva se der em razão de acidente de serviço ou moléstia profissional, o embasamento legal para a reforma do militar deve ser o art. 13 da LC 30. No que diz respeito à reforma em razão de doença grave, contagiosa ou incurável, entendo que à falta do regulamento a que se refere a LC 30 e havendo sido revogados os dispositivos legais que disciplinavam a matéria, faz-se necessário, com a maior urgência possível, que seja editado pelo Chefe do Executivo, o decreto regulamentador enumerando quais as doenças a serem consideradas para efeito de aposentadoria ou reforma com proventos integrais.*

5ª QUESTÃO: Quanto aos militares estaduais que ingressaram na Polícia Militar do Estado do Amazonas, após a publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998; deverão cumprir os mesmos requisitos previstos nos arts. 25 e 26, da Lei Complementar nº 30/2001? Ou terão enquadramentos diferenciados?

O art. 15 da LC 30 fixou o tempo de contribuição necessário à aposentadoria voluntária e o art. 16 os demais requisitos a serem

cumpridos pelos segurados que ingressaram no serviço público após a publicação da EC 20.

O art. 25 da LC 30 estendeu aos militares a redução em cinco anos dos requisitos de idade e tempo de contribuição de que cuidam os arts. 15 e 16.

Assim, opino no sentido de que a transferência para a reserva remunerada (voluntária e compulsória) dos militares que ingressaram na PMAM após a publicação da EC 20, deverá ser regida pelas normas postas pelos arts. 25 e 26 da LC 30.

6ª QUESTÃO: "Os militares estaduais que implementarem 30 (trinta) anos de serviço público, somente serão transferidos para a reserva remunerada, mediante requerimento? Visto que o art. 90, inciso II, da Lei nº 1.154/75 e Decreto nº 19.684, de 05 de março de 1999, consagra à reserva remunerada "Ex-Officio" (sic).

O inciso II do art. 90 da Lei nº 1.154/75, revogado pela LC 30/01, estabelecia que a transferência ex officio para a reserva remunerada ocorreria sempre que o policial militar completasse trinta anos de efetivo exercício.

O art. 25 da LC 30/01 estabeleceu regra que permite ao policial militar que comprove ter trabalhado durante todo o tempo de contribuição em atividade no serviço público, a possibilidade de ser transferido para a reserva remunerada quando contar, cumulativamente, com 30 anos de contribuição e 55 anos de idade, se homem, ou 25 anos de contribuição e 50 anos de idade, se mulher.

Assim, havendo sido revogado o art. 90 do Estatuto Especial e em face do que dispõe o art. 25 da LC 30/01, não existe mais, no ordenamento jurídico local, a possibilidade de transferência ex officio por implemento de tempo de serviço, salvo, como já dito anteriormente, nos casos em que tal implemento haja ocorrido até a data da publicação da citada Lei Complementar, i.e., 27.12.01.

Diante do exposto, opino no sentido de que a partir da data da publicação da LC 30/01, para que ocorra a transferência para a reserva remunerada do policial militar que haja trabalhado durante todo o tempo de contribuição no serviço público e que tenha, cumulativamente, 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se homem, e 50 anos de idade e 25 de contribuição, se mulher, faz-se necessária manifestação formal de vontade, não sendo mais admitida a transferência *ex officio* por implemento do tempo de serviço.

7ª QUESTÃO: “Os policiais militares eleitos, diplomados e empossados em Cargos Eletivos, previsto no inciso II, § 8º do art. 14, da Constituição Federal; qual o embasamento legal aplicável? Haja vista haver o art. 90, inciso VIII, da Lei nº 1.154/75, sido revogado pelo art. 122, da Lei Complementar nº 30/2001?”

Estabelece o § 8º do art. 14 da CF:

“Art. 14- ...

§ 8º - *O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:*

I – se contar menos de 10 (dez) anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de 10 (dez) anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade”.

Da leitura do inciso II acima transcrito, verifica-se que a norma constitucional fixou que se o policial militar com mais de dez anos de serviço for eleito para cargo eletivo, passará, automaticamente, para a inatividade, no ato da diplomação. O revogado inciso VIII do art. 90 do Estatuto Especial, estabelecia, de igual modo, que o policial militar seria transferido *ex-officio* para a reserva remunerada quando diplomado em cargo eletivo. Assim, havendo sido revogado o referido dispositivo legal, *opino no sentido de que o embasamento legal nessa situação, deve ser o próprio inciso II do §*

8º do art. 14 da CF, ressaltando que, nessa situação, o policial militar perceberá a remuneração proporcionalmente ao tempo de contribuição, por não totalizado o tempo mínimo de contribuição que lhe garantia proventos integrais.

8ª QUESTÃO: "Os policiais militares ao comprovarem 25 (vinte e cinco) e 30 (trinta) anos de tempo de contribuição, em atividade no serviço público, deverão cumprir também os requisitos constantes dos arts. 16 e 17? Ou apenas os requisitos constantes dos arts. 15 e 25, da Lei Complementar nº 30/2001? (prevê 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem ou 30 (trinta), se mulher, com redução para 25 (vinte e cinco) e 30 (trinta) anos no serviço público).

O art. 16 da LC nº 30/01 dispõe sobre os requisitos a serem cumpridos pelos servidores que ingressaram no serviço público após a EC nº 20, para fazerem jus à aposentadoria voluntária por tempo de contribuição. Tais requisitos, que devem ser cumpridos cumulativamente, além do tempo de contribuição fixado pelo art. 15, referem-se à idade mínima, ao tempo mínimo de serviço público estadual e o tempo mínimo de permanência no cargo em que se dará a aposentadoria. De se ressaltar que o art. 40 da CF ao dispor sobre essa questão, no que diz respeito ao tempo mínimo de serviço público, o fez de forma generalizada, enquanto que a Lei estadual impõe como requisito que esse tempo seja de serviço público estadual, o que me parece, data venia, inconstitucional.

O art. 17 estabeleceu as regras de transição para os servidores que ingressaram no serviço público anteriormente à vigência da EC 20.

No caso específico dos militares, o art. 25 da LC nº 30 assegurou aos que comprovem ter trabalhado durante todo o tempo de contribuição no serviço público, o direito à redução em 05 (cinco) anos dos requisitos de idade e de tempo de contribuição. *Assim, para fazer jus à transferência voluntária para a reserva remunerada, opino no sentido de que os requisitos a serem cumpridos pelos militares que ingressaram no serviço público após a EC 20 são:*

1. comprovação de ter trabalhado durante todo o tempo de contribuição no serviço público;

2. ter, cumulativamente 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se homem, e 50 anos de idade e 25 de contribuição, se mulher.

Aos que ingressaram no serviço público antes da EC 20, embora a Carta Federal não haja estendido aos militares as regras de transição de que cuidam os arts. 17 e 18 da LC 30, ao incluí-los como beneficiários do Programa de Previdência por ela instituído, a eles se aplicam as normas ali fixadas, até que seja editada a lei específica a que se refere o art. 42 da Carta Federal. Assim, opino no sentido de que, para fazerem jus à transferência voluntária para a reserva remunerada, aos militares que ingressaram no serviço público antes da EC 20, aplicam-se as normas dos arts. 17 e 18 da LC 30.

9ª QUESTÃO: Em relação aos policiais militares que completaram 30 (trinta) anos de serviço, como também os incapacitados para o serviço da PMAM, os atingidos pela compulsória e outras situações de inatividade, anterior à Lei Complementar nº 30/2001; até mesmo aqueles que ainda não solicitaram suas reservas, ou aqueles cujos seus processos estão tramitando e até então não publicou o respectivo ato; serão abrangidos pela referida Lei Complementar?" (sic).

Apesar de a Lei Complementar nº 30, de 27.12.01 haver revogado os arts. 88, 89, 90, 93 a 99, 101 e 102 do Estatuto do Policial Militar, os militares que houverem preenchido os requisitos conformes à EC 20 para a inativação até a data da publicação da referida LC nº 30, fazem jus à transferência para a reserva remunerada com base nos dispositivos da Lei nº 1.154/75 até então vigentes.

Diante do exposto, opino no sentido de que *às situações elencadas pela PMAM na questão em apreço aplicam-se as normas do Estatuto então vigentes, não sendo essas inativações abrangidas, então, pela LC 30.*

Respondidas as indagações do Comandante-Geral da PMAM, verifica-se, de pronto, a necessidade da edição da lei estadual específica de que cuida a Carta Federal, disciplinando a situação funcional dos policiais militares, uma vez que, havendo sido revogados os dispositivos do Estatuto Especial pela LC nº 30, algumas situações deixaram de ser contempladas, e outras passaram a ser resolvidas por esta, como restou demonstrado neste Parecer. Não é a citada Lei Complementar o instrumento legal próprio para regular essas situações. Assim, recomendo ao Chefe Maior daquela Instituição que submeta à consideração do Chefe do Executivo, projeto de Lei Complementar relativo aos Policiais Militares a fim de que sejam supridas as lacunas atualmente existentes.

De igual modo, conforme referi na resposta à quarta questão formulada pela PMAM, faz-se necessário, com a maior urgência possível, que seja editado pelo Chefe do Executivo, o decreto regulamentador enumerando quais as doenças a serem consideradas para efeito de aposentadoria ou reforma por invalidez permanente, com proventos integrais, uma vez que o art. 13 da citada LC 30 fixou que as doenças graves, contagiosas ou incuráveis seriam definidas por regulamento próprio. Na oportunidade, submeto à consideração do Chefe do Executivo minuta de projeto de decreto enumerando tais doenças, regulamentando, assim, o referido dispositivo legal.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO-PPE/
PGE, em Manaus (AM), 13 de junho de 2002.**

Ana Eunice Carneiro Alves
Procuradora do Estado

MINUTA DE DECRETO**DECRETO Nº , DE DE JUNHO DE 2002****REGULAMENTA o art. 13 da Lei
Complementar nº 30, de 27.12.01**

O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS, no exercício da competência que lhe confere o art. 54, VIII, da Constituição Estadual,

CONSIDERANDO que o art. 13 da Lei Complementar nº 30, de 27.12.01, remeteu a regulamento a definição das doenças graves, contagiosas ou incuráveis determinantes das aposentadorias por invalidez com proventos integrais,

DECRETA

Art. 1º - Para fins de aposentadoria por invalidez permanente, bem como reforma, com proventos integrais, nos termos da ressalva constante do art. 13 da Lei Complementar nº 30, de 27.12.01, consideram-se como doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, acidente vascular e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Art. 2º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

**GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO
AMAZONAS, em Manaus, de junho de 2002.**

AMAZONINO ARMANDO MENDES
Governador do Estado

PROCESSO Nº 1.701-PGE

ASSUNTO: Regime jurídico dos militares do Estado. Alterações decorrente da Emenda Constitucional 20 e da Lei Complementar Estadual 30/01.

INTERESSADO: O Comandante-Geral da Polícia Militar do Amazonas

DESPACHO:

Acolho o Parecer nº 049/02-PPE/PGE, às fls. 082/96, e endosso a recomendação feita no sentido de ser editado sem demora o regulamento de que fala o art. 13 da Lei Complementar nº 30.

A propósito, sugiro ao Dr. Procurador-Geral que, na hipótese de concordar com o texto proposto, submeta-o diretamente ao Chefe do Poder Executivo.

Encaminhe-se.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUÁRIO-PPE/PGE,
em Manaus (AM), 14 de junho de 2002.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1701/02-PGE

ASSUNTO: Normas Constitucionais aplicáveis aos Policiais Militares.
Consulta.

INTERESSADO: COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO
AMAZONAS

DESPACHO:

APROVO o Parecer nº 049/2002 – PPE/PGE, da lavra da Procuradora do Estado, **DRA. ANA EUNICE CARNEIRO ALVES**, acolhido pelo Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário – PPE/PGE, **DR. FRÂNIO A. LIMA**.

ENCAMINHE-SE os autos ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Amazonas, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO,
Manaus (AM), 26 de junho de 2002.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1.203/02-PGE

ASSUNTO: Interpretação da alteração constitucional decorrente da Emenda nº 34/01.

INTERESSADO: O Diretor-Presidente da Fundação de Medicina Tropical - FMT

PARECER Nº 051/02-PPE/PGE

CARGOS E EMPREGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. IDENTIFICAÇÃO, PARA EFEITO DA ACUMULAÇÃO CONSENTIDA PELO INCISO XVI, C, DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Nos termos da redação dada pela Emenda Constitucional 34/01 à alínea c do inciso XVI do art. 37 da C. F., a acumulabilidade de dois cargos ou empregos públicos privativos de profissionais de saúde só ocorre se, em princípio, regulamentadas as correspondentes profissões.

- Contam-se pelo menos 19 profissões próprias da área de saúde com regulamentação específica.

- Ainda que implique cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, não será considerada lícita a acumulação enquanto não declarada a compatibilidade dos horários das duas ocupações.

- No âmbito da Administração Estadual, por força do disposto no art. 8º da Lei 2.531/99, desqualifica-se a acumulação lícita de dois cargos ou empregos públicos (mesmo que o outro seja federal ou municipal) se o servidor também integra cooperativa ou empresa de seu ramo profissional que presta serviços a órgão, autarquia ou fundação do Estado.

Pede o Diretor-Presidente da Fundação de Medicina Tropical à Procuradoria Geral do Estado um parecer acerca da Emenda

Constitucional 34/01 (que deu nova redação à alínea c do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal), sem especificar o enfoque.

São vários os ângulos que podem ser focados num estudo jurídico da alteração imprimida à Lei Máxima pela emenda em caso. Todavia, dada a procedência do pleito — uma instituição empregadora de largo espectro de especialistas nos campos da pesquisa e controle de endemias e da correspondente assistência médica —, estou em que o interesse objetiva, ao fim, a identificação dos cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Justifica-se, se for tal o objetivo. É que, na área estatal da saúde (compreendidos nesse conceito tanto os órgãos do setor integrantes da Administração Direta como as entidades autárquicas e fundacionais do ramo), até a data da promulgação daquela EC 34 (13 de dezembro/01), não era admitida senão a acumulação de dois postos de trabalho privativos de médico.

Essa possibilidade, aliás, existia em forma de preceito de excepcionalidade, cuja concepção, mesmo assim, tardou, pois veio a dar-se somente no ocaso da quarta Carta Republicana. Sob a Constituição de 1891 e a de 1937 (nos arts. 73, *in fine*, e 159, respectivamente), o Direito Brasileiro consagrava expressas regras vedatórias de toda modalidade de acumulação remunerada. A Carta de 1934 (no § 1º do art. 172) e o primitivo texto da de 1946 (no art. 185) contemplaram exceções, restritas, porém, naquela, às hipóteses de “cargos do magistério e técnico-científicos” e, nesta, a um cargo de juiz com um de professor de nível médio ou universitário, de dois de magistério e de um de magistério com outro técnico ou científico. Foi com a EC 20—CF/46, de 25 de maio/66, que o legislador acresceu a esse rol o acúmulo de dois cargos “destinados a médico”. Isso, em gênero, não seria alterado nem com o texto originário da CF/67 nem com o texto imposto pela autoritária Emenda 1/69, como pode ser visto do art. 97 daquele e do 99 deste.

É verdadeiro, o constituinte de 1988, no corpo permanente da Carta de 05 de Outubro, manteve as exceções naqueles limites —

a) dois cargos de professor; b) um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) dois cargos privativos de médico, *tudo conforme o inciso XVI do art. 37 —, mas, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estendeu a garantia da acumulação a todos os servidores que naquela data estivessem no exercício de dois cargos ou empregos próprios da área de saúde, indiscriminadamente, dizendo desta forma:*

Art. 17 — (Omissis)

(.....)

§ 2º — É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta. (Gg. nn.).

A hipótese desse transitório § 2º é o que veio a ser, enfim, o objeto da ora estudada Emenda Constitucional 34/01. Por meio desta, o legislador alterou a redação da alínea c do dispositivo permanente de regência da matéria, o qual, no todo, passou a ter este teor:

Art. 37 — (Omissis)

(.....)

XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Diante disso, o que resta, a partir daqui, é indagar de quais são tais cargos ou empregos; ou, diretamente, em outras palavras: de quais são as profissões da área de saúde devidamente regulamentadas.

De começo, registre-se que, ao grafar a locução “com profissões regulamentadas”, o legislador não logrou nada além do que

inserir na nova redação da transcrita alínea *c* uma figura de reforço. Afinal, em termos estritamente legais, só há falar-se de profissionais se em relação a exercentes de atividade laboral disciplinada por regulamento próprio, assentado em normas federais. Com efeito, legislar sobre matéria de tal ordem é competência privativa da União, conforme imposição da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

(.....)

XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões. (Gg. nn.).

Assim entendido, considerado o campo de seu exercício, é possível elaborar-se a seguinte lista de profissões da área de saúde, com indicação das respectivas leis de regulamentação:

- 1 — Médico (Leis 3.268/57, 5.695/71 e 6.681/79);
- 2 — Odontólogo (Leis 5.081/66 e 6.215/75);
- 3 — Enfermeiro (Lei 7.498/86 e Decreto 94.406/87);
- 4 — Psicólogo (Lei 4.119/62 e Decreto 53.464/64);
- 5 — Farmacêutico (Lei 3.820/60 e Decreto 85.878/81);
- 6 — Fonoaudiólogo (Lei 6.965/81 e Decreto 87.218/82);
- 7 — Fisioterapeuta (Lei 6.316/75 e Decreto-Lei 938/69);
- 8 — Terapeuta Ocupacional (Lei 6.316/75 e Decreto-Lei 938/69);
- 9 — Nutricionista (Lei 8.234/91);
- 10 — Profissional de Educação Física (Lei 9.696/98);
- 11 — Biólogo (Leis 6.684/79 e 6.686/79);
- 12 — Biomédico/Analista Laboratorial (Leis 6.684/79 e 6.686/79);
- 13 — Médico Veterinário (Lei 5.517/68 e Decreto 64.704/69);
- 14 — Assistente Social (Lei 8.662/93);
- 15 — Técnico de Laboratório (Resolução Normativa 99/86, do Conselho Federal de Química, por delegação da Lei 2.800/56);
- 16 — Técnico de Enfermagem (Lei 7.498/86 e Decreto 94.406/87);
- 17 — Auxiliar de Enfermagem (Lei 7.498/86 e Decreto 94.406/87);

- 18 — Parteiro (Lei 7.498/86 e Decreto 94.406/87);
19 — Técnico em Radiologia/Operador de Raio X (Lei 7.394/85).

Desse rol, registro que as primeiras quatorze profissões são de formação universitária, constituindo o elenco de categorias profissionais de saúde de nível superior definidas como tais pelo Conselho Nacional de Saúde. Isso está firmado na Resolução nº 287/98 do CNS, com a nota de que a caracterização dos Assistentes Sociais, Biólogos, Biomédicos e Médicos Veterinários como profissionais de saúde “deve ater-se a dispositivos legais e aos Conselhos de Classe dessas categorias”. Já as profissões relacionadas do nº 15 ao 19 são de nível médio, considerando-se seus exercentes como profissionais de saúde — para os efeitos da ressalva constitucional — em razão da formação técnica que os respectivos regulamentos legais lhes exigem.

Por prevenção, realço: não tenho como exaustiva a relação que venho de elaborar. A despeito do propósito de produzir uma lista completa, é possível que alguma outra profissão da área de saúde, *devidamente regulamentada*, tenha me escapado do levantamento. A qualquer tempo, todavia, mediante provocação, poder-se-á voltar ao estudo do tema.

Posto isso, cumpre-me, por fim, destacar mais o seguinte:

- a licitude da acumulação se condiciona à compatibilidade entre os horários dos dois cargos ou empregos. É essa uma expressa exigência constitucional (inciso XVI do art. 37), competindo aos interessados a correspondente prova. Aos servidores estatutários, consoante o art. 145 da Lei 1.762/86, é exigido apenas que façam uma declaração a respeito, obviamente sob o compromisso da verdade;

- no âmbito da Administração Estadual desqualifica-se a licitude da acumulação de dois cargos ou empregos públicos (mesmo que o outro seja federal ou municipal) quando o servidor integra cooperativa ou empresa de seu ramo profissional que preste serviços a algum a órgão, autarquia ou fundação do Estado. É que a Lei 2.531/

99 estende a quem se enquadrar nessa hipótese as disposições da Lei 1.762/86 relativas à vedação de acumulação e as respectivas exceções, desta forma:

Art. 8º — As regras do art. 144 da Lei nº 1.762, de 14 de novembro de 1986, são aplicáveis aos servidores que prestem serviços ao Estado, suas autarquias e fundações em decorrência de contrato celebrado com cooperativas ou empresas de qualquer natureza.

É o meu parecer, até melhor juízo.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO-PPE/
PGE, em Manaus (AM), 18 de junho de 2002.**

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1203/02-PGE

ASSUNTO: Interpretação da Alteração Constitucional decorrente da
Emenda nº 034/01

INTERESSADO: FUNDAÇÃO DE MEDICINA TROPICAL – FMT.

DESPACHO

APROVO o Parecer nº 051/02 – PPE/PGE, da lavra da
Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário – PPE/PGE,
DR. R. FRÂNIO A. LIMA.

ENCAMINHE-SE os autos à Fundação da Medicina Tropical
– FMT, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO,
Manaus, (AM), 26 de junho de 2002.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

**PROCESSO Nº 3.350/01-PGE (5.757/01 – SUDAM – 5.585-01 – SEAD
11.747/01 – SUSAM – 2.006/02 – SUSAM)**

ASSUNTO: Pedido de afastamento de servidor para desempenho de mandato de representação classista.

INTERESSADO: Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Área de Saúde

PARECER Nº 059/02-PPE/PGE

SERVIDOR ELEITO PARA DESEMPENHO DE MANDATO EM ENTIDADE DE CLASSE. LICENÇA DO SERVIÇO. REGULAÇÃO DA LEI 2.709/01.

— A Lei nº 2.709, de 27 de dezembro de 2001, assegura ao servidor estadual o direito a licença remunerada para o desempenho de mandato em associação ou sindicato de sua categoria funcional.

— Não poderá ser superior a três por entidade o número de servidores licenciados e deverão de ser de direção os cargos a serem desempenhados.

Por meio de expediente que veio a dar origem ao Processo nº 5.757/01-SUSAM, o Sindicato dos Trabalhadores da Saúde do Amazonas-SINDSAÚDE, fundando-se no § 7º do art. 110 da Constituição do Estado, pediu à Secretaria da Saúde (fl. PGE-21) a “disposição” sem ônus de duas servidoras investidas em cargos de sua diretoria executiva eleita para o período de 2001/2004.

Levados os autos à Secretaria da Administração, a Assessoria Técnica, às fls. PGE-035/37, enquadrou inicialmente a matéria no Decreto 21.683/01 (cujo teor disciplina a concessão de disposições de servidores do Executivo para os outros poderes e os municípios do Estado e para os demais entes da Federação). Depois, considerou inviável o pedido, invocando, com cópia, o Parecer 027/

01-PPE/PGE, pelo qual a Procuradoria – na linha de entendimento firmado por esta PPE desde o despacho conclusivo exarado no Processo 0519/91-PGE – recomendara à Administração a não-aplicação do apontado dispositivo da C. E., por estar o Estado questionando sua constitucionalidade junto ao STF.

Em seguida, ainda na SEAD, manifestou-se a respeito a Consultoria Geral dos Sistemas (fls. PGE-049/50), que entendeu caber para o caso o citado parecer desta Procuradoria. O digno Secretário da Administração, então, à fl. PGE-051, propôs o indeferimento do pleito à SUSAM, do que esta, à sua vez, deu ciência às servidoras cujo afastamento fora solicitado.

Inconformado com o desfecho, o SINDSAÚDE dirigiu à Secretaria da Saúde outro requerimento (fl. PGE-02) – do qual se originou novo processo (de nº 11.747/01-SUSAM) —, agora solicitando o encaminhamento à Procuradoria do feito anterior. É que este, segundo o órgão classista, cuidaria de "situação diversa daquela tratada pelo parecer juntado aos autos", bem como também porque tal pronunciamento "contraria o Parecer nº 014/00-PPE/PGE", emitido a propósito de solicitação de licença a servidores eleitos para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores em Educação, no qual a PGE "manifestou-se pelo afastamento de 3 (três) diretores, utilizando-se por analogia da regra insculpida na Lei nº 8.112/90".

O requerimento do SINDSAÚDE acabou atendido e, juntos, vieram para a PGE o Processo nº 11.747/01-SUSAM e cópia do de nº 5.757/01-SUSAM.

Ao realizar o exame de seu ofício, materializado com o Parecer 076/01-PPE/PGE, de 28 de setembro/01 (às fls. 055/58), esta Procuradoria do Pessoal Estatutário concluiu pela subsistência do entendimento exposto nos aludidos pareceres de nºs. 027/01 e 014/00-PPE/PGE. Recomendou, então, que a Administração não autorizasse o afastamento das servidoras, anotando, todavia, que, para possibilitar licenças de tal natureza no futuro, já tramitava na Assembléia Legislativa projeto de lei da iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Não ficou só nisso, porém, a manifestação em referência. Ali, ainda, sua ilustre autora, a Dra. Procuradora Ana Eunice Alves, com a precisão e firmeza habituais, rebateu a afirmação de que um dos dois questionados pareceres contrariara o outro, ressaltando, esclarecedoramente:

“(...) há um equívoco por parte do representante legal do SINDSAÚDE quando, ao ler o Parecer nº 014/00-PPE/PGE, entendeu que esta PGE recomendou a aplicação pelo Estado do Amazonas aos seus servidores, por analogia, da regra insculpida no art. 92 da Lei nº 8.112/90.

(.....)

“O que esta Procuradoria recomendou, por entender de relevante cunho social norma que assegure a servidores eleitos para desempenhar função sindical afastamento remunerado do cargo efetivo, foi que o Estado do Amazonas seguisse o modelo federal – que possui norma específica sobre a matéria – encaminhando projeto de lei à Assembléia Legislativa, com vistas a regulamentar o afastamento de servidor público para desempenho de mandato classista. De se registrar, por oportuno, que a recomendação de seguir o modelo federal refere-se apenas ao número de servidores a serem afastados, porque naquele âmbito esse afastamento ser dá sem remuneração”.

Aprovado por esta chefia e pelo Dr. Procurador-Geral do Estado, esse parecer foi remetido com o correspondente processo à SUSAM. Lá, nos autos (à fl. 60), por despacho de 03 de janeiro/02, o Secretário Executivo da Pasta mandou que o Gabinete notificasse o Interessado a respeito.

Essa determinação foi cumprida. Em consequência, não demorou muito para que o SINDSAÚDE voltasse à presença do Secretário da Saúde por intermédio de outra petição, autuada sob o nº 2.006/02-SUSAM e juntada ao processo às fls. PGE-063/64. Na nova

peça, agora, requer o Interessado que o titular da Pasta reconsidere a decisão indeferitória, em face do advento da Lei 2.709/01.

Até aqui, o relatório.

É incontestável a arguição com que o SINDSAÚDE volta ao assunto. Em verdade, para o pedido de fundo, pode-se, enfim, dizer: Temos lei!

Com efeito, mais pródiga até do que a Lei 8.112/90 na atual redação da seção dedicada ao tema, foi editada a 27 de dezembro/01 a Lei 2.709, que veio a estabelecer:

Art. 1º — É assegurado ao servidor o direito a licença para o desempenho de mandato em associação de classe ou sindicato representativo de sua categoria, com a remuneração do cargo efetivo, observados os seguintes princípios:

I — somente poderão ser licenciados servidores eleitos para cargos de direção em associação de classe ou sindicato, até o máximo de 03 (três) por entidade;

II — a licença terá duração igual à do mandato, podendo ser prorrogada, no caso de reeleição, e por uma única vez;

III — o tempo de serviço do servidor estável afastado na hipótese do caput deste artigo será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

IV — a contagem do tempo de serviço do servidor não-estável afastado na hipótese do caput deste artigo será interrompida, reiniciando-se quando do retorno às suas atividades funcionais.

Se assim é, tendo como atendida in casu a condição fundamental imposta pela Lei 2.709/01 — pois as duas servidoras indicadas no expediente de fl. PGE-21 foram *eleitas para cargos de direção (Presidente e Secretário-Geral, conforme a ata da posse, às fls. PGE 22/23)* —, *estou em que pode o Secretário de Estado da*

Saúde conceder a elas a licença remunerada perseguida pelo SINDSAÚDE, fixando na portaria concessória, como data do término do afastamento, o dia 11 de abril de 2004, quando se extinguirão os mandatos de ambas.

O mais que aqui poderia ser dito é o que claramente já dizem a parte final do inciso II e os incisos III e IV do transcrito art. 1º da Lei 2.709/01.

Assim me parece.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE, em
Manaus, 18 de julho de 2002.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 3350/2001-PGE (5757/01-susam – 5585-01-SEAD-1147/01-SUSAM-2006/02-SUSAM)

ASSUNTO: Pedido de afastamento de servidor para desempenho de mandato de representação classista.

INTERESSADO: SINDICATO DOS TRABALHADORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE

DESPACHO

I – APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer nº 059/02-PPE/PGE, da lavra do douto Procurador-Chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário – PPE/PGE, DR. R. FRÂNIO A. LIMA.

II - DEVOLVAM-SE, os autos à Secretaria de Estado da Saúde - SUSAM, com a observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO,
Manaus (AM), 30 de julho de 2002.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 3468/2002-PGE.**ASSUNTO:** Liberação de ramal para trânsito de veículos e pessoas.**INTERESSADO:** LAURO ADRIANO MARTINS CARDOSO.**PARECER Nº 019/2002-PPIF/PGE.****DIREITO ADMINISTRATIVO. IMÓVEL PÚBLICO AFETADO. INDISPONIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO DE USO. ATO DISCRICIONÁRIO.**

Não existe direito subjetivo ao uso individual, extraordinário ou exclusivo, de bem público para fim não convergente com a destinação que lhe foi dada pelo Estado. Inteligência dos princípios da supremacia e da indisponibilidade dos interesses e bens públicos.

Não obstante, a critério da Administração, poderá ser autorizado eventualmente o uso singular, em caráter precário, efêmero e revogável, desde que não haja prejuízo ao interesse público, especialmente à regular utilização administrativa do imóvel de uso especial.

Senhor Procurador-Geral,

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Justiça pede o parecer desta Procuradoria-Geral a propósito do requerimento formulado por L. A. M. CARDOSO.

O referido particular solicitou à Secretaria consultante a liberação de um ramal localizado ao lado direito do Complexo Penitenciário do Puraquequara, para fins de passagem, afirmando que se utilizava dessa trilha há vários anos, até ter sido recentemente impedido de continuar a fazê-lo, por ordem do Diretor do Complexo Penitenciário.

Instruem os autos:

a) fotocópias do local (fls. 08 a 12);

b) informação do Diretor do Departamento do Sistema Penitenciário, esclarecendo que o terreno pretendido pelo particular pertence ao Estado do Amazonas (cota de fls. 13);

c) parecer exarado pela assessoria jurídica da SEJUSC (fls. 16 a 17).

É o relatório.

Considerando a informação lançada pela Secretaria Consultante, no sentido de que o terreno cuja utilização está sendo pretendida pelo Interessado pertence ao Estado do Amazonas e que se encontra afetado à implantação do Complexo Penitenciário do Puraquequara, denota-se claramente que a Administração Pública não está obrigada a deferir o pedido formulado e a tolerar o uso pretendido.

É que não existe *a priori* direito subjetivo de se utilizar individual, extraordinária ou exclusivamente, de bem público para fim não coincidente com a destinação que lhe foi dada pelo Estado. Essa regra é válida tanto para os agentes públicos quanto para os particulares, enquanto utentes do imóvel.

Ora, os bens públicos estão sujeitos a um regime jurídico especial, que lhes confere os atributos da inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração, conforme prescreve a norma dos arts. 183, § 3º, e 191, § 3º, da CR/88 e arts. 67 e 69 do CCB.

Acerca do assunto, Diógenes Gasparini¹ afirma com justeza que:

¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6ª ed., São Paulo, p. 674

“Da impenhorabilidade e da inalienabilidade exsurge a impossibilidade de oneração dos bens públicos, isto é, a não-oneração. O administrador público (Prefeito, Governador, Presidente) não pode gravar livremente os bens que estão sob sua guarda, conservação e aprimoramento. Em outras palavras, esses agentes, porque não são os donos desses bens, não podem onerá-los.”

“Não se acham segundo esse princípio, os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e estes não são seus senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão-só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição (RDA, 107:278) e para tantas outras atividades a cargo dos órgãos e agentes da Administração Pública.”²

Em idêntico diapasão, leciona Hely Lopes Meirelles:

“(…) o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia.”³

Logo, sendo indisponíveis, os bens públicos não são passíveis de livre utilização, a qual somente poderá ser feita em conformidade com a lei.

Aliás, observados os termos da Lei, cumpre à Administração

² *Op. cit.*, p. 16-17.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. Malheiros Editores, 2001. p.95-96.

Pública definir a utilização e destinação do bem público, empregando-o ao uso comum do povo ou a determinado uso especial.

Quando um imóvel público recebe da Administração Pública uma destinação específica, diz-se que ele foi afetado. A afetação pode ser para o *uso comum* do povo - se destinado ao uso da população de modo geral -, ou ao uso especial.

O uso especial é aquele próprio para destinar o bem "(...) especialmente à execução de serviços públicos e, por isso mesmo, são considerados instrumentos desses serviços; não integram propriamente a Administração, mas constituem o aparelhamento administrativo (...). Tais bens, como têm finalidade pública permanente, são também chamados de *bens patrimoniais indisponíveis*."⁴

Na hipótese em tela, trata-se justamente de bem público de uso especial, pois o imóvel, segundo consta, encontra-se destinado à implantação do Complexo Penitenciário do Puraquequara. Sendo assim, o uso que a Administração e o cidadão podem dele fazer é somente aquele que corresponde às atividades inerentes e exigíveis ao Complexo Penitenciário. Qualquer utilização distinta e incompatível é vedada e, pois, não assegurada pela ordem jurídica.

Nada obstante, forçoso ressaltar que o Administrador Público, em casos excepcionais, poderá deferir a particulares a utilização de imóvel de uso especial empregado no serviço público, havendo conveniência e sendo oportuna a medida, observados os princípios que regem a Administração Pública e suas decorrências.

A utilização excepcional de bem afetado ao serviço público, por particular, pode ser admitida em três situações:

a) quando a própria destinação principal do bem é voltada a essa modalidade de utilização, isto é, ao uso especial por particular, como acontece v.g. em um mercado público;

b) para fins acessórios e úteis à destinação principal do

⁴Op. cit. p. 481.

bem, como, por exemplo, para a instalação de lanchonetes e postos bancários em repartições públicas;

c) para o desempenho de atividade efêmera, episódica de curta duração, de mero interesse particular, indiferente ao interesse público e à destinação principal do bem. "São comuns para a ocupação de terrenos baldios, para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras utilizações de interesse de certos particulares, desde que não prejudiquem a comunidade nem embarquem o serviço público."⁵

Ocorre que, no caso em tela, tendo em vista a natureza da pretensão manifestada pelo particular interessado, é possível cogitar a verificação da terceira hipótese acima aventada, vez que se pode configurar, em tese, a passagem sobre terreno público como atividade esporádica, irrelevante ao interesse ao público *a priori*.

Diante dessa possibilidade, convém apontar que, nessa situação, o uso particular poderá ser viabilizado adequadamente mediante o instituto da autorização de uso, cuja definição colhe-se do magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Autorização de Uso é o ato administrativo pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público. Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é ato unilateral, porque não obstante outorgada mediante provocação do interessado, se perfaz com a exclusiva manifestação da vontade do poder público, discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo condições de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração, precário no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se tornar contrário ao interesse público."⁶

Nesses termos, autorização de uso é ato administrativo mediante o qual a Administração Pública defere ao particular a utilização de bem público, em caráter discricionário, portanto, revogável

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 485

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª ed. Ed. Atlas, p. 540/1.

e extremamente precário, justamente nos casos em que se trata de atividade particular passageira e irrelevante, meramente tolerada pelo Poder Público.

Contudo, em que pese a ressalva, mantém-se a conclusão no sentido de que o particular não tem direito subjetivo ao uso pretendido. É que, como acima definido, a autorização de uso é ato administrativo discricionário, cuja expedição, portanto, é meramente facultada à Administração Pública, caso a atividade particular seja conveniente e não vá de encontro ao interesse público, notadamente à destinação principal do imóvel.

Assim, na situação vertente, cumpre ao Administrador aferir se o trânsito pretendido pelo particular condiz ou não com as atividades do complexo penitenciário, pois, caso haja incompatibilidade, riscos ou inconveniência poderá indeferir o pedido. Caso contrário, aferida a possibilidade de se franquear a passagem do particular sobre o terreno, sob o ponto de vista da adequação com as atividades ali empreendidas, poderá o Administrador Público expedir alvará de autorização de uso, revogável a qualquer tempo, utilizando minuta-padrão desta Procuradoria-Geral, com vistas a promover uma eventual conciliação do interesse público com o particular.

Por todo o exposto, concluo que o interessado não tem direito subjetivo de usar o imóvel público, cumprindo à autoridade consulente decidir o requerimento, segundo critérios próprios de conveniência e oportunidade, vedando o uso caso este seja prejudicial e incompatível com a destinação do bem ou, caso contrário, autorizar o uso, em caráter precário e revogável.

É o parecer, o qual submeto à sua apreciação.

**PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E
FUNDIÁRIO – PPIF/PGE, em Manaus (AM), 09 de setembro de 2002.**

Ruy Marcelo Alencar de Mendonça
Procurador-Chefe

Karla Brito Novo
Estagiária da PGE/AM

PROCESSO Nº 3468/2002-PGE.**ASSUNTO:** Liberação de ramal para trânsito de veículos e pessoas.**INTERESSADO:** LAURO ADRIANO MARTINS CARDOSO.**DESPACHO**

I - APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos o PARECER nº 019/2002 – PPIF/PGE, da lavra do ilustre Procurador-chefe, da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário – PPIF/PGE, Dr. RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA.

II – DEVOLVAM-SE os autos à Secretaria de Estado da Justiça, Direitos Humanos e Cidadania – SEJUSC, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus (AM), 12 de setembro de 2002.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 2623/2002

ASSUNTO: Término de contrato por tempo determinado em período eleitoral

INTERESSADO: SUSAM

PARECER Nº 03/2002-PPT/PGE

A VEDAÇÃO CONTIDA NO INCISO V, DO ART. 73, DA LEI 9.504/1997, NÃO IMPEDE A DESCONSTITUIÇÃO DE CONTRATO, COM TEMPO CERTO, QUANDO O TERMO AD QUEM OCORRER NO PERÍODO ELEITORAL.

- O inciso V, do art. 73, da Lei 9.504/1997, proíbe a contratação e dispensa de servidores, na *circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos*, entretanto, não veda a desconstituição de contrato, com tempo certo e determinado, quando o término desse ocorrer durante o denominado "período eleitoral".

- A alínea "d", do dispositivo acima transcrito, autoriza a *contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais*, desde que haja autorização prévia e expressa do Chefe do Poder Executivo, *in casu*, Governador do Estado do Amazonas, com observância do seguinte: tempo determinado, atendimento a necessidade temporária e excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF); e os princípios da legalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativas (art. 37, da CF).

Senhora Procuradora Chefe:

A Gerência de Recursos Humanos / DEAF – SUSAM, através do MEMO nº 153/2002 – SRC – GRH, solicitou providências ao Diretor do Departamento de Administração e Finanças – DEAF – SUSAM nos seguintes termos:

a) informa que possui mais ou menos novecentos servidores contratados por tempo certo, trabalhando no P. S. da Criança Zona Leste, P. S. Dr. João Lúcio e nos Centros de Atenção à Criança – CAIC, cujos contratos com prazo de vinte e quatro meses expiram em agosto/setembro/outubro/novembro e dezembro/2002 e, de conformidade com as Leis Estaduais 2.607, de 30/06/2000 e 2.673 de 27/08/2001, não pode mais haver prorrogação desses contratos;

b) solicita, qual o procedimento que deve adotar, sabendo-se que o término desses contratos coincidem com o período eleitoral, tendo em vista as vedações aos agentes públicos contidas no inciso V, do artigo 73, da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997.

O processo foi encaminhado à Assessoria Jurídica da SUSAM para análise e parecer, que após um breve despacho, entendeu que a matéria era complexa e sugeriu que os autos fossem encaminhados à PGE para análise e parecer conclusivo.

Ao analisar os autos, verifiquei a inexistência de parecer conclusivo do ente da Administração Direta interessada - SUSAM, e do ente da Administração Direta responsável pelas contratações – SEAD, obstando a manifestação da PGE sobre a matéria, de acordo com os §§ 4º e 5º, do art. 3º, da Lei Estadual nº 1.639, de 30 de dezembro de 1983 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado).

O processo foi remetido à SEAD, cuja conclusão do parecer nº 373/2002-CJ-SEAD, da lavra do Consultor Dr. Rômulo Corrêa, transcrevo a seguir:

“1. A duração dos contratos deve obedecer o prazo originalmente previsto (Art. 4º, Lei 2.616/00), tendo em vista que constituem avenças por prazo determinado, não sujeitos, por assim, às restrições constantes do item V do Art, 73, da Lei 9.504/97, já citado;

2. Ressalvadas das proibições verificadas no dispositivo acima citado, as contratações para o funcionamento inadiável de

serviços essenciais, como no presente caso, não sofrem solução de continuidade (Art. 73, V, "d" da Lei nº 9.504/97);

3. Verificada situação de emergência pela necessidade da implementação de novas contratações em tempo exíguo, poderá ser dispensado o processo seletivo simplificado (§ 1º do Art. 3º da Lei nº 2.616/00);

4. O prazo das referidas contratações deve corresponder ao período em que se considere afastada a possibilidade de comprometimento do serviço (Parágrafo único do Art. 4º da Lei nº 2.616/00)."

É o relatório.

Passo a opinar:

O digno Consultor da SEAD, respondeu a questão analisada com sapiência, restando a PGE, ratificar os termos do Parecer, tecendo algumas considerações sobre a matéria:

A Lei 9.504/1997, com a finalidade de resguardar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, principalmente os da moralidade e probidade administrativas, fez constar a proibição de contratar e dispensar servidores no período eleitoral, evitando assim, no âmbito da Administração, a contratação e demissão com interesses espúrios, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou, favorecer alguém.

Entretanto há uma clara distinção entre essas hipóteses e a do caso em análise, vez que, o contrato efetuado com esses servidores, foi por tempo determinado, sendo uma relação jurídica constituída antes das eleições, inclusive com o término estipulado, portanto, não se enquadra na vedação contida na legislação eleitoral

Para corroborar esse entendimento, mister se faz aqui, transcrever aresto da decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de

Justiça, em situação análoga, prevista pela Lei 8.713/1993, cuja ementa é a seguinte:

“RESP – ADMINISTRATIVO – CONTRATO – PERÍODO ELEITORAL – A fim de resguardar a probidade administrativa a lei veda a contratação e dispensa de servidores, no chamado período eleitoral. A proibição não impede a desconstituição do contrato, de tempo certo, se o termo ad quem ocorrer no referido período.”
(Recurso Especial nº 120.351-PA (97/0011788-0, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Recorrente: Estado do Pará, publicado no DJ de 27/10/1997).

Entretanto, mais adiante, a alínea “d”, do inciso V, do art. 73, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Estabelece normas para eleições), ressalva a hipótese de nomeação ou contratação, *desde que necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo.*

Obviamente, a legislação supra, refere-se à contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista no art. 37, IX, da CF.

Portanto, mister se faz aqui, transcrever os ensinamentos de R. Reis Friede, no Curso de direito administrativo: (em forma de perguntas e respostas – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993 – 1ª edição, p. 330, transmitindo o pensamento do Professor Nagib Slaibi Filho, nos seguintes termos:

“Segundo o Prof. Nagib, havendo previsão legal, poderão as entidades federativas contratar pessoal para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).

A Autorização legal pode ser federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal e poderá valer para a Administração direta, indireta ou fundacional.

No entanto, a Constituição, claramente visando à repressão ao nepotismo e clientelismo à custa do Erário, exige:

1 – previsão legislativa;

2 – ... *omissis*

3 – tempo determinado, isto é, fixação de termo final ou de condição suspensiva, expressos no contrato;

4 – atendimento a necessidade temporária – isto é, atividade que por sua característica não possa ser permanente e habitual. Por exemplo, a existência de greve, ou calamidade pública ou até mesmo serviço específico que não possa ser realizado pelos meios normais da Administração ou por contratação de obras e serviços;

5 – excepcional interesse público – não basta o interesse público comum, como, por exemplo, a continuidade normal dos serviços. A Constituição, ao se referir a “excepcional”, não o faz desnecessariamente, mas institui elemento normativo que deve ser apreciado a cada caso concreto;

6 – ... *omissis*;

7 – se a lei dispensou o concurso público, em face de condições excepcionais, não poderá, no entanto, dispensar o princípio da publicidade inscrito no art. 37, caput, devendo a contratação ser precedida, mesmo que sem concurso, por editais, ainda que por prazo exíguo, garantindo, assim, o direito democrático de todos em ser contratados;

8 – cessado o tempo determinado, automaticamente perde o contrato a sua eficácia, não se prorrogando em hipótese alguma.
(Grifei)

Somente a título de enriquecimento aos ensinamentos acima transcritos, transcrevo o comentário de Ademir Ismerim Medina, em

Comentários à Lei Eleitoral – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2002, página 138, *verbis*:

“É vedada a movimentação funcional, proibindo-se, desde os 3 (três) meses anteriores ao pleito até a posse dos eleitos, atos de nomeação, contratação, demissão e demais verbetes contidos no dispositivo da lei, considerando-se nulos, se praticados.

Andou bem o legislador quando vedou a contratação política que, por vias travessas, são utilizadas para obtenção de votos. Da mesma forma, quando consolidou a ressalva da possibilidade de serem nomeados e demitidos ocupantes de cargos em comissão; nomeados os aprovados em concurso com homologação anterior aos três meses do pleito; bem como nomeados os magistrados, membros de Tribunais de Contas e do Ministério Público, entre outros.”

Assim, tenho que as conclusões contidas no parecer nº 373/2002-CJ-SEAD, está consubstanciado na Lei 9.504/1997, e espelha a melhor exegese do direito.

É o parecer, *sub censura*.

Encaminho os autos à consideração superior.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO-PPT/PGE,
em Manaus (AM), 19 de julho de 2002.

Vivien Medina Noronha
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 2623/2002 – PGE

INTERESSADO: SUSAM

ASSUNTO: Término de contrato por tempo determinado em período eleitoral

DESPACHO:

I – **ACOLHO**, integralmente por seus jurídicos fundamentos, o Parecer nº 003/2002 – PPT/PGE, da lavra da ilustre Procuradora do Estado, Dra. VIVIEN MEDINA NORONHA, que ratificou os termos do Parecer 373/2002 – CJ-SEAD.

II – Encaminhem-se o processo ao Sr. Procurador – Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/ PGE,
Manaus 19 de julho de 2002.

Alzira Farias Almeida da Fonseca de Goes
Procuradora-chefe

PROCESSO Nº 2623/2002 – PGE

ASSUNTO: Término de contrato por tempo determinado em período eleitoral

INTERESSADO: SUSAM

DESPACHO:

I – APROVO, o Parecer nº 003/2002 – PPT/PGE, da lavra da Procuradora do Estado, Dra. VIVIEN MEDINA NORONHA, acolhida pela ilustre Procuradora-Chefe da PPG/PGE, Dra. ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES.

II – DEVOLVAM-SE os autos à Secretaria de Estado da Saúde - SUSAM, com a observância das formalidades de praxe.

GABINETE DA SUBPROCURADORA-GERAL DO ESTADO, em Manaus (AM) 08 de agosto de 2002.

INDRA MARA BESSA

Subprocuradora-Geral do Estado

PROCESSO Nº 004/92.

CONSULENTE: Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial Comum.

INTERESSADO: O Estado do Amazonas.

PARECER Nº 03/2002 – PJC/PGE

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – EFEITOS DA LIMINAR E AJUSTAMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS FORMADAS SOB SEU IMPÉRIO E POR SUA INFLUÊNCIA.

1. A extinção, sem julgamento do mérito, de processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn acarreta a revogação da liminar antes concedida.

2. As situações jurídicas formadas por influência da liminar devem ser resolvidas, no plano judicial, por meio do controle difuso de constitucionalidade e, no plano extrajudicial, pelo cumprimento espontâneo da regra cuja eficácia estava suspensa ou, ainda, pela negativa de cumprimento, por parte da Administração Estadual, do preceito tido como inconstitucional, desde que haja orientação firmada pelo Chefe do Executivo nesse sentido.

3. Orientação doutrinária e jurisprudencial.

Ilmo. Sr. Procurador-Chefe:

O processo em epígrafe cuida de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Governador do Estado do Amazonas, em que se pretendia a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 111 da Constituição Estadual que, em sua redação original, prescrevia:

Art. 111. O servidor será aposentado:

(...).

III – voluntariamente:

(...).

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais.

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

Demonstrou-se que a norma acima transcrita, especificamente o seu § 1º, colidia com o art. 40, inc. III, alínea "b" da Constituição Federal, na medida em que esta somente assegurava o direito à aposentadoria especial àqueles que, de fato, exercessem a atividade de magistério, excluídos outros funcionários cujas atividades seriam técnico-pedagógicas ou meramente burocráticas.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 26.06.1992, deferiu, por unanimidade, o pedido de liminar (D.J. de 14.08.1992), suspendendo a eficácia da norma combatida.

Ocorre que em 10.12.2001, o relator, Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, acolhendo o parecer da d. Procuradoria-Geral da República, julgou prejudicada a ação face à revogação, pelo art. 23 da Emenda Constitucional Estadual nº 36, de 13 de dezembro de 1999, da norma legal increpada, tendo determinado o arquivamento do processo.

Não há viabilidade para a interposição de recurso, haja vista que a decisão proferida está em consonância com a jurisprudência mansa e pacífica daquela Excelsa Corte, consoante demonstrou o Ministro Relator ao referir-se às decisões proferidas nas ADIns nº 221-DF, 539-DF, 737-DF e 971-GO, e com unísono entendimento doutrinário.

Cumprido determinar, face ao quadro que se delineou, qual a

situação jurídica de atos eventualmente praticados com fundamento na liminar, sobretudo no que tange aos efeitos dos mesmos, diante da extinção do processo sem pronunciamento de mérito.

O Prof. TEORI ALBINO ZAVASCKI, reportando-se ao ajustamento das situações jurídicas nascidas na vigência e por influência de liminar revogada, distribui, de forma didática, as situações pretéritas em três classes: "I – situações jurídicas submetidas a processos individuais ainda em curso quando da revogação da liminar; II – situações jurídicas submetidas a processos individuais com sentença transitada em julgado quando da revogação; e III – situações jurídicas emergentes do cumprimento da liminar que não foram submetidas a processos individuais." (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72-73).

Para cada uma dessas situações haverá uma solução adequada, tal como demonstra o referido autor, lecionando que:

"Situações de primeira classe (I) ocorrem, por exemplo, quando, deferida a liminar na ação de controle concentrado, o juiz do caso concreto opta por determinar, com base no art. 265, IV, 'a', do CPC, a suspensão do processo. Revogada a liminar, o processo suspenso retoma o seu curso normal, e o seu desfecho, no que tange à questão constitucional, dependerá da causa da revogação da liminar. (...). E se a revogação tiver ocorrido por extinção do processo sem julgamento do mérito, cabe ao juiz, no caso concreto, exercer o controle (difuso) de constitucionalidade, julgando o pedido como lhe parecer de direito. (...).

Situações da segunda classe (II) ocorrem quando, deferida a liminar na ação de controle concentrado, o juiz do caso concreto não suspende o processo e julga a causa, aplicando a norma cuja incidência foi determinada pela referida medida ou negando aplicação (e, se for o caso, aplicando a legislação anterior) à norma suspensa por força da liminar. Revogada a liminar, o ajustamento da situação terá de ser efetuado por

ação rescisória, a ser intentada pelo fundamento do art. 485, V, do CPC, ou seja, por ter a sentença rescindenda violado disposição legal, hipótese que compreende não apenas ofensa à lei em sentido estrito, mas qualquer preceito normativo, inclusive o de natureza constitucional. Aqui também será importante considerar a causa da revogação. (...) se a revogação ocorreu por outra causa, não havendo coisa julgada a respeito da questão constitucional, esta será examinada no julgamento da ação rescisória, observando-se, se for o caso, o art. 480 do CPC e o art. 97 da CF.

A terceira classe (III) a ser examinada é a das situações jurídicas atingidas pela liminar e que não foram submetidas a demandas judiciais. É o que ocorre quando os destinatários da norma objeto de controle concentrado atendem espontaneamente ao comando da medida antecipatória. Por exemplo, quando suspensa por liminar em ação direta norma que concede aumento de vantagem a servidor público, a Administração deixa de efetuar o pagamento; (...). Em qualquer desses casos, revogada a liminar, o ajustamento das situações pretéritas pode ser efetuado, ou por via extrajudicial, pelo atendimento espontâneo das normas que voltaram a existir, ou, se for o caso, pelas vias jurisdicionais. Levar-se-á em conta, certamente, a causa determinante da revogação. Assim, nas situações exemplificadas, o reajuste dos proventos poderá ser exigido e pago administrativamente, e, se isso não ocorrer, mediante demanda judicial." (*Eficácia...*, cit., p. 73-74).

Assim, a doutrina constitucional defende que, na hipótese em que haja revogação da liminar em ADIn, e sendo esta decorrente da extinção do processo sem julgamento do mérito, deverão as situações jurídicas concretas ser resolvidas: (a) por meio do **controle difuso de constitucionalidade**, nas hipóteses em que há demanda individual, transitada em julgado ou não, e (b), no plano extrajudicial, pelo **atendimento espontâneo ao preceito da norma**, cuja eficácia havia sido suspensa pela liminar, ou, ainda, mediante a **negativa de**

cumprimento da lei tida como inconstitucional por parte da Administração Pública Estadual, o que reclama, contudo, a adoção de algumas providências.

Reporta IVO DANTAS (*O valor da constituição – do controle de constitucionalidade com garantia da supralegalidade constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 181 et seqs.), que se discutiu, durante muito tempo, se o Poder Executivo poderia olvidar-se de cumprir determinada norma ao fundamento de que a mesma padecia do vício da inconstitucionalidade, isto é, se o Executivo teria competência para determinar o não cumprimento de lei por ele considerada inconstitucional.

É pacífica, atualmente, a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que **“O Poder Executivo não é obrigado a cumprir leis que considere inconstitucionais”**, consoante restou decidido no RMS nº 13.590, do qual foi relator o Min. AMARAL SANTOS, em votação unânime, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 97, p. 116-120, e em muitos outros precedentes, como a RP nº 512, o MS nº 16.003 e a RP nº 980.

O mesmo STF, já sob a égide da atual Carta Constitucional, teve a oportunidade de reafirmar sua jurisprudência nesse sentido, tendo decidido, quando do julgamento da ADIn nº 221-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, que:

“Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.” (RTJ, v. 151, p. 331).

Acorde com este posicionamento está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu, quando do julgamento do REsp. nº 23.121/GO, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS:

**LEI INCONSTITUCIONAL – PODER EXECUTIVO –
NEGATIVA DE EFICÁCIA.**

O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional.

(STJ – 1ª Turma; REsp. nº 23.121/GO; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; j. 06.10.1993; DJU 8.11.1993, p. 23.521; Lex-STJ, v. 55, p. 152).

Segundo o Prof. GILMAR FERREIRA MENDES (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 326-328), o expediente da negativa de cumprimento de lei inconstitucional, por parte do Poder Executivo, subsiste na atual sistemática constitucional, mesmo com a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura da ADIn, mas tende a ficar restrito às hipóteses em que o controle concentrado não tem cabimento, isto é, quando se trata de direito pré-constitucional, de direito municipal, ou, ainda, de "inconstitucionalidade pretérita", como ocorre no caso presente.

Com efeito, a inconstitucionalidade pretérita constitui-se no fato "de uma norma inferior (art. 111, § 1º, da CE/89) ter estado em contrariedade com a Constituição revogada (art. 40, III, "b", da CF/88), não mais em vigor". (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221), (Sem as expressões em parênteses no original).

Há que se observar, no entanto, que esta recusa, por ser ato excepcional, não pode partir de qualquer agente da Administração. Sua validade está condicionada à existência de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, o Governador do Estado, in casu, pois, na linha do exposto por ELIVAL DA SILVA RAMOS (*A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 238),

"por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, cabe restringi-la apenas ao Chefe do Poder Executivo, negando-se a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Sempre que um funcionário subordinado vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa deverá propor a submissão da matéria ao titular

do Poder, até para fins de uniformidade na ação administrativa.”

Acorde com esta doutrina está a jurisprudência do STF, cujos precedentes neste sentido (MS nº 16.003, voto do Min. ELOY DA ROCHA, *apud* RTJ, v. 96, p. 496 e segs.; RP nº 980-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ, v. 96, p. 496 e segs.) são de lembrança obrigatória.

Assim, somente o Chefe do Poder Executivo, por meio de decreto, pode determinar aos seus subordinados que recusem cumprimento a uma determinada lei, sob o fundamento de que a mesma padece do vício da inconstitucionalidade.

Cabe lembrar, ainda, que o STF, na RP nº 980-SP, entendeu que:

“É constitucional decreto de Chefe do Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo.

Constitucionalidade do Decreto nº 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo..

Representação julgada improcedente.

(STF – Pleno; RP nº 980/SP; Rel. Min. MOREIRA ALVES; j. 21.11.1979; DJU 19.9.1980, p. 7.202; RTJ, v. 096, p. 496).

Ad argumentandum, apenas para ressaltar a conveniência da adoção de referidas medidas, faz-se necessário dizer ser factível, face à situação presente, que algum interessado, integrante de *categorias técnico-pedagógicas ou burocráticas ligadas à atividade educacional*, venha a requerer aposentaria especial ao fundamento de que cumpriu os requisitos exigidos pelo § 1º do art. 111 da CE/89 (em sua redação original), enquanto a mesma ainda estava em vigor, e ao argumento de que a liminar que havia suspenso a eficácia desta norma não subsiste mais.

A menos que se uniformize, desde logo, o entendimento da

Administração quanto ao ponto, é bem possível que venha a ser deferida aposentaria na forma antes exposta, haja vista que, atualmente, inexistente qualquer óbice jurídico para tanto e o agente administrativo inferior não poderá se recusar a cumprir a lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, como já se viu.

Ex positis, entende-se que o ajustamento das relações jurídicas formadas sob a influência da medida liminar revogada deverá se processar:

a) nos casos em que houver processo individual, por meio do **controle difuso de constitucionalidade**; e

b) no âmbito administrativo, isto é, extrajudicial, por meio da **negativa de cumprimento da lei tida como inconstitucional**, devendo-se, para tanto, sugerir a edição de Decreto, por parte do Exmo. Sr. Governador do Estado do Amazonas, determinando aos órgãos da Administração que se abstenham da prática de atos cujo fundamento seja o § 1º do art. 111 da CE/89, em sua redação original.

É o parecer, sob censura.

PROCURADORIA JUDICIAL COMUM-PJC/PGE, Manaus (AM), 21 de fevereiro de 2002.

Clóvis Smith Frota Júnior
Procurador do Estado

De acordo,

Encaminhe-se ao Procurador-Geral para deliberação final.

Carlos Alexandre M.C.M de Matos
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 004/1992 – PGE

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 739-4

INTERESSADO: O Estado do Amazonas

DESPACHO:

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o PARECER Nº 03/2002 – PJC/PGE, da lavra do Procurador do Estado, Dr. CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR, acolhido pelo ilustre Procurador-chefe da PJC/PGE, Dr. CARLOS ALEXANDRE M.C.M. DE MATOS.

OFICIE-SE ao Excelentíssimo Governador do Estado do Amazonas com o ato de informar-lhe acerca do entendimento firmado por esta Procuradoria Geral do Estado em sede de ação Direta de Inconstitucionalidade, face às relações jurídicas formadas sob a influência de medida liminar antes concedida.

DEVOLVA-SE o processo à Procuradoria Judicial Comum – PJC/PGE, com cópia do ofício expedido.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, (AM) 04 de Março de 2002.

INDRA MARA BESSA

Procuradora-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 0434/2002 – PGE**ASSUNTO:** Autorização de uso de imóvel. Consulta.**INTERESSADO:** Instituto de Desenvolvimento Agropecuário do Estado do Amazonas - IDAM**PARECER Nº 076/02 - GPGE****EMENTA: ADMINISTRATIVO. UTILIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO.**

- A utilização permanente de bem público por pessoa jurídica de direito privado, com fins lucrativos, deve ser precedida de avaliação prévia, autorização legislativa e licitação, ainda que haja benefício social na atividade a ser desenvolvida pelo particular.

O Ilustre Diretor Presidente do Instituto de Desenvolvimento Agropecuário do Estado do Amazonas - IDAM remete a esta Procuradoria, o Ofício de nº 070-PJ/IDAM, através do qual questiona o instituto jurídico cabível para autorizar a utilização de um galpão, de propriedade daquele Instituto, localizado no Município de Manacapuru - Estado do Amazonas, pela empresa AMAZONJUTA - TEXTILFIBRA LTDA, tendo por objetivo a fiação e tecelagem de juta, para a fabricação de sacarias, com a conseqüente criação de 400 empregos diretos e vários benefícios para a comunidade daquele Município.

A solicitação veio instruída com os seguintes documentos: Ofício nº 070-PJ/IDAM, e requerimento de Autorização de uso remetido ao IDAM pelo sócio diretor da empresa AMAZONJUTA-TEXTILFIBRA LTDA.

É o sucinto relatório.

O objeto da consulta em comento é o instituto jurídico que autoriza o Instituto de Desenvolvimento Agropecuário do Estado do Amazonas - IDAM a permitir a utilização de bem imóvel que compõe seu patrimônio por um particular.

A matéria – utilização de bens públicos – já foi objeto de inúmeras análises por parte desta Procuradoria, tendo gerado controvérsias no seio da própria Instituição.

As dúvidas ao redor do tema, na verdade, assolam a maioria dos doutrinadores pátrios, inclusive pela falta de regulamentação.

Assim, com o fito de uniformizar o entendimento, passo a analisar o assunto, pedindo *vênia* para transcrever parte dos pareceres dos Procuradores da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente, Dr. Evandro Ezidro de Lima Régis e Dr. Júlio Cezar Lima Brandão.

1. BEM PÚBLICO

O Procurador-Chefe da PPIMA/PGE, ao citar Hely Lopes Meirelles, conceitua bens públicos, em sentido amplo, como *“todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais.”*¹

Quanto aos bens pertencentes às entidades paraestatais, a doutrina não é uniforme ao considerá-los como bens públicos ou privados. O entendimento mais completo, parece pertencer ao abalizado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello que considera,

¹ Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 479. Não há um conceito uniforme na doutrina a respeito de bens públicos. GASPARIINI, por exemplo, entende que “bens públicos são todas as coisas materiais ou imateriais pertencentes ou não às pessoas jurídicas de Direito Público e as pertencentes a terceiros quando vinculados à prestação de serviço público. (...) Também são bens públicos, consoante essa definição, os de propriedade de terceiros quando vinculados à prestação de serviço público. Destarte, os bens de certa empresa privada, concessionária do serviço funerário municipal, vinculados à prestação desse serviço são bens públicos. Desse modo, não são, salvo em sentido amplíssimo, bens públicos os que integram o patrimônio das empresas governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública, subsidiárias) exploradoras de atividade econômica, porque pessoas privadas (CF, art. 173, § 1.º, II). Ademais, ditos bens não estão vinculados à execução de qualquer serviço público. O mesmo ocorre com a fundação privada cujo objeto não seja a prestação de serviço público” (Gasparini, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 646-7). Por sua vez, BANDEIRA DE MELLO entende que “bens públicos são os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (esta últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público” (Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, 751).

como bem público, também os bens que, embora não pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público e respectivas autarquias e fundações, estejam afetados à prestação de um serviço público.

Infere-se, portanto, a relevância de se abordar também a afetação e desafetação dos bens públicos.

1.1 Classificação quanto ao uso dos bens

Em consonância ao critério da afetação ou destinação dos bens, o Código Civil em seu art. 66, classificou os bens em:

I. Bens de uso comum do povo – são os destinados à utilização geral pelos indivíduos, tais como os rios, os mares, as ruas, as praças;

II. Bens de uso especial – são aqueles que visam à execução dos serviços públicos em geral. Consistem em todos os bens, móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, utilizados pela Administração Pública para a realização de suas atividades e consecução de seus fins;

III. Bens de uso dominical – são os que não se enquadram nas classificações anteriores, por não possuírem destinação pública específica. Constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades, sendo considerados como parte do patrimônio público disponível.

1.2 Afetação e desafetação

Haja vista que o critério utilizado para se obter a classificação acima é o da afetação ou desafetação dos bens, transcrevo a trecho do Despacho do susomencionado Procurador do Estado, sobre o mesmo tema:

"Afetação, argumenta BANDEIRA DE MELLO, ² 'é a preposição

² Op. cit., p. 752.

de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como a desafetação é sua retirada do referido destino. Os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público”.³

Entrementes, a destinação atribuída aos bens não é eterna, vez que podem perdê-la ou, caso estejam desafetados, adquiri-la.

Tanto a afetação quanto a desafetação podem ser expressas ou tácitas. No primeiro caso, são decorrentes de ato administrativo ou de lei e, no segundo, da atuação direta da Administração, sem manifestação expressa, ou de fato da natureza.

Constata-se, desta maneira, a irrelevância da forma adotada. É neste sentido, o entendimento do Mestre José dos Santos Carvalho Filho⁴:

“Por tudo isso é que entendemos ser irrelevante a forma pela qual se processa a alteração da finalidade do bem quanto a seu fim público ou não. Relevante, isto sim, é a ocorrência em si da alteração da finalidade, significando que na afetação o bem passa a ter uma destinação pública que não tinha, e que na desafetação se dá o fenômeno contrário, ou seja, o bem, que tinha a destinação pública, passa a não mais tê-la, temporária ou definitivamente.”

Como acentua o ilustre Procurador, “... uma das características de regime jurídico dos bens públicos, decorrente dessa afetação a um dado destino, é a sua inalienabilidade. A inalienabilidade dos bens públicos, assegurada, em nosso Direito, desde a Constituição Federal de 1824 (art. 15, n, 15), é o atributo daquilo que não pode ser transferido, disposto ou alienado; que não pode passar de um dominus

³ De acordo com GASPARINI, “[...] afetar é atribuir ao bem uma destinação; é consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial. (...) A mudança de um bem de uma das duas primeiras categorias (bem de uso comum do povo e bem de uso especial) para a dos bens dominicais chama-se desconsagração ou desafetação. Destarte, desconsagrar ou desafetar é retirar do bem a destinação (uso comum do povo ou uso especial) que se lhe atribuiu por ato administrativo ou lei”. (Gasparini, Diógenes, op. cit., 652.

⁴ José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 7.ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 833

para outro. É a qualidade que impede a transferência (venda, doação, permuta) a terceiros de bens assim considerados⁵.

BANDEIRA DE MELLO utiliza-se da expressão 'inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei',⁶ tendo em vista que a "inalienabilidade pode ser levantada",⁷ de acordo com o que prescreve o art. 67 do Código Civil.

Nestes termos, conclui o autor:

'(...) os de uso comum ou especial não são alienáveis enquanto conservarem tal qualificação, isto é, enquanto estiverem afetados a tais destinos. Só podem sê-lo (sempre nos termos da lei) ao serem desafetados, passando a categoria de dominiais. O fato de um bem estar na categoria de dominial não significa, entretanto, que só por isso seja alienável ao alvedrio da Administração, pois o Código Civil, no artigo citado,⁸ declara que os bens públicos em geral – portanto, sejam de que classe forem – 'só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever'.⁹

Vale ressaltar, porém, que a inalienabilidade é absoluta 'com relação àqueles bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis' etc."¹⁰

Quanto aos bens de uso especial e aos de uso comum, enfatize-se que estão fora do comércio jurídico de Direito Privado, não podendo ser alienados por meio de relações regidas pelo Direito Civil, como a compra e venda, doação, permuta, hipoteca, locação e comodato.

⁵ Gasparini, Diógenes, *op. cit.*, p. 654.

⁶ *Op. cit.*, p. 753.

⁷ Expressão utilizada por Diógenes Gasparini, *op. cit.*, p. 654.

⁸ Art. 67 do Código Civil.

⁹ *Op. cit.*, p. 753.

¹⁰ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 534.

Maria Sylvia Di Pietro, ao citar Marcelo Caetano, faz a ressalva de que “considerando agora a situação das coisas públicas à luz das normas de direito público, vemos que podem ser objeto de direito de propriedade por parte das pessoas coletivas (propriedade pública) e transferidas entre elas (transferências do domínio ou mutações dominiais); e admitem a criação dos direitos reais administrativos e de direitos administrativos de natureza obrigacional em benefício dos particulares (concessões) transmissíveis de uns a outros na forma da lei.

Desta maneira, os bens de uso comum e de uso especial, podem ser alienados de uma entidade pública para outra. E, uma vez desafetados, podem ser alienados pelos métodos de Direito Privado.

Quanto aos bens dominicais, por não serem afetados a uma finalidade específica, podem ser objeto tanto de alienação por meio de institutos privados quanto públicos.

1.3 AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA E PRÉVIA AVALIAÇÃO

Em regra os bens públicos são inalienáveis, nos termos do art. 67 do Código Civil. Porém, a alienação às vezes se apresenta necessária aos próprios interesses da administração, sendo pois possível, desde que atendidas as exigências legais de ordem geral e as específicas de cada instituto (venda, permuta, doação, dação em pagamento, investidura, legitimação de posse ou concessão de domínio).

1.4 INTERESSE PÚBLICO

“Sabe-se que o fim da administração pública é o bem comum da coletividade administrada, para quem é voltada todas as ações dos administradores.

A esse respeito escreveu Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro – Saraiva, 17ª Edição, pág. 81):

‘Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda

atividade do administrador deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

O fim, e não a vontade do administrador – ensina o Prof. Cirne Lima – domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito’.

Assim, no exercício da administração pública, outro não pode ser o objetivo do administrador que não a busca do bem-estar coletivo, sendo-lhe defeso descumprir os deveres impostos na lei ou mesmo renunciar as prerrogativas conferidas no exercício da administração, as quais lhe são deferidas para que atinja os fins colimados em prol da coletividade administrada e não em caráter pessoal.

Não cumprir com suas obrigações ou não exercer as prerrogativas que lhes são asseguradas possuem o mesmo valor, no sentido de que estará, se assim proceder, descumprindo o encargo que aceitou ao assumir o cargo ou função pública.

Como dito pelo Prof. Hely Lopes Meirelles (obra citada), ‘ Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade’. (destaque nosso)

É claro que o conceito de interesse público pode guardar uma certa dose de interpretação subjetiva e mesmo de intensidade,

podendo-se admitir que há interesses maiores e menores, ainda que ambos sejam considerados como interesses públicos, a critério do administrador, o que se constitui em mérito administrativo.”

2. INSTRUMENTOS ESTATAIS DE OUTORGA DE USO PRIVATIVO

Considerando que o Instituto pretende permitir a utilização do imóvel, é imprescindível que a Administração outorgue o uso por um dos institutos destinados a tal finalidade.

Acerca da possibilidade de utilização dos bens públicos por particulares ensina Hely Lopes Meirelles:

“Todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, são passíveis de uso especial por particulares, desde que a utilização consentida pela Administração não o leve à inutilização ou destruição, caso em que se converteria em alienação”¹¹.

Em termos genéricos, o trespasse do uso do bem público para o particular pode ser feito a título gratuito ou oneroso, por prazo determinado ou não e para pessoas físicas ou jurídicas. Pode ocorrer através de institutos do Direito Privado, como a locação, entretanto modernamente é efetuado por meio dos institutos de Direito Público denominados *autorização de uso*, *permissão de uso* e *concessão de uso*.

Cada um destes institutos comportam ainda desdobramentos, surgindo então outras figuras, tais como a da concessão de direito real de uso e da permissão e autorização de uso qualificadas.

Quanto a estas duas últimas figuras, que consistem na fixação de prazo para o uso, ressalte-se a inconveniência de tal procedimento, vez que reduz a precariedade do ato, elemento caracterizador tanto da permissão quanto da autorização.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26.ª ed. p. 436

No tocante aos casos de permissão qualificada, destaco, ainda, o fato de que esta figura muito se assemelha à concessão, divergindo da mesma quanto à formação do ato: enquanto esta se constitui por contrato e exige procedimento licitatório, aquela se constitui por ato unilateral e dispensa a licitação.

Desta feita, considerando-se que a estipulação de prazo para a permissão acaba por lhe atribuir os mesmos efeitos da concessão, apenas com a dispensa do procedimento licitatório e da autorização legislativa, é de se concluir que a permissão com estipulação de prazo é instrumento desaconselhável para a Administração Pública, uma vez que, além de restringir a precariedade do ato, poderia ser utilizada como artifício para se burlar a exigência da licitação.

Entretantes, seja qual for a figura utilizada, o que não se pode olvidar é que o uso privativo não transfere a propriedade do bem. Ainda que o uso seja prolongado, o domínio continua a pertencer ao Poder Público.

Independentemente da denominação doutrinária que estas formas de utilização do patrimônio público pelo particular venham a receber, cada uma delas apresenta características e finalidade específicas.

2.1 AUTORIZAÇÃO DE USO

Segundo lição de Hely Lopes Meirelles:

“é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Não tem forma nem requisitos especiais para sua efetivação, pois visa apenas a atividades transitórias e irrelevantes para o Poder Público, bastando que se consubstancie em ato escrito, revogável sumariamente a qualquer tempo e sem ônus para Administração. Essa autorizações são comuns para ocupação de terrenos baldios, para a retirada de água de fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras

utilizações de interesse de certos particulares, desde que não prejudiquem a comunidade nem embarquem o serviço público. Tais autorizações não geram privilégios contra a Administração ainda que remuneradas e fruídas por muito tempo, e, por isso mesmo, dispensam lei autorizativa¹² e licitação para seu deferimento¹³ (grifamos).

A autorização de uso de bem público, consoante noção cediça, é o ato administrativo de caráter unilateral, através do qual, a administração outorga ao particular a faculdade de utilização do bem. A autorização se fundamenta no poder discricionário da administrador, e é outorgada a título extremamente precário, e por solicitação do particular, de maneira a não vincular a Administração, podendo esta cancelar a qualquer tempo a outorga.

Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁴, in verbis:

“Autorização de Uso é o ato administrativo e discricionário, pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público. Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é ato unilateral, porque não obstante outorgada mediante provocação do interessado, se perfaz com a exclusiva manifestação da vontade do poder público, discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo condições de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração, precário no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se tornar contrário ao interesse público. Pode ser gratuita ou onerosa.”

¹² Quando MEIRELLES diz que a autorização de uso dispensa autorização legislativa, obviamente que o autor está a se referir àquela autorização específica, a ser deferida caso a caso. Todavia, é indispensável, em virtude do princípio da legalidade, dogma constitucional por expressa disposição do art. 37, caput, da Constituição de República, que exista lei regulando os casos em que o público administrador pode autorizar o uso de bem público pelo particular. Em algumas situações, como sabemos, mesmo havendo lei regulamentando genericamente a utilização de bens públicos ainda assim é necessária a autorização do Poder Legislativo, como ocorre, por exemplo, com a concessão de uso de bens imóveis no direito constitucional baré, por expressa determinação da 2ª parte do inciso XX do art. 28 da Constituição do Estado do Amazonas.

¹³ Op. cit., p. 485-6¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 12ª ed. ed. Atlas, p. 540/1.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 12ª ed. ed. Atlas, p. 540/1.

A autorização de uso, dada a sua precariedade, em regra é outorgada em caráter transitório, conferindo menores poderes e garantias ao usuário, pode ser revogada sem indenização, o tempo de uso é curto, as regras de utilização são simples e independe de autorização legislativa ou de licitação.

Esta forma de utilização deve ser preferida pela Administração sempre que do uso do bem não decorrer interesse e/ou benefício direto para a coletividade, uma vez que o particular tem em vista apenas o seu benefício.

Sendo concedida no interesse exclusivo do autorizatário, cria para este somente uma faculdade de uso, não um dever.

2.2 PERMISSÃO DE USO

Instrumento de maior complexidade do que a autorização é a *permissão de uso*, instrumento de utilização de bem público em que, embora o particular o use com exclusividade, destina-se ao interesse coletivo. Sobre a permissão de uso José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ afirma:

"O delineamento jurídico do ato de permissão de uso guarda visível semelhança com o de autorização de uso. São realmente muito assemelhados. A distinção entre ambos está na predominância, ou não, dos interesses em jogo. Na autorização de uso, o interesse que predomina é o privado, conquanto haja interesse público como pano de fundo. Na permissão de uso, os interesses são nivelados: a Administração tem algum interesse público na exploração do bem pelo particular, e este tem intuito lucrativo na utilização privativa do bem. Esse é que nos parece ser o ponto distintivo."

¹⁵ Carvalho Filho, José dos Santos, op. cit., p.850.

De forma diversa da autorização, a permissão de uso é sempre concedida no interesse coletivo e não apenas por solicitação do interessado. Por esta razão, o particular detentor da permissão não poderá deixar de fazer uso do bem, lhe sendo imposta uma obrigação quanto à utilização, sob pena de lhe ser revogada, caso não venha a ocorrer a efetiva utilização. Na permissão de uso, é possível que a utilização do bem seja diversa da sua destinação.

Em suma, a permissão é o instrumento que deve ser eleito pela Administração sempre que o interesse público prevalecer sobre o interesse do usuário. Ou seja, não predominando o interesse coletivo, a Administração não deve *permitir*, mas autorizar o uso do bem público.

O ilustre Procurador-Chefe da PPIMA traz os comentários do Mestre Hely Lopes Meirelles, sobre permissão de uso:

“Como ato negocial (T.JSP, RJTJSP 124/202), pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir ou retirar o uso especial do bem público. A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração. O ato da revogação deve ser idêntico ao do deferimento da permissão e atender às condições nele previstas.

A permissão, enquanto vigente, assegura ao permissionário o uso especial e individual do bem público, conforme fixado pela Administração, e gera direitos subjetivos defensáveis pelas vias judiciais, inclusive ações possessórias para proteger a utilização na forma permitida. Via de regra, a permissão não confere exclusividade do uso, que é apanágio da concessão, mas, excepcionalmente, pode ser deferida com privatividade sobre outros interessados, desde que tal

privilégio conste de cláusula expressa e encontre justificativa legal.¹⁶

A permissão de uso, por ser sempre concedida em caráter discricionário e precário, também dispensa autorização legislativa e procedimento licitatório.

É certo, entretanto, que o art. 2º, da Lei nº 8.666/93 preceitua expressamente a necessidade de licitação para a celebração de ajustes com a Administração Pública, mencionando, entre eles, a permissão.

No entanto, importante é ter em mente que o referido dispositivo legal refere-se apenas às hipóteses em que os ajustes celebrados com a Administração Pública apresentem caráter contratual, *independentemente da denominação utilizada*. Assim, por outras palavras, somente quando a Permissão outorgada pela Administração Pública ostentar forma contratual, é que será necessária a licitação. Quando se tratar de ato unilateral, dispensável será o procedimento licitatório.

Quanto ao disposto no art. 2º do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, merece destaque o entendimento da ilustre doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro¹⁷:

“Tem-se, no entanto, que entender a norma em seus devidos termos. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, I, refere-se a permissão de serviço público como contrato; talvez por isso se justifique a norma do artigo 2º da Lei nº 8.666/93. Em segundo lugar, deve-se considerar também que este dispositivo, ao mencionar os vários tipos de ajustes em a licitação é obrigatória, acrescenta a expressão quando

¹⁶ MeiraLopes, Hely Lopes, op. cit., p. 486.

¹⁷ Maria Sylvia Di Pietro, *Direito Administrativo*, 13.ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001, p. 554 e 555

contratados com terceiros, o que faz supor a existência de um contrato. Além disso, a permissão de uso, embora seja ato unilateral, portanto excluído da abrangência do artigo 2º, às vezes assume a forma contratual, com características iguais ou semelhantes à concessão uso; é o que ocorre na permissão qualificada, com prazo estabelecido. Neste caso, a licitação torna-se obrigatória. A Lei nº 8.666/93 parece ter em vista precisamente essa situação quando, no artigo 2.º, parágrafo único, define o contrato como "todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada" (grifo nosso)

Há ainda um único caso em que se pode cogitar em licitação – quando houver mais de um interessado na utilização do bem.

2.3 CONCESSÃO DE USO

É o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o uso privativo do bem público, conforme sua destinação, independentemente do maior ou menor interesse da pessoa do concedente.

Sua natureza é de contrato de direito público, bilateral, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*.

Observa-se assim, que o traço distintivo entre permissão e autorização, não possui a mesma relevância para a concessão de uso, vez que neste instituto, tanto os interesses públicos e privados podem estar no mesmo plano, como pode ocorrer a predominância de um sobre o outro. O que os diferencia é a forma contratual que reveste o ato, conferindo-lhe o caráter bilateral.

Prefere-se a adoção de tal instrumento, quando o exercício da atividade pública for de maior vulto, mais onerosa para o concessionário, motivo pelo qual o mais adequado é a formalização por meio de contrato. Nesse sentido é o entendimento de Maria Sylvia Di Pietro¹⁸:

“Este (concessionário) assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades. Em conseqüência, a forma mais adequada é a contratual, que permite, mediante acordo de vontades entre concedente e concessionário, estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e fixar as condições em que o uso se exercerá, entre as quais as finalidades, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, além de ser uma garantia para o concessionário, sem a qual ele não aceitaria a concessão, é exigência legal que decorre da Lei nº 8.666/93, de 21-6-93, cujo artigo 57, § 3º, veda contrato com prazo indeterminado.”

Além da formalização por meio de contrato, a concessão deverá ser precedida por autorização legislativa, licitação e desafetação, se o uso recair sobre bem de uso comum ou especial e a utilização for integral, exclusiva e duradoura.

No tocante à licitação, a exigência está no art. 2º do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, que apenas silencia quanto à modalidade a ser adotada, o que pode ser determinado pelos critérios estabelecidos no art. 23, inciso II, do mesmo Estatuto.

¹⁸ Maria Sylvia Di Pietro, *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001, p. 555.

2.4 CESSÃO DE USO

Acerca deste instituto, elucidativos são os ensinamentos do festejado administrativista Hely Lopes Meirelles¹⁹, senão vejamos:

“(....) cessão de uso é a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário a utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado. É ato de colaboração entre repartições públicas, em que aquela que tem bens desnecessários aos seus serviços cede o uso a outra que deles está precisando.”

Ainda, o ilustre doutrinador Diógenes Gasparini, em sua obra *Direito Administrativo*, 4ª ed. rev. e ampl., SP, Saraiva, 1995, p. 506, conceitua cessão de uso como “... a operação que consubstancia a transferência do uso de certo bem de um órgão para outro da mesma pessoa política (União, Estado-Membro, município) para que este o utilize segundo sua natureza e fim, por tempo certo ou indeterminado. É medida de colaboração entre órgão políticos, daí não ser remunerada e dispensar autorização legislativa...”.

O que diferencia esta figura das anteriormente analisadas, é que a transferência não é feita a particulares, mas sim a outro órgão público. Observo que em se objetivando a cessão de bem a outro ente público, torna-se desnecessária a prévia deliberação pela Casa Legislativa Estadual, vez que o ajuste pretendido somente promove a transferência da posse do bem, mantendo-se o domínio do bem com o Cedente.

¹⁹ *In Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 487.

3. INSTRUMENTOS PRIVADOS

Os bens dominicais, embora possam ser cedidos aos particulares, por meio dos já mencionados institutos estatais, podem também ser objeto de contratos regidos pelo Código Civil, como a locação, o arrendamento, o comodato, a concessão de direito real de uso e a enfiteuse.

Tal situação deriva do fato de que somente estes bens estão inseridos no comércio jurídico de Direito Privado, estando os bens de uso comum e de uso especial fora deste comércio jurídico.

Destes instrumentos privados, interessa, no momento, a análise de apenas um deles: concessão de direito real de uso: concessão de direito real de uso.

Este instituto visa o trespasse do uso de terrenos, não sendo aplicado a bens imóveis construídos nem a bem móveis. Foi criado pelo Decreto – Lei Federal nº 271/67, que também estabelece as condições da outorga, que requer lei autorizadora, e licitação efetuada através de concorrência.

É contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social, em obediência ao disposto no art. 7º do supramencionado decreto.

Poderá ser formalizada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial. A partir de sua inscrição, o concessionário fruirá plenamente do terreno para fins estabelecidos no contrato e responderá

por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

Sendo direito real, é transferível por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária, a título gratuito ou remunerado, como os demais direitos reais sobre coisas alheias. Enfatizo, entretanto, que se o concessionário ou seus sucessores desviarem a utilização do bem da finalidade prevista, o bem será revertido ao patrimônio da Administração.

4. MANIFESTAÇÃO

No caso em comento, o melhor é que se adote a concessão de uso, com autorização legislativa e precedida de licitação. Vejamos.

O bem em questão é um imóvel situado na Rua Barão de Rio Branco, nº 1156, Município de Manacapuru, um galpão de 2.517 m², em um terreno de 20.400 m², solicitado por pessoa jurídica para a implantação de empresa de tecelagem e fiação de juta. Trata-se de interesse primordialmente privado, com fins lucrativos, além do interesse coletivo calcado na criação de empregos. Dessa forma, há para a Administração a obrigação de selecionar interessados na utilização do bem, através de licitação, procedimento legal previsto no art. 2º do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

Posto assim o problema, após análise de todas as figuras de utilização de bem público pelos particulares, opino favoravelmente pela concessão de uso, com autorização legislativa e precedida de licitação.

Não havendo outras considerações sobre o assunto,

DEVOLVAM-SE os autos ao Instituto de Desenvolvimento Agropecuário do Estado do Amazonas - IDAM, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 15 de fevereiro de 2002.

INDRA MARA BESSA

Procuradora-Geral do Estado, em exercício

Processo n.º 3649/2002

Assunto: Alienação de ações da TELAMAZON e TELEBRÁS
pertencentes ao Estado do Amazonas

Interessada: Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ

PARECER N.º 230/2002-GPGE

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ALIENAÇÃO DE AÇÕES DE PROPRIEDADE DO ESTADO DO AMAZONAS EM SOCIEDADES PRIVADAS. CONTRATAÇÃO DE CORRETORA. CONSULTA.

O disposto no art. 54, inciso XXIII da constituição Estadual reporta-se à prévia autorização legislativa para a alienação de ações referentes a empresas estatais, ou seja, sociedades de economia mista e empresas públicas.

A alienação de ações pertencentes ao Estado do Amazonas em sociedades privadas pode ser efetuada através de alienação em Bolsa de Valores, respeitada a legislação aplicável, nos termos do art. 17, inciso II, da Lei n. 8.666/93, havendo interesse público justificado.

A contratação de corretora para intermediar a venda de ações em bolsa de valores há que ser precedida de procedimento licitatório específico, isto porque, há inúmeras organizações econômicas semelhantes atuando no mercado, devendo ser a elas assegurada, em atenção ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF/88), a oportunidade de competir pelo direito de prestar serviços ao Estado.

Tratando-se de serviço oferecido gratuitamente, destituído de qualquer vinculação com futura contratação, não há óbice legal à outorga de procuração que deverá ser lavrada pelo Governador, titular da representação do Estado, posto que a Secretaria da Fazenda não tem personalidade jurídica própria segundo a teoria dos órgãos.

O Exmo. Sr. Secretário de Estado da Fazenda, por intermédio do Ofício n.º 0606/2002, formula consulta à esta Procuradoria Geral do Estado, no qual previamente relata a seguinte situação:

O Estado do Amazonas, nas décadas de 1960 e 1970, adquiriu linhas telefônicas que deram direito à participação acionária nas empresas TELAMAZON (Telecomunicações do Amazonas S.A.) e TELEBRÁS (Telecomunicações Brasileiras S.A.).

Ocorre que tais sociedades passaram, recentemente, por um processo de privatização tendo sido sucedidas, em seus direitos e obrigações, por empresas privadas. Conseqüentemente, o Estado do Amazonas passou a ser acionista das empresas sucessoras, ora sociedades de direito privado.

Como o Estado não tem conhecimento exato da quantidade de ações de que é possuidor no capital dessas empresas, há necessidade de se obter informações acerca de sua posição acionária, bem como da existência de quaisquer ativos mobiliários custodiados junto a instituições bancárias, CETIP, SELIC, SISBEX e Banco Central.

Destaca o Exmo. Sr. Secretário que, conhecida a situação acionária, estará o Estado do Amazonas em condições de, conforme decisão governamental, negociar no mercado, junto a Bolsas de Valores, os ativos identificados.

Ressalta, no entanto, que os trabalhos de obtenção da posição acionária do Estado e a eventual negociação das ações e títulos no mercado precisam ser realizados através de Corretora idônea e legalmente habilitada a ser contratada, observadas as normas legais aplicáveis.

Ante o panorama exposto, o Exmo. Titular da Secretaria propõe as seguintes indagações:

- 1) Considerando que as empresas de telecomunicações nas quais o Estado tem participação acionária são, atualmente,

sociedades de direito privado, haverá necessidade de lei autorizadora para a alienação de suas ações ou não incide na espécie o disposto no art. 54, inciso XXIII, da Constituição estadual?

2) A eventual alienação das referidas ações pelo Estado do Amazonas amolda-se na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 17, inciso II, c da Lei n.º 8.666/93?

3) A contratação de corretora para efetuar os serviços de atualização e obtenção da posição acionária do Estado, bem como para negociar as ações e títulos no mercado deve ser precedida de procedimento licitatório? Poderia haver dispensa do certame com fundamento no art. 17, II, c e d, ou então na hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme dispõe o *caput* do art. 25, ambos da Lei n.º 8.666/93?

4) O Estado do Amazonas, através da Secretaria de Estado da Fazenda, poderia outorgar procuração à empresa privada de corretagem para realização dos referidos serviços de atualização e obtenção da situação acionária do Estado, incluindo a administração indireta, sem ônus para o outorgante?

A consulta encontra-se instruída com o Processo Administrativo n.º 24349/02-1/SEFAZ, que trata da possibilidade de dispensa de licitação com fulcro no art. 17, II, c, da Lei n.º 8.666/93, para contratação direta da empresa City Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Ltda a fim de que esta preste serviços técnicos de intermediação, custódia e venda de ativos financeiros, títulos e valores mobiliários no mercado.

É o relatório. Passo a responder as indagações formuladas.

1. Considerando que as empresas de telecomunicações nas quais o Estado tem participação acionária são, atualmente, sociedades de direito privado, haverá necessidade de lei autorizadora para a alienação de suas ações ou não incide na espécie o disposto no art. 54, inciso XXIII, da Constituição estadual?

Revela-se imperioso, para o bom deslinde da questão suscitada, que se faça uma digressão histórica para que se possa verificar o que de fato ocorreu com as sociedades anônimas TELEBRÁS e TELAMAZON e, via de conseqüência, possa ser descoberto o eventual destino das ações que o Estado do Amazonas possuía em tais companhias.

Para tanto, alguns aspectos que nortearam o processo de desestatização das empresas de telefonia no Brasil devem ser primeiramente analisados.

Objetivando a privatização do setor de telecomunicações no país, controlado em âmbito nacional pela TELEBRÁS, o governo federal iniciou, em 1994, uma série de medidas visando, ao cabo do processo, permitir a transferência do controle acionário das empresas de telefonia para a iniciativa privada.

A reestruturação e privatização da TELEBRÁS era parte do projeto de reforma estrutural do setor de telecomunicações que vinha sendo desenvolvido desde o início do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Seus objetivos centrais eram:

1. fortalecer o papel regulador do Estado;
2. aumentar e melhorar a oferta de serviços, em ambiente competitivo;
3. criar condições para que o desenvolvimento do setor fosse harmônico com as metas de desenvolvimento do país;
4. maximizar o valor de venda das empresas estatais de telecomunicações sem prejudicar os objetivos anteriores.

Seguindo essa linha, foi encaminhada ao Congresso Nacional, no início de 1995, proposta de emenda constitucional (EC n.º 6), aprovada em agosto do mesmo ano. O segundo passo foi a elaboração do projeto de "lei mínima", que tratava da introdução da competição nos serviços de telefonia móvel celular, nos serviços via satélite, nos serviços limitados e nos de valor adicionado. Este projeto

foi encaminhado ao Congresso em novembro de 1995 e aprovado em julho de 1996. Em julho de 1997, o Congresso aprovou o projeto da nova Lei Geral de Telecomunicações - LGT – encaminhado em dezembro de 1996.

Conforme dispõe a Lei Geral de Telecomunicações – LGT, art. 195 - o modelo de reestruturação e desestatização da TELEBRÁS deveria ser aprovado por decreto presidencial, após ser submetido à consulta pública.

Ainda de acordo com a LGT, em seu artigo 188, a reestruturação "*...deverá compatibilizar as áreas de atuação das empresas com o plano geral de outorgas.*"

As linhas gerais definidas pelo Plano Geral de Outorgas, aprovado por decreto presidencial, em 02 de abril de 1998, e o Modelo de Desestatização, também chancelado por decreto logo em seguida, dia 14 do mesmo mês, podem ser resumidas pelas seguintes diretrizes implementadas:

a) a TELEBRÁS foi cindida:

- em três *holdings* regionais, que controlariam as empresas operadoras estaduais de telefonia fixa;
- em uma *holding* que controlaria a Embratel;
- e em 8 *holdings* que controlariam as estaduais de telefonia móvel (banda A);

b) as três *holdings* regionais controlariam:

- as empresas do Estado de São Paulo – TELESP e CTB (Borda do Campo) – denominada *TELESP PARTICIPAÇÕES*;
- as empresas das regiões Sul e Centro-Oeste – CTMR, TELESC, TELEPAR, TELEMS, TELEGOIÁS, TELEBRÁSÍLIA, TELEMAT, TELERON e TELEACRE – denominada *TELE CENTRO SUL*;
- as empresas das regiões Norte, Nordeste e Leste - TELAMAZON, TELAIMA, TELEPARÁ, TELEAMAPÁ, TELMA, TELEPISA, TELECEARÁ, TELERN, TELPA,

TELPE, TELASA, TELERGIPE, TELEBAHIA, TELEMIG, TELEST E TELERJ – denominada *TELE NORTE LESTE*;

c) as *holdings* de telefonia celular - banda A - controlariam:

- áreas 1 e 2 - Telesp;
- área 3 - Telerj e Telest;
- área 4 – TELEMIG;
- áreas 5 e 6 - Telepar, Telesc e CTMR;
- área 7 - Telebrasil, Telegoiás, Telems, Telernat, Teleacre e Teleron;
- área 8 - Telamazon, Telaima, Telepará, Teleamapá e Telma;
- área 9 - TELEBAHIA e TELERGIPE;
- área 10 - TELASA, TELPE, TELPA, TELERN, TELECEARÁ e TELEPISA.

d) visando obter maior receita, o processo de venda seria o estratégico, em que o bloco de controle seria alienado a um consórcio do qual participariam investidores estratégicos, provavelmente operadores internacionais. Não seria adotada a venda em oferta pública, em que as ações seriam pulverizadas no mercado. A venda do bloco de controle de todas as 12 empresas resultantes seria feita com o recebimento de todas as propostas, em uma única oportunidade;

e) o CPqD¹ deveria se desligar da TELEBRÁS e ser transformado em uma fundação privada;

f) a *holding* TELEBRÁS continuaria existindo apenas pelo prazo necessário à transição para o novo cenário e deveria realocar seu quadro de pessoal nas novas *holdings*, nas empresas operadoras ou na ANATEL, após o que seria extinta;

¹ Centro de Pesquisa de Desenvolvimento em Telecomunicações. Inicialmente ligado à TELEBRÁS. Em julho de 1998, com a privatização, o CPqD transformou-se em fundação de direito privado, atuando como provedora de soluções tecnológicas no mercado e ficando à disposição de qualquer empresa interessada em seu trabalho.

g) os acionistas minoritários da TELEBRAS e das teles estaduais teriam seus direitos integralmente preservados.

Dessa forma, a Telecomunicações do Amazonas S.A. – TELAMAZON passou a ser controlada por uma holding regional resultante do processo de cisão da TELEBRÁS. Esta holding foi denominada de TELE NORTE LESTE e agrupava as seguintes empresas operadoras estaduais de telefonia fixa: **TELAMAZON (AM)**, **TELAIMA (RR)**, **TELEPARÁ (PA)**, **TELEAMAPÁ (AP)**, **TELMA (MA)**, **TELEPISA (PI)**, **TELECEARÁ (CE)**, **TELERN (RN)**, **TELPA (PB)**, **TELPE (PE)**, **TELASA (AL)**, **TELERGIPE (SE)**, **TELEBAHIA (BA)**, **TELEMIG (MG)**, **TELEST (ES)** e **TELERJ (RJ)**.

O objetivo, como já explicado, foi o de reunir as empresas estaduais de telefonia fixa e aliená-las em três blocos, além da Embratel que também seria vendida e atuaria nos serviços de chamadas fixas DDD e DDI.

Por volta de abril de 1999 as alienações ocorreram e o resultado foi o seguinte:

- a EMBRATEL foi vendida para a MCI dos EUA;
- a TELESP PARTICIPAÇÕES foi adquirida por um grupo liderado pela Telefônica da Espanha;
- a TELE CENTRO SUL foi comprada pela Telecom da Itália;
- e, finalmente, **a TELE NORTE LESTE, da qual fazia parte a TELAMAZON, foi adquirida pela Telemar;**

Diante destas transformações, cisões e alienações, pergunta-se: como ficou a situação das ações que o Estado do Amazonas possuía na TELEBRÁS e TELAMAZON?

Quanto à TELEBRÁS, vimos que esta foi cindida em 12 diferentes *holdings*, sendo que apenas 4 delas ficaram responsáveis

pelos serviços de telefonia fixa. Tendo sido estes grupos privatizados, o Estado do Amazonas passou a ter ações nas sociedades privadas adquirentes. Assim, há possibilidade de possuímos participação acionária na empresas Embratel, Telefônica, Brasil Telecom, além é claro, da Telemar.

No que concerne à TELAMAZON, parece-me que a situação revela-se menos complexa. Tendo esta, enquanto integrante da *holding* TELE NORTE LESTE, sido alienada à TELEMAR S.A., o Estado passou a ter participação acionária na empresa adquirente, o que, no entanto, somente terá confirmação a partir da análise das atas das Assembléias Gerais realizadas no período, bem como de um estudo nos livros sociais da companhia.

Portanto, de fato, as empresas de telecomunicações às quais o Estado tem participação acionária são atualmente de direito privado.

Considerando este fato incontestável podemos finalmente adentrar no cerne do primeiro questionamento: haverá necessidade de lei autorizadora para a alienação das aludidas ações ou não incide na espécie o disposto no art. 54, inciso XXIII, da Constituição estadual?

Estatui o art. 54, inciso XXIII da Constituição do Estado do Amazonas de 1989:

"Art. 54. É da competência privativa do Governador do Estado:

XXIII – mediante autorização da Assembléia Legislativa, desde que haja recursos hábeis, subscrever ou adquirir ações, realizar ou aumentar capital, de sociedade de economia mista ou de empresa pública, bem como dispor, a qualquer título, no todo ou em parte, de ações ou capital que tenha subscrito, adquirido, realizado ou aumentado;" (sem destaques no original)

Parece-me não restar dúvidas de que o transcrito inciso refere-

se somente às operações realizadas com ações de sociedade de economia mista ou empresa pública.

Conseqüentemente, poder-se-ia afirmar que, ao subscrever, adquirir ou dispor de ações que não se refiram a empresas estatais estaria o Governador eximido da autorização da Assembléia Legislativa. Por este raciocínio, no caso em análise, as ações do Estado do Amazonas poderiam ser alienadas, sem lei autorizadora, tendo em vista que são relativas a sociedades anônimas privadas. *In casu*, a alienação das referidas ações seria meramente **ato de administração ordinária**, inerente à condição de chefe do Poder Executivo.

Antes darmos por concluído este entendimento, é preciso, no entanto, enfrentarmos uma questão jurídica que poderia ser argüida de modo a desconstruir o raciocínio edificado. Trata-se da imposição do princípio da legalidade na Administração Pública.

Consoante o ensinamento do Professor Hely Lopes Meirelles² *“a legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”*

Constitui, assim, vetor basilar do regime jurídico-administrativo. No entanto, é preciso aclarar que, pelo princípio da legalidade permite-se a atuação do agente público, ou da Administração, apenas se autorizada, concedida ou deferida por norma legal, não se admitindo qualquer atuação que não contenha prévia e expressa permissão legal. No campo cível, sabe-se que ao particular é dado fazer tudo quanto não estiver proibido; ao administrador público, porém, somente o que estiver permitido pela lei.

² *in Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 26ª ed., 2001, p. 82.

Diógenes Gasparini³, de modo esclarecedor, esta particularidade do regime administrativo. Confira-se:

“Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza.”

Pelo princípio da legalidade, portanto, mesmo não estando expressamente proibida a alienação de ações de empresas privadas pelo Estado, deveria haver uma lei que autorizasse o agente político a praticar tal ato.

Não poderia de qualquer forma discordar de tal argumentação. **Ocorre que há sim lei permitindo a alienação de ações pelo Poder Público. Trata-se da Lei n.º 8.666/93 (Estatuto de Licitações e Contratos) que, não apenas autoriza a venda, como disciplina que esta poderá ser realizada com licitação dispensada. Transcrevo a norma:**

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – *omissis*

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) *omissis*

b) *omissis*

³ in *Direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1995, p. 6.

- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

(...)"

A partir da interpretação sistêmica do art. 54, XXIII da Constituição do Estado do Amazonas e do art. 17, II, c e d da Lei n.º 8.666/93 podemos apontar as seguintes conclusões:

- a) O disposto no art. 54, inciso XXIII da constituição Estadual reporta-se à prévia autorização legislativa para a alienação de ações referentes a empresas estatais, ou seja, sociedades de economia mista e empresas públicas;
- b) A alienação de ações pertencentes ao Estado e referentes a sociedades anônimas privadas prescinde de autorização legal específica, necessitando, contudo, de permissão legal, ainda que genérica, por força do princípio da legalidade;
- c) A permissão legal para alienação de ações pelo Poder Público encontra-se esculpida no art. 17, II, c, da Lei n.º 8.666/93;
- d) Em qualquer caso, a alienação das ações está subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, devendo ainda ser precedida de avaliação;
- e) Na hipótese de serem negociadas em bolsa de valores há de ser observada a legislação específica.

Aproveitando o ensejo, entendo por oportuno analisarmos a existência ou não de interesse público na alienação das ações pertencentes ao Estado e referentes às empresas sucessoras da TELEBRÁS e TELAMAZON.

Nesse particular, valho-me da preciosa lição do Doutor Marçal Justen Filho⁴:

⁴ in *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, São Paulo : Dialética, 8ª ed., 2001, p. 170

“Ainda assim, devem estar presentes outros requisitos para a alienação restringindo a discricionariedade administrativa na seleção dessa hipótese. Há hipóteses em que a Administração está impedida de deliberar pela alienação. **Há outros casos em que a Administração tem o dever jurídico de promover alienação.** Isso se passa quanto a bens que não sejam inerentemente públicos e que tenham sido integrados no patrimônio público por circunstâncias eventuais, não sendo necessários à realização das finalidades públicas. Assim, por exemplo, suponha-se caso de herança jacente, que acarrete sucessão universal em favor do Estado e que o espólio abranja bens totalmente desvinculados do interesse público. **Ou, mesmo, situação derivada de intervenção estatal no domínio econômico, desaparecendo supervenientemente os motivos autorizadores do exercício direto de atividade econômica por parte do Estado. Podem lembrar-se, ainda, situações em que haja controle ou participação do Estado em sociedades privadas, relativamente às quais não exista lei assim autorizando.**

“Em todos esses casos, não há autorização constitucional para permanência da situação. O Estado não pode desempenhar atividade econômica nem manter a situação existente. Estará obrigado a promover a alienação para cumprir os desígnios constitucionais. Excluídas essas duas situações extremas, haverá discricionariedade na decisão de alienar bens, que deverá ser cumpridamente motivada para indicar sua compatibilidade com o interesse público.” (sem destaques no original)

Desta maneira, no pertinente à primeira indagação, concluo pela desnecessidade de autorização da Assembléia Legislativa para alienação das ações pertencentes ao Estado do Amazonas e referentes às empresas privadas sucessoras da TELEBRÁS e TELAMAZON.

Passemos ao segundo questionamento.

2. A eventual alienação das referidas ações pelo Estado do Amazonas amolda-se na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 17, inciso II, c da Lei n.º 8.666/93?

Sim. Conforme exposto alhures a situação sub examem subsume-se à hipótese do art. 17, II, c, da Lei n.º 8.666/93. Ressalte-se que alguns doutrinadores⁵ defendem que a alienação de ações pelo Poder Público poderá ser feita tanto pela Bolsa de Valores com licitação dispensada, nos termos do art. 17, II, c, da Lei n.º 8.666/93, ou ainda, por procedimento licitatório. Estabelecem, portanto, que a venda pode ser efetuada através de licitação **não sendo esta, contudo, obrigatória**. O que irá determinar a realização ou não do certame é a conveniência e o interesse público. Nesse sentido, apropriada é a transcrição de trecho de parecer⁶ da Procuradoria do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Paraná ao analisar a alienação de ações da Companhia Paranaense de Energia Elétrica (CO-PEL):

"Para nós, a venda de valores mobiliários do patrimônio dos entes públicos PODE ser realizada mediante licitação pública, promovida pela própria administração, conforme as regras estabelecidas na Lei Federal n.º 8.666/93, desde que previamente registrada e autorizada a operação pela Comissão de Valores, como exige o art. 19 da Lei Federal n.º 6.385/76, sob pena de configurar ilícito penal, nos termos do art. 7º, inciso IV, da Lei Federal n.º 7.492/86 (a chamada Lei dos Crimes do Colarinho Branco).

"Todavia, até considerando a falta de experiência da maioria dos Municípios do Estado na alienação dessa espécie de coisas, sempre será conveniente que sua venda se faça através da Bolsa de Valores do Paraná, que é instituição

⁵ Destaca-se como defensor desse corrente o Professor Hely Lopes Meirelles in *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1996, p. 60.

⁶ Procurador Dr. Paulo Roberto Trompczynski in *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*, n.º 109, p. 143.

especialmente criada para sediar a oferta pública de títulos e valores mobiliários, além de estar submetida à fiscalização e ao controle da Comissão de Valores Mobiliários." (sem destaques no original)

Optando a Administração Pública por realizar a alienação através da Bolsa de Valores, com licitação dispensada, impende salientar que se fará necessária a observância da legislação específica, nos termos da parte final da alínea *c*, inciso II, artigo 17 da Lei n.º 8.666/93. Para tanto, anexo a Instrução CVM n.º 286, de 31 de julho de 1998, que dispõe sobre a alienação de ações de propriedade de pessoas jurídicas de direito público e de entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Concluindo, a alienação das ações pertencentes ao Estado do Amazonas e referentes às empresas privadas sucessoras da TELEBRÁS e TELAMAZON amolda-se na hipótese do art. 17, II, *c*, da Lei n.º 8.666/93 podendo, portanto, a licitação ser dispensada para efetuar a venda através da Bolsa de Valores. Entrementes, caso a conveniência e o interesse público apontem para caminho diverso (o que não me parece), a alienação poderá ser realizada através de procedimento licitatório.

Enfrentemos a partir deste ponto a terceira proposição indagativa.

3. A contratação de corretora para efetuar os serviços de atualização e obtenção da posição acionária do Estado, bem como para negociar as ações e títulos no mercado deve ser precedida de procedimento licitatório? Poderia haver dispensa do certame com fundamento no art. 17, II, *c* e *d*, ou então na hipótese de inexistência de licitação, conforme dispõe o caput do art. 25, ambos da Lei n.º 8.666/93?

Preliminarmente, cumpre destacar que a indagação refere-se a prestação de dois serviços com objetos distintos e divisíveis, quais sejam:

- atualização e obtenção da posição acionária do Estado;
- negociação na Bolsa de Valores das ações e títulos porventura existentes.

Sendo os serviços, como já dito, perfeitamente identificáveis e divisíveis reputo apropriada a celebração de contratos distintos. Assim, inicialmente seria firmado um ajuste para que a corretora prestasse os serviços de atualização e obtenção da posição acionária do Estado. Após, de posse dos demonstrativos indicadores das ações efetuar-se-ia nova avenca, desta feita para a sua negociação na Bolsa de Valores.

Sobrelevo que a separação dos serviços é azada tendo em vista que, antes do exame da situação acionária do Estado, não é possível a assinatura de um contrato exato e bem avençado para a negociação das ações. Isso porque não se terá a menor noção de sua quantidade e valor, nem ao menos sabendo sobre que empresas estas recaem.

Desta forma, reitero ser recomendável que se façam duas contratações: uma para obter as informações acerca das ações e outra para aliená-las no mercado. Tal exigência não obsta que uma mesma corretora desempenhe os dois serviços. Significa tão-somente que se farão necessários dois ajustes, em momentos e condições distintas.

Debrucemo-nos agora sobre a questão da necessidade de a referida contratação efetuar-se mediante procedimento licitatório.

Quanto ao ajuste para prestação dos serviços de atualização e obtenção da posição acionária do Estado, tratarei quando abordar os aspectos relativos ao quarto questionamento.

Por ora, abordarei o seguinte aspecto: a contratação de empresa corretora para negociar as ações e títulos no mercado deve ser precedida de procedimento licitatório? Poderia haver dispensa do certame com fundamento no art. 17, II, c e d, da Lei n.º 8.666/93?

A despeito de atrás transcrito, peço vênia para, em homenagem a melhor compreensão, reproduzir novamente o texto legal do Estatuto de Licitações e Contratos invocado:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – *omissis*

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) *omissis*

b) *omissis*

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

(...)” (sem destaques no original)

O art. 17, inciso II, alínea c da Lei n.º 8.666/93 traz, portanto, hipótese de certame dispensado. No entanto, o negócio jurídico dispensado de licitação pela norma em exame é o ato de o Estado **alienar bens móveis seus (ações e títulos)**. Em outros termos, permite este dispositivo que o Poder Público venda parcela de seu patrimônio por outra forma que não seja licitação. Isso não significa que todos os atos relacionados com esta alienação estejam igualmente albergados pelo permissivo legal. Assim, os procedimentos preparatórios ou mesmo executórios da venda das ações, se envolverem negócios jurídicos a serem celebrados pelo Estado, devem, obrigatoriamente, estar precedidos de certame público.

Reitera-se. A interpretação literal da norma não tolera outra conclusão: apenas a alienação (oferta do bem e recebimento das propostas em recinto de bolsa) está dispensada de licitação. Ou seja,

não é obrigatória a venda por tomada de preços, concorrência, pregão. A contratação do vendedor, no entanto, por ser objeto de negócio jurídico distinto, não está isenta de procedimento licitatório, porquanto esse serviço seja remunerado através de taxa de corretagem que pode servir de base para uma disputa de menor preço entre concorrentes do mercado.

A celebração do ajuste com a empresa de corretagem poderia então ser enquadrada na hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme dispõe o *caput* do art. 25, da Lei n.º 8.666/93?

Preceitua o art. 25 da Lei de Licitações de Contratos:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências,

publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2o Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis."

Após o *caput* do artigo estatuir que é *inexigível* a licitação quando houver *inviabilidade* de competição os incisos que acompanham este dispositivo representam apenas três exemplos de situações nas quais o legislador reconhece expressamente que é impossível a realização do certame.

Em outros termos, a inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, melhor dizendo, é impossível promover-se a competição, tendo em vista que um dos contendores reúne qualidades tais que o tornam único, exclusivo, *sui generis*, inibindo os demais pretensos participantes.

Como trata-se de uma situação de fato qualificada juridicamente, qual seja, o reconhecimento pela lei de que, diante de caso concreto, é impossível a realização da licitação, o legislador não poderia prever todas as hipóteses sendo, por isso, facultado ao administrador público, diante de situação semelhante mas não prevista no Estatuto, contratar direto sem o procedimento licitatório.

Nesta senda, confira-se a abalizada opinião da doutrina⁷ acerca da matéria:

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. *Licitações e contratos administrativos. Temas atuais e controversos*. São Paulo: RT, 1999. p. 192

“Da análise do caput do artigo 25 da Lei 8.666/93, pode-se concluir que o rol de hipóteses elencadas como inexigíveis não deve ser considerado taxativo, não excluindo qualquer outra hipótese em que, apesar de não elencada, o processo licitatório seja inviável. Isto vem expresso quando se ressalva que: ‘É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...’” (sem grifos no original)

Então, ainda que não prevista nos incisos do retrocitado art. 25, a contratação da empresa de corretagem poderia, em tese, enquadrar-se como hipótese de inexigibilidade de licitação. Bastaria, no entanto, que restasse comprovada a impossibilidade de competição.

Nesse sentido é o ensinamento dos seguintes autores:

Hely Lopes Meirelles:

“Ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contraentes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração.

(...)

Em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.”⁶

Marçal Justen Filho:

“Como visto, a inviabilidade de competição é consequência derivada de características existentes na realidade extra-

⁶ Hely Lopes Meirelles in *Direito Administrativo brasileiro*. Ob cit.

normativa, que tornam a licitação inútil ou contraproducente. É necessário destacar, no entanto, a inter-relação entre essa realidade extra-normativa e o interesse público a ser atendido.

De modo geral, poderia dizer-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que o interesse público apresenta peculiaridades e anomalias. Quando o interesse público puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.

Deve destacar-se, portanto, que a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam aos padrões de normalidade.

Isso permite afirmar que a inviabilidade de competição é uma característica do universo extra-normativo mas resultante da peculiaridade da necessidade a ser satisfeita pelo contrato administrativo.⁹

Em princípio, diante da ausência de maiores elementos probatórios, entendo que a contratação de empresa de corretagem de ações na Bolsa de Valores não se amolda no caso de inexigibilidade. Isso porque há inúmeras organizações econômicas semelhantes atuando no mercado, devendo ser a elas assegurada, em atenção ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF/88), a oportunidade de competir pelo direito de prestar serviços ao Estado.

4. O Estado do Amazonas, através da Secretaria de Estado da Fazenda, poderia outorgar procuração à empresa privada de corretagem para realização dos referidos serviços de atualização e obtenção da situação acionária do Estado, incluindo a administração indireta, sem ônus para o outorgante?

⁹ *ob cit.*, p. 278.

Sim. Tratando-se de serviço oferecido gratuitamente, destituído de qualquer vinculação com futura contratação, não há óbice legal à outorga de procuração.

Destaco, entretanto, que a Secretaria de Estado da Fazenda tem a natureza jurídica de órgão da administração direta não dispondo, desta feita, de personalidade jurídica própria, segundo a Teoria dos Órgãos, não sendo pois, sujeito de direito o que lhe obstaculiza a outorga a quem quer que seja. A procuração, portanto, deve ser firmada pelo Governador do Estado, titular da representação do Estado.

É o parecer, salvo melhor juízo.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em
Manaus, 09 de setembro de 2002.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-geral do Estado

TRABALHOS FORENSES

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA ESPECIALIZADA DA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradora infrafirmada, em conformidade com o art. 132 da Constituição da República e inciso 1, do art. 12 do Código de Processo Civil, vem perante Vossa Excelência, nos autos de **EMBARGOS À EXECUÇÃO** (Execução Fiscal – Processo nº 0121018368-1), opostos por **CERVEJARIA MIRANDA CORREA S/A**, apresentar, na guarda do prazo legal, **IMPUGNAÇÃO**, consoante o disposto no art. 17 da Lei de Execução Fiscal, expondo e requerendo conforme abaixo:

I – DA TEMPESTIVIDADE

Determinou o despacho às fls. (...), autos dos Embargos, a intimação da Fazenda Pública para a impugnar a defesa oposta.

Em 06.05.2002, consoante espelho de carga do Processo em epígrafe, deu-se a ciência da Fazenda Estadual; seguindo-se, à inteligência do art.17, da Lei nº 6.830/80, o prazo de 30 (trinta) dias para impugnação.

À vista da data de protocolo e considerando que o prazo fatal expira em 05.06.2002, dá a Fazenda Estadual como demonstrada a tempestividade de sua impugnação.

II - DA SÍNTESE FÁTICA

A Executada-Embargante, utilizando-se da faculdade prevista no art. 16 da Lei nº 6.830/80, ofereceu embargos com vistas a opor-se à pretensão formulada pela Fazenda Pública Estadual.

Na salvaguarda do crédito tributário, a Fazenda Estadual, à falta de pagamento espontâneo, ingressou com Execução Fiscal – Processo nº 01210018368-1, com vistas a alcançar o adimplemento forçado da obrigação fiscal representada pelas Certidões de Dívida Ativa nºs 3359/99, 3202/99 e 3373/99, atualizadas no valor integral de R\$9.190.423,99 (nove milhões, cento e noventa mil, quatrocentos e vinte e três reais e noventa e nove centavos), conforme Taxa SELIC (taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), adotada pela Lei Complementar nº 23, de 31 de janeiro de 2000.

Em suas razões, sustenta a embargante:

1. honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor das Certidões de Dívida Ativa, aplicados pela própria Fazenda Estadual;
2. ser de natureza confiscatória a multa de 400%;
3. falta de certeza e liquidez das Certidões de Dívida Ativa;
4. quanto à CDA nº 3359/99, que o percentual de agregado de 70% encontra amparo no Protocolo 11/91”;
5. quanto à CDA nº 3202/99, que não houve a circulação de mercadoria sem a nota fiscal correspondente;
6. quanto à CDA nº 3373/99, não ser contribuinte substituta do ICMS quando figura na condição de tomadora de serviços de transportes.

Em que pese o esforço do nobre patrono da Embargante-Executada, os embargos do devedor não merecem prosperar, devendo o pedido, ser julgado totalmente improcedente, como se passa a demonstrar.

III – DA PRELIMINAR

1. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA EMBARGANTE

Sabe-se ser a capacidade postulatória pressuposto de existência válida da relação processual. Representada a parte no processo por quem goze do *ius postulandi*, encontra-se apta para atuar no processo.

Há na capacidade postulatória o direito de praticar, em nome e no interesse da parte, todos os atos processuais necessários e indispensáveis ao desenvolvimento da relação processual. Para tanto, mister se faz, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado, que o mandado seja conferido por quem detém poderes para representá-la judicialmente. Essa é a lição extraída da leitura do art. 17 do Código Civil, *verbis*:

“Art. 17. As pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não designando, pelos seus diretores.”

Às fls. 30, autos dos Embargos, observa-se haver tão-só procuração outorgada por Elizer Batista de Lima e André Luiz Nogueira Silva, sem ao menos estar acompanhada do Estatuto Social da empresa a indicar se ao outorgante é assegurada a prerrogativa de representá-la em juízo.

Assim, com fulcro no art. 13 do CPC, requer a Fazenda Estadual a intimação da embargante para, no prazo de lei, sanar a irregularidade ora apontada, sob pena de extinção dos embargos sem julgamento do mérito, na forma preconizada no art. 267, IV do CPC.

IV – DAS PRELIMINARES ARGUÍDAS PELA EMBARGANTE

1. DA NÃO APLICAÇÃO, NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA, DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Diz a embargante haver, nas certidões de dívida ativa nºs

3359-3202-3373/99, a aplicação de honorários advocatícios, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre seu valor; sem, no entanto, demonstrá-la. Ao revés, assegura apenas ser idêntico procedimento ao adotado pela administração fazendária Federal, sequer do conhecimento da seara Estadual.

Ora, insigne julgador, a Certidão de Dívida Ativa, à luz do disposto no art. 2º, parágrafo 6º da Lei nº 6.830/80, contém tão-só os mesmos elementos insertos no Termo de Inscrição de Dívida Ativa, nem mais nem menos.

A contar do lançamento, no caso Autos de Infração nºs 75353-0, 66038-8 e 66898-2, o crédito tributário, na LEGISLAÇÃO, passa apenas a sofrer a incidência de atualização monetária, indispensável à recomposição do valor perdido com a inflação, hoje mais comedida em relação aos tempos de outrora.

E mais, por ser vinculada a atividade administrativa, eventual cobrança de honorários na forma então argüida dependeria de expressa autorização legislativa. Na sua falta, não há como se empregar tal procedimento.

Observa-se, por desconhecer os preceitos da Lei Estadual nº 2.350, de 18.10.95, editada para disciplinar a cobrança extrajudicial dos créditos fiscais, confundir-se a embargante com os honorários cobrados em ação judicial. É que o 2º permite a exação de 10% (dez por cento) a esse título na cobrança de dívida fiscal ainda em fase administrativa.

Ante o exposto e à vista do permissivo constante do Código de Processo Civil, falta interesse e legitimidade para fazer incidir 20% (vinte por cento) sobre a dívida fiscal, já que a aplicação desse encargo é da competência exclusiva do juiz, na condição de dirigente do processo.

Não bastasse, após rápida conferência entre os dados constantes das CDAs nºs 3359/99, 3202/99 e 3373/99 e dos seus

respectivos Autos de Infração e Notificação Fiscal (AINF), de pronto percebe-se que o valor inserto no campo demonstração do débito fiscal, integrante de cada AINF é o mesmo registrado no campo valor original das CDAs, tendo apenas sofrido, no decurso de tempo entre o lançamento e a propositura da respectiva execução fiscal, acréscimos decorrentes de atualização monetária.

2. DA INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO DE CONFISCO ÀS PENALIDADES

O Estado, na consecução de seus fins, necessita arrecadar recursos financeiros. Para tanto, lança uso de sua força impositiva e busca, no patrimônio do particular a receita de que necessita.

Por se tratar de obrigação que independe da vontade das partes, a atividade legislativa, encarregada de dispor da situação que, acontecida no mundo fenomênico, irá fazer nascer a obrigação de pagar tributos, deve pautar-se, na salvaguarda dos contribuintes, em normas e princípios constitucionais, dentre eles, o da vedação de confisco.

Conseqüentemente, uma das características do modelo constitucional tributário é vincular o legislador ordinário, no exercício de sua atividade, à observância do princípio da vedação de confisco (art. 150, IV, CF/88), tão-somente quando cuidar da criação ou elevação de tributos. Assim, da adequada interpretação desse artigo, resultará a inafastável conclusão de que o confisco não se aplica à atividade legislativa no tocante a penalidades, senão vejamos o teor do art. 150, IV, da Constituição da República:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV – utilizar *tributo* com efeito de *confisco*;

De fato, no dizer autorizado de ROQUE ANTÔNIO

CARRAZA¹ "a tributação não pode agredir a propriedade privada, a ponto de fazê-la desaparecer. Em termos mais técnicos, não pode assumir feições confiscatórias"

De notar buscar o doutrinador conformar-se aos termos do art. 150, IV, da CF/88, que, textualmente, impõe ao ente político, no exercício de sua competência tributária legislativa, não adotar *tributos* que esgotem no todo a fonte produtora.

De igual sentir, é a posição defendida pelo consagrado Prof. VITTORIO CASSONE² :

"Mas, na realidade, no caso das penalidades, não implica proibição de confisco" (art. 150, IV, CF), porque esse instituto vale para a situação de "utilizar tributo com efeito de confisco", não para as penalidades, as quais envolvem operações irregulares (sonegação fiscal)." (grifamos)

"Logo, em se tratando de multa, a disposição de "proibição do confisco" não se aplica.

"Destarte, somente é possível incidir em confisco ou ofender à capacidade contributiva, em hipóteses de operações (atos, fatos ou negócios jurídicos) regulares, porquanto, na existência de grave irregularidade fiscal, não haverá de se falar em afetação a tais princípios." (grifamos).

De igual forma, não se aplica, como quer fazer crer a embargante, os termos do art. 112, IV do CTN, que nos fala da interpretação benigna. É que sua admissão, no caso concreto, está condicionada à existência de dúvida, situação incorrente ao caso entelado.

Ora, a Administração Fazendária, após regular procedimento de fiscalização, constatou o ardil utilizado pela embargante para

¹ Curso de Direito Constitucional Tributário. 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 335.

² IOB Repertório de Jurisprudência, 2ª quinzena de março de 2000 - nº 6/2000, caderno 1, p. 153.

escapar da exação tributária; não havendo, portanto, qualquer dúvida razoável a justificar o emprego do art. 112, IV, do CTN, até por ser certa a infração e a penalidade aplicável.

Diante de todo o exposto, não há se falar em multa confiscatória: à **uma**, porque a vedação de confisco, nos termos do art. 150, IV, da CF/88, refere-se exclusivamente a tributos, à **duas**, porque, ainda que se busque empregar o direito de propriedade, previsto no inciso XXIV, art. 5º da CF/88, é forçoso reconhecer sua inaplicabilidade em situações onde há a prática de ilícitos, como por exemplo, simulação de venda, e à **três**, porque a finalidade primeira da multa pecuniária não é abastecer os cofres públicos, mas impor sacrifício financeiro hábil a desestimular e reprimir condutas lesivas aos interesses coletivos.

Atente-se, ainda, considerando que a embargante tão-só se insurge quanto à multa imposta na CDA nº 3373/99, na ordem de 400% (quatrocentos por cento), sem se referir às demais, resta demonstrada a inaplicabilidade do princípio constitucional da vedação de confisco às penalidades, eis que livre é sua fixação.

3. DA CERTEZA E LIQUIDEZ DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA

Para garantir sucesso na desconstituição da Certidão de Dívida Ativa mister se faz a produção de prova inequívoca, robusta a atacar a presunção de liquidez e certeza, salvo contrário o manejo de embargos revela-se procrastinatório, com o único e exclusivo fim de obstaculizar e retardar o recebimento da dívida executada.

Analisando compêndios de jurisprudência a respeito da matéria, colhemos os seguintes excertos:

EXECUÇÃO FISCAL – CDA – PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA – EMBARGOS – ALEGAÇÕES GENÉRICAS. – INSUFICÊNCIA.

“Embargos à Execução Fiscal. Certidão de Dívida Ativa –

CDA. Presunção de liquidez e certeza, não afastada pelo embargante. Art. 3º, da Lei 6.830/80. Requisitos do art. 2º, §5º, da mesma lei. Denúncia espontânea. Art. 138, do CTN. Multa. 1. **A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza, só afastada por prova inequívoca em contrário, a qual deve ser trazida aos autos pelo executado/embargante.** 2. As alegações genéricas desenvolvidas nos embargos à execução, sem contudo, ser negada a existência da dívida, não são capazes de afastar a liquidez e certeza de que dispõe a CDA. 3. Não há falar em nulidade da CDA, em vez que esta preenche os requisitos elencados pelo art. 2º, §5º, da Lei 6.830/80, tais como origem da dívida e fundamentação legal. 4. A denúncia espontânea, para afastar a incidência de multa em relação ao débito cobrado, deve ser anterior ao início de qualquer procedimento administrativo correspondente. Inteligência do parágrafo único do art. 138, do CTN. 5. **Apelação improvida.**” (Ac um da 1ª T do TRF da 4ª R – AC 1998.04.01.045614-7/RS – Rel. Juiz José Luiz B. Germano da Silva – j. 14.09.99 – Apte.: Aníbal Daniel e Cia. Ltda.; Apda.: União Federal/Fazenda Nacional – DJU-e 2 06.10.99, p. 15 – ementa oficial)³

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – DESCONSTITUIÇÃO DA CDA – PROVA INEQUÍVOCA – NECESSIDADE.

“Tributário. Embargos à execução. Multa. INMETRO. CDA. Requisitos legais. 1. A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, cumprindo ao embargante desfazer essa presunção através de prova inequívoca, incorrente na hipótese. 2. Por força do artigo 23, inciso VIII da lei nº 8.078/90, é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, colocar no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais

³ Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de dezembro de 1999, nº 24/99, caderno 1-página 678.

competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO.3. Reduzida a honorária advocatícia para 10% (dez por cento) sobre o débito exequendo corrigido, adequando-a aos precedentes da Turma e aos balizamentos traçados pelo artigo 20, §4º do CPC. 4. Apelação parcialmente provida”. (Ac um da 6ª T do TRF da 3ª R – AC 93.03..036500-3 – Rel. Des⁸. Fed. Marli Ferreira, j. 20.10.99 – Apte. Superatocado Santa Tereza Ltda.; Apdo.: Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro – DJU 2 1ª .12.99, p. 691 – ementa oficial)⁴

“Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de liquidez e certeza, a exequente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será desmerecida, e, com o prosseguimento da execução, será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas a embargante que terá que enfraquece-lo (...) No caso, a Certidão de Dívida Ativa está regular e não foi ilidida com as alegações formuladas pela embargante, já que não acompanhadas de nenhuma prova, como nem foi requerida a posterior produção de elemento probatório” (TRF – 5ª T. ApCiv 114.803-SC, rel. Min. Sebastião Reis, Bol 1.465/11)

EXECUÇÃO FISCAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA INSCRITA – VALIDADE FORMAL

“Execução fiscal: Certidão de Dívida Inscrita – Validade Executiva formal – Processo Tributário Administrativo. O que torna o título formalmente eficaz e lhe imprime vigor executivo é a inscrição da dívida, que prescinde de auto-de-infração e

⁴ Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de março de 2000- cartão 1 - página 123.

de prévio processo administrativo. *O título da dívida inscrita tem eficácia executiva formal, e a presunção de liquidez e certeza que ostenta só pode ser destruída através de prova do obrigado.*" (Ac um da 2ª C Civ do TJ MG – ac 000.178.423-0/00 – Rel. Des. Rubens Xavier Ferreira – j. 06.06.00 – Apte.: DMAE – Departamento Municipal de Água e Esgoto; Apdo.: Antônio Rodrigues Soares – DJ MG 06.02.01, p. 01 – ementa oficial)

Por traduzir o título executivo a presunção da coexistência dos requisitos de certeza, *liquidez e exigibilidade*, não se justifica a oposição de embargos que deixe de atacar eficazmente tais atributos.

É que a certeza repousa na existência da obrigação; a liquidez na determinação do valor – principal, juros, multa e demais encargos legais - ou na individualização do objeto da obrigação, consoante se refira à obrigação de pagar em dinheiro, de entrega de coisa, de fazer ou não fazer, e a exigibilidade na obrigação que não depende de termo ou condição, nem se encontra sujeita a outras limitações.

À vista das fls. 03, 04 e 05, dos autos da execução fiscal, autos do Processo nº 0121018368-1, vê-se que todas as certidões de dívida ativa observam os requisitos necessários. Em sendo assim, cabe ao devedor, para obter o desfazimento ou a restrição da eficácia do título executivo, produzir prova inequívoca, no sentido de evidenciar a inexistência e, conseqüentemente, a incerteza ou a iliquidez.

Para ser inequívoca a prova produzida em contrário, impõe-se ser clara e precisa. Não é suficiente a simples alegação. É preciso restar comprovado, de forma a não gerar a menor objeção, que: a) não houve a inscrição da dívida; b) o órgão que fez a inscrição não tinha competência para fazê-lo; c) do termo da inscrição não consta o nome do devedor, nem o valor, natureza, origem e número do processo em que se baseou a inscrição.

Ora, as certidões de dívida ativa não omitem essas informações; eis por que o pedido de nulidade da execução não é

preciso e revela-se insuficiente para desconstituir a *liquidez*, certeza e exigibilidade do título executivo.

Sabe-se que compete ao interessado o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I do CPC). Se não o exerce eficientemente, assume o risco de ver sua pretensão desatendida. Ora, o fato constitutivo do direito do autor é o fato alegado que pode desfazer o título. Se o embargante não demonstra convincentemente esse fato, perde os embargos, pois prevalece a presunção de certeza que emana do título.

É dizer que a certidão da dívida ativa da Fazenda Pública Estadual, por conter presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, somente é atacável por esforço próprio do devedor, conforme se infere da decisão abaixo:

"A exequente não se obriga a fazer qualquer nova prova, além da certidão da dívida ativa, bastando-lhe a presunção de liquidez e certeza que deriva da certidão que instrui a execução fiscal (art. 204 do CTN), certo que ao sujeito passivo da relação processual cabe desfazer essa presunção" (TJSP, 10ª Câm. Cív., em 27-02-1981, ADV N. 3.990).

Assim sendo, a preliminar de nulidade do título executivo é completa e absolutamente improcedente, eis que a certidão de dívida ativa acostada à exordial contém os elementos descritos no § 5º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, como abaixo se demonstra:

a) nome e endereço do devedor: Cervejaria Miranda Correa S/A, como domicílio fiscal na Rua Comendador Alexandre Amorim, 26-Aparecida – Manaus;

b) valor do débito original, inscrito e atualizado até a data das respectivas inscrições:

CDA nº 3359/99 – R\$ 5.760.967,53, 5.983.412,64 e 5.994.993,47;

CDA nº 3202/99 – R\$ 35.493,12, 36.214,73 e 36.304,93;

CDA nº 3373/99 – R\$ 59.472,00, 60.661,44 e 60.780,38;

c) forma de calcular os juros de mora (válido para todas as CDAs):
artigo 161 do CTN e artigo 5º da Resolução nº 10/87-GSEFAZ;

d) forma de calcular a multa:

CDA nº 3359/99 - artigo 101, VI, da Lei Complementar nº 19/97;

CDA nº 3202/99 - artigo 101, VII, da Lei Complementar nº 19/97;

CDA nº 3373/99 - artigo 101, IV, da Lei Complementar nº 19/97.

e) origem, natureza e fundamento legal da dívida (enquadramento do imposto):

CDA nº 3359/99 - art. 57, inciso VI e IX, c/c art. 71-III, Decreto nº 11.773/89

CDA nº 3202/99 - art. 20, VI e XXIII, c/c art. 94, caput e parágrafo 3o, Lei Complementar nº 19/97

CDA nº 3373/99 - art. 25, III, da Lei Complementar nº 19/97

g) data e número da inscrição da dívida ativa:

CDA nº 3359/99 - 26.10.1999

CDA nº 3202/99 - 22.10.1999

CDA nº 3373/99 - 26.10.1999

h) número do processo administrativo (origem do débito):

CDA nº 3359/99. Processo Administrativo 39843/98-1 AINF nº 75353-0

CDA nº 3202/99. Processo Administrativo 09412/99-2 AINF nº 66038-8

CDA nº 3373/99. Processo Administrativo 09220/99-9 AINF nº 66898-2

Não bastasse a clareza das informações constantes das Certidões de Dívida Ativa, busca o embargante, insatisfeito tão-só com a indicação dos dispositivos legais pertinentes, obter da Fazenda Estadual esclarecimentos quanto às operações matemáticas desenvolvidas.

De efeito, não é função da Certidão de Dívida Ativa demonstrar passo a passo os cálculos aritméticos efetuados, até porque não é essa a exigência contida no art. 2º, §5º e §6º da Lei nº 6.830/80. Cabe-lhe apenas indicar os dispositivos legais aplicáveis.

Acresça-se, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona ao autorizar emissão de certidão de dívida ativa que consigne o valor do débito apenas em índice de atualização monetária, *in verbis*:

“EXECUÇÃO FISCAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – VALORES EM UFIR – CTN E LEI Nº 8.383/91 – LEGALIDADE”

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL.

CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. VALORES EM UFIR. AUTORIZAÇÃO LEGAL.

INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 57 DA LEI 8.383/1991 E 202, II, DO CTN.

I - E PERFEITAMENTE EXEQUÍVEL TERMO DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, E RESPECTIVA CERTIDÃO, EMITIDOS PELO INSS, EM VALORES EXPRESSOS EM UFIR, AO INVEZ DE MOEDA CORRENTE NACIONAL.

II - INEXISTE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 57 DA LEI 8.383/1991 E O ART. 202, II, DO CTN, PORQUANTO ESTE EXIGE TÃO SOMENTE QUE O TERMO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA INDIQUE, OBRIGATORIAMENTE, A QUANTIA DEVIDA E A MANEIRA DE CALCULAR OS JUROS DE MORA ACRESCIDOS, ENQUANTO O OUTRO DISPOSITIVO LEGAL MANDA APLICAR A UFIR, COMO INSTRUMENTO PARA EXPRESSAR VALORES. PRECEDENTE.

III - RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (Ac. da 1ª T do STJ – Resp 106.161/RS – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. 9.10.97)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS IMPROVIDOS.

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. VALORES EM UFIR. LEI 8.383/91 (ART. 57).

CTN, ARTS. 202 E 203.

1. Inexistência de incompatibilidade entre o artigo 57, Lei 8.383/91, e o artigo 202, II, CTN. Persistência da liquidez e certeza da dívida expressada em UFIR.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso improvido.”

De todo o exposto, não é de causar espécie o valor inscrito e o registrado na inicial serem distintos, até por que, para evitar tal distinção, a própria jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça admite execução fiscal em valor convertido em índice de atualização monetária. Daí, por faltar prova inequívoca para afastar a liquidez e certeza do crédito tributário, não há se falar em improcedência da ação fiscal.

V - DO MÉRITO

Ad argumentandum tantum, caso superada a preliminar arguida, no mérito, melhor sorte não tem a Embargante, senão vejamos:

1. DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA Nº 3359/99

De acordo com as definições trazidas pelo CTN, nos arts. 121 e 128, contribuinte é a pessoa que goza de relação direta e pessoal com a hipótese de incidência materializada no mundo dos fatos. Conquanto, a rigor, caiba-lhe o recolhimento do tributo, a legislação, no resguardo da fiscalização e arrecadação da receita tributária, pode atribuir à pessoa diversa o dever de cumprir a obrigação correspondente. Nesse passo, surge a figura do substituto, espécie de responsável tributário que, à vista de expressa disposição legal, assume com exclusividade o dever de recolher, no caso, o ICMS incidente na comercialização de cerveja que, na ausência do regime

da substituição, deveria ser recolhido pelo estabelecimento comprador de tais produtos.

A substituição tributária existe sob dois regimes, a saber: a) *a substituição para trás*; b) *substituição para frente ou retenção de imposto na fonte*.

Na primeira, há a transferência da responsabilidade de pagar o imposto para uma fase posterior à ocorrência do fato gerador. Noutro falar, o pagamento é adiado para um momento posterior àquele que normalmente seria devido, caso não houvesse a substituição. É que ocorre o fato gerador, nasce a obrigação tributária (pagar tributo), porém a legislação atribui a terceira pessoa (substituto), usualmente, a mais próxima do encerramento do ciclo econômico de circulação do bem ou prestação do serviço, a obrigação de recolher o imposto.

Na segunda, há a exigência antecipada do imposto que seria devido em face da futura circulação do bem ou prestação de serviço, posto haver presunção indubitosa de que ocorrerá o fato gerador do imposto; garantindo-se, contudo, a devolução na hipótese de sua inoccorrência. Assim, na substituição tributária para frente, hipótese que se dá com a embargante, o fabricante de cerveja, face expressa disposição legal, assume a responsabilidade de recolher, desde a saída da mercadoria de seu parque fabril, o imposto incidente na ulterior revenda da mercadoria pelo varejista (dono de bar, restaurantes, danceterias, etc.) ao consumidor final.

Sabe-se que, enquanto não advinda a lei complementar prevista no art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, da CF/88, os Estados, via autorização inserta no art. 34 do ADCT, tinham competência para celebrar entre si convênios, fixando, provisoriamente, normas sobre ICMS. Advém daí o Convênio ICMS 66, de 16.12.88 que, no art. 25, previa a adoção do regime da substituição tributária pela legislação ordinária de seus signatários.

Nesse passo, a Lei n. 1.893, de 30.12.88 trouxe nova redação ao art. 23 da Lei nº 1.320, de 28.12.78 (antigo Código Tributário do

Amazonas), para incluir a figura da substituição tributária, posteriormente regulamentada pelo art. 59 do Decreto nº 11.773, de 30.01.89 (antigo Regulamento do ICMS).

Pois bem. A lavratura do Auto de Infração nº 75353-0 deu-se em razão da embargante, afrontando os termos da legislação aplicável, ter agregado, no preço de sua mercadoria sujeita à substituição tributária, percentual inferior ao devido. É que, no lugar de 120% (cento e vinte por cento), fez incidir 70% (setenta por cento), margem de valor agregado prevista no Protocolo ICMS nº 11/91.

Sob o argumento de ser o Estado do Amazonas signatário do Protocolo ICMS nº 11/91, pede a improcedência da exação fiscal; esquecendo-se, no entanto, que, nos termos do Protocolo ICMS 30, de 20.12.90 (anexo), os efeitos previstos no de nº 11/91 foram postergados para 1º de fevereiro de 2000.

Ora, Excelência, as operações fiscalizadas que ensejaram a lavratura do auto em epígrafe referem-se ao período fiscal de 1998, anterior à eficácia do Protocolo ICMS 30/99.

Atente-se, ainda, por força do art. 144 do Código Tributário Nacional, dever o lançamento "reportar-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e reger-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada".

E mais, o art. 105 do CTN reza, textualmente, aplicar-se ao futuro a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses do art. 106, incoerentes na espécie.

Dessarte, à falta de efetividade da norma, não há como se afastar a aplicabilidade do disposto no art. 60, I, letra g, do Decreto nº 11.773/89, *in verbis*:

"Art. 60. Para os casos de retenção do imposto na fonte previsto no art. Anterior, a base de cálculo será o preço de venda acrescido de:

l – nas operações internas com:

g) **cerveja, chope e bebidas alcoólicas: 120% (cento e vinte por cento)**”

De igual forma, não cabe argüir ter a Fazenda Pública equivocado-se ao atribuir à embargante (fabricante) o mesmo *tratamento dispensado aos distribuidores, até porque o caput do art. 59 do Decreto. 11.773/89 alcança, indistintamente, a todos. Vejamos:*

“Art. São também responsáveis pelo pagamento do imposto, na **condição de contribuinte substituto**, mediante retenção na fonte do tributo devido pelo comprador, na primeira operação de saída dentro do Estado:

l – os fabricantes, comerciantes, revendedores, atacadistas e distribuidores de: cigarros; fumos e seus derivados; papel para cigarros; cerveja; chopes e bebidas alcoólicas em geral (...)”

Com efeito, em toda a operação que houver a venda de cerveja pelo fabricante nacional a distribuidor, comerciante ou a qualquer sorte de revendedor, caberá ao primeiro recolher aos cofres públicos o ICMS resultante sobre todas as demais fases de circulação da mercadoria até o consumidor final, posto que estas, em face do regime da substituição tributária, já se encontram devidamente oneradas.

A propósito, cite-se o parágrafo 3º do art. 59:

“Parágrafo 3º - **Com a retenção na fonte** de que trata este artigo, leite em pó ou condensado; macarrão; bolachas; biscoitos e produtos alimentícios derivados do trigo; **bebidas alcoólicas**; carnes e vísceras; o pão de qualquer tipo; o cigarro e produtos derivados do fumo; papel para cigarros; **cervejas, chopes, refrigerantes, o extrato concentrado para o preparo de refrigerantes; água mineral; café moído ou torrado; são considerados “já tributados” nas demais**

fases de comercialização, vedado o aproveitamento do crédito fiscal relativo às entradas destas mercadorias no estabelecimento”.

O distribuidor, na forma posta na legislação, só assumiria a feição de contribuinte do ICMS, na condição de substituto, se importasse cerveja do exterior. De fato, quando fosse revendê-la no mercado interno, efetuaria a primeira operação de saída, na forma insculpida no *caput* do art. 60.

Ante o exposto, não há se falar em tratamento distinto a fabricante e distribuidor de cerveja, tampouco que a exação tributária implica em onerar o produto ao consumidor final.

2. DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA Nº 3202/99

Trata-se de Auto de Infração e Notificação Fiscal lavrado em face da circulação de mercadoria, no dia 04.02.99, faz-ser acompanhar de nota fiscal emitida cinco dias antes (30.01.99).

Diz o art. 20, incisos VI e XXIII, da Lei Complementar nº 19, de 29.12.97, editada para instituir o novo Código Tributário do Amazonas, caber a escrituração de documentos fiscais, na forma regulamentar, sem qualquer sorte de vício e adulterações.

Estabelece o art. 139, parágrafo 1º do Decreto nº 20.686, de 28.12.1999, elaborado para regulamentar a Lei Complementar nº 19/97, caber apreensão de mercadorias que, em trânsito, encontrarem-se em situação irregular, sem prejuízo da cobrança do imposto e acréscimos legais.

Em suas razões, sustenta a embargante que, em 30.01.99, emitiu nota fiscal para transportar mercadorias, estocadas no Porto de Manaus, para a sua distribuidora. Por se cuidar de dia não útil, o desembaraço só se deu em 04.02.99, cinco dias após a emissão do documento fiscal.

Ora, insigne julgador, por conhecer a embargante tratar-se de dia sem expediente alfandegário, não poderia, especialmente neste dia, emitir nota fiscal para acompanhar mercadoria que, sabidamente, não seria desembaraçada na data de sua emissão.

E mais, por cuidar-se de empresa com vasta experiência na atividade mercantil, não pode alegar desconhecer o teor do parágrafo 3º do art. 202 do Decreto. 20.686/99 que, nessa específica situação, traz ao empresário solução adequada a evitar a emissão de nota fiscal para acompanhar mercadorias, cujo o momento de desembaraço na repartição aduaneira sequer é conhecido:

“Art.202 – Os contribuintes do ICMS são obrigados a emitir, conforme as operações ou prestações que realizem, os seguintes documentos fiscais:

Parágrafo 3º - Supre a emissão da Nota Fiscal destinada a acobertar o transporte de mercadorias do porto/aeroporto até o estabelecimento importador a Declaração de Importação, desde que previamente desembaraçada pelo Fisco Estadual”.

Desta feita, nada justifica a pressa em emitir documentação fiscal: à uma, porque sabia faltar no sábado expediente alfandegário, à duas, porque, sabendo ser sábado, certamente também sabia que nesse dia não poderia ocorrer o pretendido desembaraço, e à três, porque a legislação tributária Estadual admite a circulação de mercadoria tão-só com a Declaração de Importação, previamente desembaraçada pelo Fisco Estadual, dispensando a emissão de nota fiscal.

Com efeito, o desembaraço da Declaração de Importação pela administração fazendária Estadual requer antes o efetuado pela repartição Federal. Assim, uma vez desembaraçada nesta esfera, a embargante poderia, no mesmo dia ou em dia subsequente, conforme sua intenção em aguardar a vistoria parcial ou integral de todas as suas mercadorias, promover o desembaraço junto aos órgãos da

Secretaria de Fazenda Estadual e, nesse mesmo dia, transportá-la ao seu estabelecimento.

Importar reforçar, à luz do art. 136 do CTN que “a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

De fato, não cabe à Administração Fazendária, na apuração das infrações fiscais, investigar a intenção do infrator, nem tampouco a extensão do ato, vale dizer, o efetivo prejuízo sofrido. Advém daí a natureza formal da infração tributária, que dispensa a apuração do grau de culpabilidade do sujeito passivo e o dano causado. Basta a constatação da irregularidade para justificar a imputação de penalidade. Nesse sentido, é a lição magistral de LUIZ EMYGDIO F. DA ROSA JR.⁵:

“O art. 136 do CTN dispõe que, salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Assim, tal responsabilidade é de natureza objetiva porque independe de dolo ou culpa por parte do agente ou responsável, ou da intenção de prejudicar a Fazenda Pública, ou de ter essa sofrido prejuízos pela infringência da legislação tributária. Disso resulta que basta a prática do ato violador da legislação tributária para que ocorra a responsabilidade por parte do agente. Todavia, como consta da oração inicial do dispositivo, a lei pode dispor de maneira diferente.” (grifamos).

Desta feita, impõe-se concluir que a lavratura do Auto de Infração, diferentemente do aduzido pela embargante, não se deu por simples presunção. Ao contrário, é fato incontroverso a circulação de

⁵ Manual de Direito Financeiro & Cis. Direito Tributário, 10ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 504.

mercadoria com documento fiscal emitido cinco dias antes que, nos termos já explicitados, é inidôneo e, por assim ser, constitui infração fiscal, independentemente da apuração de responsabilidade subjetiva do infrator (dolo ou culpa).

Por serem as notas fiscais documentos representativos da prática de atos relevantes ao direito tributário, só devem ser emitidas no exato momento em que ocorrer a prática desses atos, contendo todos os elementos básicos caracterizadores da operação.

Buscando, ainda, afastar a responsabilidade por infração fiscal, aduz que a Secretaria de Fazenda já admite a sua exclusão na hipótese do infrator demonstrar, por outros meios, o não cometimento do ilícito.

Prevê o art. 333, do CPC caber ao autor o encargo de provar o fato constitutivo de seu direito. Se assim não faz, assume o risco de ver sua pretensão desatendida.

Porquanto a embargante assegure a prática de operação regular, deixa de trazer aos autos cópia dos livros de registro de entrada e inventário. Sem estes, não há como observar se o registro seqüencial de notas fiscais corresponde exatamente ao estoque de mercadorias, consignado no livro de inventário.

Assim sendo, considerando que nos termos do art. 396 do CPC, o momento adequado à produção da prova documental é a propositura da ação. Ultrapassada essa oportunidade, como bem esclarece o artigo seguinte 397, apenas poderão vir a ser acostados aos autos documentos novos, não existentes quando do seu ajuizamento.

3. DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA Nº 3373/99

Cuida-se de Auto de Infração lavrado em face do não recolhimento, na condição de contribuinte substituto, do ICMS incidente quando da contratação de serviço de transporte, em flagrante ofensa ao art. 25, III, da Lei Complementar Estadual nº 19/97.

Com o advento da Lei Complementar nº 87, de 13.09.96, e à vista do parágrafo 7º, do art. 150 da Constituição Brasileira, puderam os Estados legislar a respeito da substituição tributária, consoante se vê do art. 6º, substituindo os termos do Convênio ICMS 66/88, celebrado entre as unidades Federadas na forma disposta no parágrafo 8º do art. 34 do ADCT:

“Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário:

Parágrafo 1º - A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

Parágrafo 2º - A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Sabe-se que a Constituição não cria tributo, tampouco a lei complementar, salvo as exceções indicadas na norma constitucional.

Com habitual propriedade, LUCIANO AMARO⁶, diz ser “a lei ordinária (da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios) que implementa, em regra, o princípio da legalidade tributária”; posto não ser tarefa da constituição criar tributos, mas apenas atribuir aos entes políticos competência para o exercício de tal função, como também não ser da lei complementar, na forma disposta no art. 146, III, da CF/88, tratar, a rigor, de tributação, mas apenas de leis sobre tributação.

⁶ *Direito Tributário Brasileiro, Saraiva: São Paulo, 1997, p. 164*

No tocante ao ICMS, a lei complementar nº 87/96 atende exigência específica do art. 155, parágrafo 2º, inciso XII, aliena *b*, da Constituição Federal, segundo o qual compete à lei complementar dispor sobre substituição tributária, senão vejamos:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda eu as operações e as prestações se iniciem no exterior;

Parágrafo 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII – cabe à lei complementar:

b) *dispor sobre substituição tributária;*

Da exegese de seus termos, não há outra conclusão senão a prerrogativa dos Estados criarem, por força do art. 6º, da LC 87/96, a figura da substituição tributária, e assim o fez ao constar na Lei Complementar nº 19/97 o artigo 25, que diz ser aplicável esse regime na contratação de serviço de transporte, seja interestadual ou intermunicipal.

Ainda a respeito, prescreve o art. 110, do Decreto nº 20.686, de 28 de dezembro de 1999:

"Art. 110. É responsável pela cobrança e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações concomitantes e subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, conforme dispuser a legislação tributária:

III – o contratante de serviço ou terceiro que participe da

prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, quando tiver início no território deste Estado, excetuado o serviço de transporte por via aérea:

a) o **tomador do serviço**, quando contribuinte do imposto neste Estado;

Desta feita, à embargante, na condição de contratante ou tomadora de serviço de transporte, caberia, à luz dos dispositivos de lei e na qualidade de contribuinte substituto, reter, quando do pagamento do preço do serviço, o ICMS incidente sobre essa operação. Noutro falar, deveria descontar do preço o valor que lhe incumbia recolher ao erário Estadual a título de ICMS, pagando à empresa transportadora apenas o saldo remanescente.

Dai, ao contrário do que busca fazer crer a embargante, a Lei Complementar nº 87/96 elegeu sim o regime de substituição tributária, igualmente adotado pela Lei Complementar Estadual nº 19/97.

VI - DO PEDIDO

Ante o exposto, requer a Fazenda Estadual digno-se V. Ex^a acolher a preliminar argüida, caso não suprida a omissão, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, determinando-se o prosseguimento da execução e condenando-se o Embargante nos ônus sucumbenciais.

Caso assim não entenda, requer sejam julgados totalmente improcedentes os Embargos à Execução, determinando-se o prosseguimento da execução e condenando-se o Embargante nos ônus sucumbenciais.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exclusão de nenhum.

Nestes termos,
Pede deferimento.
Manaus, 04 de junho de 2002.

Elissandra Monteiro Freire de Menezes
Procuradora do Estado

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS DO COLENO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

**PROCESSO: 20100502-6 - 1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO AMAZONAS**

**RECORRENTE: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
RECORRIDO: INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARCTICA DA
AMAZÔNIA**

Eméritos Julgadores,

I – DA POSTULAÇÃO

**INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARCTICA DA AMAZÔNIA
S/A, INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARCTICA DA AMAZÔNIA S/A-
FILIAL MAUÉS, TRANSPORTADORA DOIS PINGUINS LTDA.
DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS ANTARCTICA DE MANAUS LTDA.
E DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS ANTARCTICA DE MANAUS LTDA.
- FILIAL** ingressaram com ação ordinária em face da **FAZENDA
PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS**, pelas razões, em síntese,
sustentadas:

1. que a contar da Constituição Brasileira de 1988, o princípio da não-cumulatividade elegeu o sistema de crédito financeiro, onde se permite escriturar, na condição de crédito, todo o ICMS embutido no preço de compra de bens para uso, consumo, ativo fixo, na contratação de serviços de transporte e aquisição de energia elétrica;

2. que a Constituição Brasileira, nos art. 155, XII, c, não

dispensou ao legislador complementar a tarefa de eleger o sistema de crédito fiscal para compensação;

3. que a Constituição Brasileira tem por mercadoria qualquer bem, independentemente de sua destinação a ativo fixo, uso e consumo, ao argumento do conceito mercadoria abranger todas "as coisas móveis que circulam desde a produção ao consumo;

4. ser ilegítima a restrição temporal contida no art. 33, I e III, editado para autorizar o creditamento de ICMS incidente nas aquisições de bens de uso e consumo em data posterior a de publicação da lei;

5. por fim, requerem seja reconhecido direito ao aproveitamento e registro de créditos em seus livros fiscais no vultoso valor de R\$ 9.024.607,33 (nove milhões, vinte e quatro mil, seiscentos e sete reais e trinta e três centavos).

II – DO HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Em primeiro grau, o *decisium* pronunciou-se pela procedência da ação. Entendeu não poderia a Lei Complementar nº 87/96, no art. 33, dispor de limite temporal para o creditamento de ICMS, cujo encargo, pelo fenômeno da repercussão legal, foi suportado pelas autoras quando da aquisição de energia, bens de uso, consumo, integração de ativo fixo e na contratação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação prestados por terceiros, ao argumento de que essa norma infraconstitucional não poderia condicionar para o futuro o registro de crédito para compensação;

2. De igual forma, entendeu não poderia o Convênio 66/88, editado na forma do art. 34, §8º, do ADCT, ter adotado o regime de crédito físico;

3. Contra a decisão a *quo*, a Fazenda Pública do Estado do Amazonas interpôs apelação, com vistas a reformar a decisão monocrática;

4. O órgão *ad quem*, não adotando as razões recursais, confirmou, por inteiro, a sentença impugnada;

5. Opostos embargos de declaração, o acórdão embargado permaneceu inalterado;

6. Desta feita, a Fazenda Pública do Estado do Amazonas, inconformada com o v. acórdão, interpõe, respeitando os termos do art. 508 do C.P.C., o presente recurso.

III - DA TEMPESTIVIDADE

Trata-se de recurso interposto a tempo e modo. Há legitimidade e interesse.

O Estado-Recorrente se encontra representado por Procurador do Estado, nos termos do art. 132 da Constituição da República.

A intimação do teor da decisão recorrida foi publicada no Diário Oficial do Estado de 10.06.2002, que circulou em igual data. Considerando o disposto no art. 508 combinado com o 188, ambos do Código de Processo Civil, tem-se que o recurso, à vista da data de protocolo, foi devidamente interposto no prazo de 30 (trinta) dias de que dispõe as Fazendas Públicas.

E mais, devido à superveniência, no Tribunal de Justiça local, de recesso forense no mês de julho do corrente ano, restou suspensa a contagem dos 10 (dez) dias faltantes (1.07 a 10.07.02), cujo reinício se deu a partir de 01.08.2002 com prazo fatal em 12.08.02, por se cuidar 10.08.02 (sábado) de dia onde não há expediente forense.

A respeito, impõe-se citar decisão proferida por essa Egrégia Côrte:

“Não corre, nas férias coletivas, o prazo para o recurso especial” (RSTJ 42/263), mesmo nas causas cujo andamento

não se suspende durante elas (RSTJ 102/202: 2ª Seção v.u.; ainda: STJ 674/218, à p. 219)¹

IV – DA DECISÃO RECORRIDA

Contrariando e negando vigência ao disposto no art. 31, do Convênio ICMS 66/88 e art. 33, da LC 87/96, diz o acórdão recorrido, na forma abaixo ementada:

REMESSA EX OFFÍCIO e APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENS DESTINADOS AO USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE: DIREITO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE LEGAL. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 87/96: INAPLICAÇÃO DO ARTIGO 33 e INCISOS.

- Ao comando do entendimento doutrinário-jurisprudencial, o direito ao crédito do ICMS relativo aos bens destinados a uso, consumo ou ativo permanente existe desde 05.10.88, quando foi promulgada a atual Carta Política do país e não a partir de 01.11.96, para as mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento ou a partir de 01.10.88, para as mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, sendo certo que esse entendimento já se encontra ratificado pela Lei Complementar nº 87/96.

- Por isso mesmo, tendo em vista que a Perícia Contábil comprovou o direito dos Apelados de se creditarem nas suas respectivas escritas fiscais, a título de aquisição de bens de uso, consumo e ativo permanente, a teor do que prescreve o art. 155, § 2º da Constituição Federal, impõem-se a confirmação da sentença recorrida que apreciou, com exaço, a prova dos autos e a aplicação da legislação de regência.

- Remessa ex officio e APELAÇÃO CÍVEL conhecidos e improvidos.

¹ in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 33ª ed., Saraiva: São Paulo, 202, p.1848.

P.R.I. ...
(fls.1506.)

Em síntese apertada, o acórdão hostilizado assim se pronuncia:

- a) não haver *erro in procedendo* na realização da prova pericial;
- b) que o conceito de mercadoria é amplo, alcançando toda e qualquer espécie de bem, independentemente da intenção de revenda ou do destino que lhes for dado;
- c) que o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96 extrapolou os limites de sua competência, ao fixar limite temporal para a fruição de direito a crédito nas entradas de bens para uso, consumo, ativo permanente, energia elétrica e na tomada de serviços prestados;
- d) que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, há o direito a crédito em relação aos bens adquiridos para uso, consumo ou ativo fixo;
- e) que o artigo 31 do Convênio ICMS 66/88 também violou os limites de sua competência ao ter adotado o sistema de crédito físico.

**V - DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL
PELA ALÍNEA "A" e "C", INCISO III, DO ART. 105,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Sabe-se caber ao Superior Tribunal de Justiça promover, além da uniforme interpretação do direito federal, a sua correta aplicação pelos demais tribunais do País.

À luz do magistério de NELSON LUIZ PINTO², os termos

² PINTO, Nelson Luiz, *Recurso Especial para o STJ - teoria geral e admissibilidade*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996, pg. 115/117.

contrariar ou negar vigência, eficazes a sustentar a interposição de recurso especial, possuem estreita relação, senão vejamos:

A Constituição de 1988, entretanto, ao tratar das hipóteses de cabimento do recurso especial, não se limitou à hipótese de negativa de vigência a lei, mas referiu-se a contrariar tratado ou lei federal, expressão, essa, que, como dissemos, é muito mais abrangente do que negar vigência”

Infere-se, da lição acima, que o termo contrariar, por ser mais amplo do que negar vigência, não se restringe apenas a não aplicação de determinada lei à situação sub judice, vale dizer, o constituinte permitiu, nas palavras de NELSON LUIZ PINTO³, que “qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses a que ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta, possibilita a interposição de recurso especial; afastando, conseqüentemente, a incidência da Súmula 400.

1. DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTIGO 125, I, DO CPC

Diz o art. 125, I, do CPC competir ao juiz a direção do processo e, dentre outras funções, “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Em 06.04.99, o juiz singular determinou (fls. 1386) a realização de perícia e fixou, para apresentação do laudo, o prazo de 30 (trinta) dias após a publicação desse despacho, cujo prazo fatal deu-se em 20.05.1999.

Sem oferecer justificativa, o laudo pericial foi apresentado quatro meses após vencido o prazo fixado (01.09.99).

A Fazenda Pública do Estado do Amazonas, insurgindo-se

³ PINTO, Nelson Luiz, *ob. cit.*

contra a ausência do Termo de Audiência e Instalação de Perícia e a falta de sua intimação do dia, hora e lugar onde teria início a diligência, ofereceu, às fls. 1385/1391, **arguição de nulidade do laudo pericial**, culminando na realização de nova prova, cujo despacho deu-se nos seguintes termos:

“ (...).

O Perito poderá iniciar os trabalhos em 20.03.2000, se outra data não reputar mais conveniente.

(...)”.

Contendo os mesmos erros acima apontados, deu-se a realização de segunda perícia e a prolação de sentença, adotando os termos do laudo pericial.

Quando de sua apelação, a Fazenda Estadual aduziu ofensa ao disposto no art. 125, I, do CPC, ao argumento de que a segunda perícia, contendo os mesmos erros praticados na anterior, realizou-se sem a lavratura do Termo de Audiência de Instalação de Perícia e sem a intimação do dia, hora e lugar de seu início.

O acórdão hostilizado sustentou, em síntese apertada: a) que o despacho determinante da nova perícia foi publicado em Diário Oficial, b) que, devido a essa publicação, não poderia a Fazenda Pública deixar de conhecer da nova data fixada.

Ora, insignes julgadores, o despacho do juiz singular não estabeleceu a data, dia e hora do início da realização da perícia, tampouco determinou o prazo para a entrega do laudo. Não bastasse, de igual forma não foi lavrado o Termo de Audiência de Instalação de Perícia.

É que, apenas por assinalar uma possibilidade de realização da perícia em 20.03.2000 (O Perito *podrá* iniciar os trabalhos em 20.03.2000, se outra data não reputar mais conveniente), o juiz deixou de precisar a data de início da diligência, bem ainda a hora e lugar, como visto, sujeita ao livre arbítrio do perito designado.

Assim, surpreendida com a apresentação do laudo pericial, cuja data de início da diligência sequer chegou a ser confirmada pelo perito, a Fazenda Estadual, uma vez mais, restou prejudicada por desconhecer a data precisa do início da prova pericial, em flagrante ofensa ao disposto no art. 125, I, do CPC.

Com efeito, à falta da lavratura do Termo de Audiência de Instalação da Perícia e da intimação da precisa data de seu início, hora e lugar, o acórdão recorrido, ao deixar de reconhecer a nulidade do laudo pericial, contrariou e negou vigência ao disposto no art. 125, I, do CPC, editado para assegurar às partes igualdade de tratamento.

Em abono, ALEXANDRE DE PAULA⁴ preleciona:

"E imperativo legal que a prova pericial terá início no dia, hora e lugar que o juiz designar. O ato não se realizará sem que as partes e os vistoros sejam regularmente intimados."

De igual sentir, é a manifestação de THEOTONIO NEGRÃO⁵:

"A dispensa de intimação no art. 433, parágrafo único, do CPC, refere-se ao assistente técnico e não às partes, na pessoa de seus advogados, que devem ser intimados de tudo quanto ocorre nos autos, sob pena de se ferir o princípio da bilateralidade." (JTJ 199/127)

Em situação similar, esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO AS PARTES POR SIMPLES PUBLICAÇÃO NO ORGÃO OFICIAL. INADMISSIBILIDADE.

I - DISPÕE O ART. 238, CAPUT, DO CPC, SEM A

⁴ In *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, vol. XII, pág. 72.

⁵ In *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 33ª edição, nota 9 ao artigo 433, p. 455.

ALTERAÇÃO DA LEI Nº 8.710/93, "IN VERBIS": "NÃO DISPONDO A LEI DE OUTRO MODO, AS INTIMAÇÕES SERÃO FEITAS. AS PARTES, AOS SEUS REPRESENTANTES LEGAIS E AOS ADVOGADOS POR OFICIAL DE JUSTIÇA". E, O ART. 236, "CAPUT", DO MESMO ESTATUTO, PRECEITUA: "NO DISTRITO FEDERAL E NAS CAPITAIS DOS ESTADOS E DOS TERRITÓRIOS, CONSIDERAM-SE FEITAS AS INTIMAÇÕES PELA SO PUBLICAÇÃO DOS ATOS NO ORGÃO OFICIAL". A INTELECÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS E A DE QUE O DERRADEIRO REFERE-SE AS INTIMAÇÕES AO ADVOGADO E, O PRIMEIRO, AS PARTES.

II - O RECORRENTE DEVERIA TER SIDO INTIMADO PESSOALMENTE, PARA A PERICIA, E NÃO POR SINGELA PUBLICAÇÃO DO ATO NO ORGÃO OFICIAL.

III - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(Resp 45146/RJ – 6ª T., Rel. Min. Pedro Aciofi, j. em 4.10.94, DJU 31.10.94)

2. DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO CONVÊNIO ICMS 66/88 E À LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96

2.1 DO CONVÊNIO ICMS 66/88: LEGITIMIDADE PARA ELEGER O REGIME DE CRÉDITO FÍSICO NA DISCIPLINA DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE

Na busca da uniformidade de tratamento em matéria de legislação tributária, o constituinte originário dispensou à lei complementar, no art. 155, XII, c, CF/88, competência para dispor de normas gerais sobre ICMS, especialmente para disciplinar o regime de sua *compensação*.

Para evitar perda financeira caso os Estados e o Distrito Federal ficassem no aguardo da legislação complementar, foi introduzido, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o

§8º, art. 34, facultando a esses entes políticos a celebração de convênio para regular, embora provisoriamente, a matéria pertinente ao ICMS. Daí advém a legitimidade do Convênio 66/88.

Conquanto o Convênio ICMS 66/88 não tenha brotado da competência legiferante federal, trata de matéria reservada à União, aí inclusa a competência para "disciplinar o regime de compensação do imposto". Assim é que, já antevendo eventual morosidade do legislador ordinário, o constituinte garantiu a celebração de convênio interestadual para fazer às vezes de lei complementar.

De igual sentir, é a tese defendida por essa Colenda Corte, no Recurso Especial nº 60.658-SP, rel. Min Peçanha Martins, j. 4.3.98, publicado no DJU em 21.9.98, p. 123, que entendeu ser admissível a interposição de recurso especial fundado em violação a convênio celebrado entre Estados, in verbis:

"Consoante orientação traçada pelo Excelso Pretório, os convênios interestaduais têm força de lei federal: destarte, sua infringência viabiliza a interposição de recurso especial"
(grifamos)

De notar, da leitura do texto contido no v. acórdão hostilizado, ter sido afastada a aplicabilidade do Convênio 66/88 quando assegurou às empresas recorridas, a contar da Constituição Brasileira de 1988, direito a crédito de ICMS em toda e qualquer entrada de mercadorias e bens em seus estabelecimentos, em flagrante contrariedade e negativa de vigência às disposições contidas no Convênio ICMS 66/88.

Repita-se: enquanto não promulgada a lei complementar prevista no art. 155, XII, c da Constituição Brasileira de 1988, os Estados e o Distrito Federal gozavam de legitimidade para dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária. E assim o fizeram ao celebrar o Convênio 66/88. Apenas com a edição da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, foi-lhes retirada essa competência.

Pois bem. Evidenciada a natureza de lei complementar dispensada ao Convênio 66/88, bem como sua justeza ao ordenamento jurídico, passemos ao princípio da não-cumulatividade, garantido por força do art. 155, parágrafo 2º, inciso I, CF/88 e disciplinado no art. 31, II, do Convênio 66/88.

a) DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: CRÉDITO FÍSICO E FINANCEIRO

Sabe-se ser o ICMS imposto plurifásico, exigido fracionadamente em cada etapa de circulação dos bens e serviços sobre o acréscimo que lhes é atribuído desde a produção até o consumo. Daí advém o princípio da não-cumulatividade, pelo qual o valor do imposto pago na etapa anterior constitui crédito do contribuinte que irá realizar a posterior etapa tributada do processo de circulação, até o consumidor final.

Constituindo-se num sistema operacional destinado a minimizar o impacto do tributo sobre o preço de bens e serviços de comunicação e de transporte, a não-cumulatividade comporta dois regimes, a saber: a) crédito físico, sistema no qual se admite apenas o crédito dos produtos que, fisicamente, se incorporam ao produto ou se consomem no curso do processo de industrialização⁶. Noutro falar, proíbe apropriar, na condição de crédito, o ICMS embutido no preço de compra de bens que não serão comercializados ou que não integrarão o produto fabricado para venda, e b) crédito financeiro, sistema onde se admite o crédito fiscal de todos os bens entrados no estabelecimento, inclusive de ativo fixo e de consumo, embora não sejam fisicamente incorporados ao produto obtido⁷.

Diz o art. 155, parágrafo 2º, II, da CF/88: "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

⁶ RAMOS FILHO, Carlos Alberto, *ICMS Anotações à Lei Complementar Nacional n. 87, de 13 de setembro de 1998*, Manaus, 1988, p. 279.

⁷ RAMOS FILHO, Carlos Alberto, *ob. Cit.*

De sua leitura, vê-se que a Lei Maior, ao contrário do sustentado no acórdão recorrido, em momento algum elegeu o regime de compensação a ser adotado. Ao revés, tão-só garantiu, para fins de satisfação das necessidades do consumidor a preços menos onerosos, a não-cumulatividade do ICMS, imposto sabidamente incidente sobre o consumo e prestação de serviços de transporte e de comunicação.

Nesse passo, o Convênio 66/88, com competência constitucional para cuidar da estrutura operacional do princípio da não-cumulatividade, apenas disposto de forma genérica no texto constitucional, fruí de legitimidade para adotar o crédito físico. E assim o fez ao editar o art. 31, II, *in verbis*:

“Art. 31. Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações e prestações seguintes:

(...)

II – a entrada de bens destinados a consumo ou integração no ativo fixo do estabelecimento”.

De igual sentir, é o entendimento de HUGO DE BRITO MACHADO⁸ a respeito do princípio da não-cumulatividade:

“É um princípio, quando enunciada de forma genérica, como está na Constituição, em dispositivo a dizer que o imposto “será não cumulativo, compensado-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”. Em tal enunciado não se estabelece exaustivamente o modo pelo qual será efetivada a não-cumulatividade. Não se estabelece a técnica.”

A propósito, o Colendo Supremo Tribunal Federal já assentou

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos Fundamentais do ICMS, 2ª edição, São Paulo: Dialética, 1999, p. 133.

entendimento quanto à constitucionalidade do Convênio ICMS 66/88, especialmente em relação à regra contida no artigo 31:

TRIBUTÁRIO. PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DESCABIMENTO

“Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento” (art. 31, II, do Convênio ICMS 66/88). Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente do produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária. Recurso extraordinário não conhecido à unanimidade. (STF, RE-200168-6-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08.10.96-1ª T., Recte.: C & A Modas Ltda., Recda.: Estado do Rio de Janeiro, DJU 22.11.96) (grifamos).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO VOLTADOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ALEGADA OMISSÃO QUANTO AOS CRÉDITOS FISCAIS DE INSUMOS.

Hipótese em que o entendimento diverso do adotado pelo aresto recorrido demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, o que se encontra óbice na Súmula 279 desta Corte. Verifica-se, ademais, que se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária”. (STF-AGED 250.852-RS, rel. Min. Ilmar Galvão, Embte.: Comercial de Produtos Alimentícios Netz Ltda., Embdo.: Estado do Rio Grande do Sul, j. 25.04.2000-1ª T., DJU 23.06.2000).

Cabe, ainda, para alçar melhor clareza, trazer à colação as

razões insertas no voto do Min. Relator Ilmar Galvão, nos autos de Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 250.852-3:

“De qualquer sorte, não há falar-se em ofensa ao princípio da não-cumulatividade, se o bem tributado é consumido no próprio estabelecimento, não se destinando à comercialização ou à utilização em processo de produção de novos bens, como elemento indispensável a composição destes.”

Neste sentido, dispõe o Convênio ICM nº 66/88, em seu art. 31, *verbis*:

“Art. 31. Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

(...)

II – a entrada de bens destinados a consumo ou integração no ativo fixo do estabelecimento.”

O acórdão recorrido, decidido de acordo com esse entendimento, não merece censura.

De igual forma, pronunciou-se esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. ICMS. COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. CREDITAMENTO. ATIVIDADE COMERCIAL E INDUSTRIAL – CONVÊNIO 66/88 – ART. 31, IV – ÔNUS DA PROVA.

I – A norma que permite creditamento do ICMS relativo ao uso de telefonia inscreve-se no inciso IV do art. 31, como exceção. Vale dizer: *em regra os impostos pagos por uso de telecomunicações não geram crédito compensável, exceto, quando tais serviços houverem sido utilizados a benefício da produção ou comercialização.* Ora, se a regra é a não compensação, incumbe ao contribuinte provar que os serviços utilizados por ele enquadram-se na exceção legal.

II – Impor ao Estado o ônus de provar a negativa é inverter o sentido do preceito contido no art. 31, inciso IV do Convênio Interestadual 66/88.

(REsp 178.796-RS, Min. Relator Humberto Gomes de Barros, Recte.: Estado do Rio Grande do Sul, Recdo.: Braumhardt Irmãos S/A, provimento à unanimidade, j. 4.05.1999, DJU 14.06.99)

Vê-se, da posição defendida por essas Côrtes, guardar o crédito físico coerência com o princípio da não-cumulatividade. Se não haverá posterior saída tributada, como pretender o comerciante ou prestador de serviço sujeito à ICMS, na entrada do bem em seu estabelecimento, utilizar-se, sob a condição de crédito, do ICMS incluso no preço de compra? De fato, entender o contrário implica, inexoravelmente, assentir no acúmulo de créditos sem futuros débitos para compensar. Assim sendo, é inadmissível o argumento, empregado no acórdão recorrido, de que o direito a crédito de bens adquiridos para uso, consumo, ativo fixo e energia elétrica, não utilizada no processo produtivo nem destinada a ulterior saída, remonta da promulgação da *Lex Mater de 1988*.

Conclui-se, à luz do exposto, *incorrer em erro o v. acórdão: à uma*, porque entendeu que o sistema de crédito financeiro foi adotado pelo próprio texto Constitucional desde sua promulgação, *à duas*, porque, fundando-se nesse entendimento, sustentou que o Convênio 66/88 extrapolou os limites de sua competência ao eleger o regime de crédito físico, e *à três*, porque, ao deferir o direito a crédito na forma pretendida na peça exordial, *contrariou e negou vigência ao disposto no art. 31, II, do Convênio ICMS 66/88*, editado pelos Estados com força de lei federal.

d) DO CONCEITO DE MERCADORIA

Conclui-se, insignes julgadores, do emprego da expressão mercadorias no artigo 155, parágrafo 2º, II, da CF/88, outro não poder ser o entendimento senão de que o imposto a ser compensado (deduzido) é aquele relativo ao ingresso de mercadorias que, nessa condição, seguirão no processo de circulação econômica.

À vista disso, igualmente cai em erro o acórdão recorrido ao dizer que *“a partir da Carta Magna de 1988, o antigo conceito de mercadoria foi posto de lado, em razão de que a Carta Política, encarregou-se de obnubilar a distinção que havia entre bem e mercadoria”*, até porque o conceito de mercadoria, originário do direito comercial, não pode, no direito tributário, receber nova roupagem.

Doutrina e jurisprudência são predominantes no sentido de que o conceito de mercadoria, no âmbito do ICMS, é aquele elaborado pelo Direito Comercial⁹.

Nesse sentido, manifesta-se o aresto abaixo transcrito:

“Os bens do ativo imobilizado NÃO SE QUALIFICAM COMO MERCADORIAS quer no campo do direito tributário quer no campo do direito privado. Estas constituem objeto do comércio do empresário porque este as adquire para revender a outrem. Já os bens que integram o ativo imobilizado da empresa CONSTITUEM MERO ACERVO PATRIMONIAL CUJA FINALIDADE CONSISTE EM POSSIBILITAR MATERIALMENTE O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, a qual se concretiza na circulação de mercadorias, mercadorias que não integram aquele mesmo ativo imobilizado” (TJSP – Ac. un. Da 17ª Cciv. – AC nº 209.956-2/3 – j. em 15.06.93, in RJIOB 1/6509).

E mais, não é porque o art. 150, §2º, VII, e IX da CF/88 admita, com abrangência excepcional, a incidência de ICMS na entrada de bens para o consumo ou integrar ativo fixo do estabelecimento destinatário, que se justifica argumentar, como consta do acórdão, ser amplo o conceito de mercadoria, a fim de abarcar qualquer espécie de bem, embora não se identifique com o objeto comercial, tampouco seja adquirido para integrar a atividade fabril da empresa.

O Tribunal de Justiça a quo, ao empregar tal argumento,

⁹ Hugo de Brito Machado, *ob. Cit. P.* 136.

buscou demonstrar que o termo "mercadorias", utilizado no art. 155, §2º, 1, da CF/88, alcança, para fins de direito a crédito para compensação com débitos futuros de ICMS, toda e qualquer espécie *de bem*, independentemente de sua destinação à revenda ou ao consumo no processo de industrialização.

Contraopondo-se a esse entendimento, o STF¹⁰ e STJ¹¹ já decidiram não sofrer incidência pelo ICMS a venda de bens de consumo ou ativo fixo; vez que, à evidência, não foram adquiridos na condição de mercadorias, bens destinados à comercialização com o objetivo de auferir lucro.

2.2 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96: LEGITIMIDADE PARA ELEGER O REGIME DE CRÉDITO FINANCEIRO NA DISCIPLINA DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE E FIXAR LIMITE TEMPORAL PARA FRUIÇÃO DO DIREITO A CRÉDITO

Devido à Constituição Brasileira de 1988, de forma genérica, ter adotado a não-cumulatividade, deixou-se ao legislador complementar a tarefa de optar, entre o crédito físico e o financeiro, o regime de compensação do ICMS, e assim o fez ao decidir-se por este último. É que a Lei Maior, porquanto vincule a atividade administrativa infraconstitucional, não é capaz de estabelecer todas as amarras necessárias.

Assim sendo, o legislador complementar, ao editar a LC 87/96, em momento algum laborou em afronta ao princípio da não-cumulatividade. Ao revés, agiu, dentro das possibilidades deixadas pelo próprio texto Constitucional, validamente ao eleger a partir de então o crédito financeiro, até porque gozava de autorização constitucional para tanto (art. 155, XII, c, CF/88).

Ainda que se admita, somente por argumentar, a cabência

¹⁰ STF, RE n. 887.885/RJ; Ag n. 96.294-PE, DJU 1 de 1º2.82, p. 352.

¹¹ STJ, REsp. n. 24.594-0-SP, 1ª T, j. em 11.04.94, DJU 09.05.94, p. 10.811; REsp. n. 1.373/SP, 2ª T, j. em 06.06.90, Rel. Min. Carlos Velloso, in RT 660/20.

de duas interpretações (crédito físico ou financeiro) ao art. 155, parágrafo 2º, I, da CF/88, sobressai aí a importância do papel a ser desempenhado pelo legislador complementar ao definir a técnica indispensável à realização da não-cumulatividade. Noutra falar, se o art. 155, parágrafo 2º, I dá margem à adoção de um ou outro regime de compensação, apenas o legislador infraconstitucional teria a ferramenta necessária para defini-lo, afastando possíveis dúvidas.

Impende, por oportuno, realçar ter sido a adoção do crédito financeiro pela LC 87/96 motivada por objetivos econômicos. A despeito dessa regra trazer aos Estados e, conseqüentemente, aos Municípios perdas de arrecadação, já que permite o crédito de todos os bens gravados pelo ICMS, o fim maior perseguido foi a desoneração dos investimentos com maquinários e com os custos da produção, incorridos com a aquisição de bens para uso e consumo.

Noutro dizer, a adoção do crédito financeiro pela LC 796 é resultado da concessão do legislador, sensível aos problemas sociais que assolam o País; sem, contudo, vincular e retroagir para alcançar fatos pretéritos.

Posto isso, o acórdão, repita-se, contrariou à LC 87/96. Ao defender que o crédito financeiro remonta da promulgação da própria Lei Maior, negou vigência à regra entalhada no art. 33, da LC 87/96.

E mais, embora editada a Lei Complementar nº 87, de 13.09.96, ainda é vigente o critério de crédito físico implantado pelo Convênio 66/88, posto que o art. 33, I, com eficácia postergada pela Lei Complementar nº 99, de 20.12.99, apenas dará direito a *crédito a mercadorias destinadas a uso ou consumo a partir de 1º de janeiro de 2003*. Daí, enquanto o art. 33, I não surtir efeito jurídico, permanece válida a disposição contida no Convênio e nas legislações estaduais de regência.

Quanto ao direito a crédito na entrada de *energia elétrica*, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar ADIN nº 2.325-0 (DOU 11.12.2000), decidiu que o inciso II, art. 33, da LC 87/96 *terá eficácia a partir de 1º de janeiro de 2001*.

No referente à aquisição de bens para compor ativo fixo, permanece válida a regra que garante direito a crédito apenas em 1º de novembro de 1996.

Ante o exposto, definida a técnica de compensação – crédito físico pelo Convênio ICMS 66/88 e crédito financeiro pela LC 87/96 - , impõe-se a reforma do acórdão impugnado que, cometendo afronta direta aos precisos termos dessas normas jurídicas, deixou de aplicar, além do artigo 31, do Convênio 66/88, o artigo 33 da Lei Complementar 87/96 que, no uso regular de sua competência, adotou o sistema de crédito financeiro e fixou limite temporal para iniciar o direito a seu gozo.

3. DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

O v. acórdão recorrido, negando vigência ao artigo 31 do Convênio 66/88 e art. 33, da LC 87/96, atribuiu interpretação diversa daquela firmada pela jurisprudência de outros Tribunais, senão vejamos:

ICMS – DIREITO AO CRÉDITO – BENS DE USO E CONSUMO E DESTINADOS AO ATIVO FIXO – DESCABIMENTO – CF/88 – COMPATIBILIDADE; SUPERVENIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 – EFEITO.

" ICMS – Crédito – Compensação – Bens de uso e consumo destinados ao ativo fixo – Impossibilidade. 1. A Vedação ao creditamento do ICMS proveniente de bens para uso e consumo do contribuinte assim como aos destinados para o ativo fixo prevista no regulamento do ICMS 66/88 está em perfeita harmonia com a Constituição Federal, uma vez que o Constituinte não definiu o sistema de escrituração a ser observado pelos Estados-membros. 2. O sistema de escrituração adotado pelo Estado do Paraná é do crédito físico, portanto, até o advento da lei complementar n. 87/96, que como estímulo fiscal permitiu o creditamento do ICMS, era perfeitamente possível proibir a utilização de crédito de ICMS advindos de produtos destinados ao uso e consumo

ou ao ativo fixo. 3. Recurso provido" (Ac un da 1ª C Civ do TJPR-AC e RN 87067-7 – rel. Des. Antonio Prado Filho – j. 05.09.00 – Apte.: Estado do Paraná; Apdas.: Cooperativa dos Cafeicultores da Zona de Conélio Procópio e outra – DJR PR 16.10.00, p. 03 – ementa oficial)

TRIBUTÁRIO. ICMS. ART. 155, §2º, I E II, DA CF. ABATIMENTO DO VALOR COBRADO NAS OPERAÇÕES ANTERIORES. NÃO-CUMULATIVIDADE DO IMPOSTO.

Inexiste violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS a proibição de compensação dos valores pagos pela entrada de bens e mercadorias para consumo ou integração ao ativo fixo, uma vez que eles não se destinam, em princípio, a sair. *A Constituição de 1988, por si só, em relação ao ICMS, não adotou o critério de créditos financeiros, que, em suma, propicia ao contribuinte uma compensação de valores pagos com todas as operações anteriores, independente da finalidade da aquisição. Legitimidade da norma insculpida no Convênio ICMS nº 66/88. Não tem cabimento a pretensão quanto ao crédito do ICMS pelas aquisições de bens para o ativo fixo ou consumo ocorridas antes de 1º 11.96, data da entrada em vigor da LC 87/96. Precedentes do STF e STJ. Recurso improvido.*

(Ac un. da 9ª C Cível do TJ RJ, Apelação cível nº 1999.001.17837, rel. Des. Paulo Cesar Salomão, j. 28.03.2000).

TRIBUTÁRIO ICMS. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. COMPENSAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR A LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96. IMPOSSIBILIDADE.

Até o advento da lei complementar nº 87/96 era vedado o abatimento do crédito de ICMS pertinente à entrada de bens e serviços destinados ao consumo. Restrição que não ofende o princípio constitucional da não-cumulatividade. Incidência do art. 31, inciso III, do Convênio 66/88.

(Ac un. do TJ RS, Apelação Cível nº 597155746, rel. Des. Teresinha de Oliveira Silva, j. 18.10.2000).

ICMS – AQUISIÇÃO DE BENS PARA ATIVO FIXO – CRÉDITO EXTEMPORÂNEO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LC 87/96 – INADMISSIBILIDADE

“Declaratória – Creditamento extemporâneo do ICMS de bens, mercadorias e serviços adquiridos e contabilizados como ativo imobilizado – Anterior à vigência da Lei Complementar nº 87/96 – Inadmissibilidade – *O creditamento do ICMS pertinente a aquisição de bens para ativo fixo guarda como nascedouro a Lei Complementar nº 87/96, que em seu artigo 33 deferiu creditamento do imposto incidente na aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado* – Só a partir da entrada em vigor da referida lei complementar de 13 de setembro de 1996 é que foi assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado pela entrada de bens destinados ao seu uso, consumo ou ao ativo permanente – Recurso improvido.” (Ac un da 7ª C de Direito Público do TJ SP – Ac 96.716 5/3 – Rel. Walter Swanson – j. 26.03.01 – Apte.: Feba Indústria Mecânica Ltda.: Apda.: Fazenda do Estado de São Paulo – DJ SP 23.05.01, p. 46 – ementa oficial).

Contrapondo-se às decisões acima, diz o acórdão recorrido:

“Remessa *ex officio* e Apelação Cível. Ação de Procedimento ordinário. Tributário. ICMS. Bens destinados ao uso, consumo, ou ativo permanente: direito ao crédito. Possibilidade legal. Princípio da não cumulatividade. *Lei Complementar nº 87/96: inaplicação do art. 33 e incisos.*”

“Sendo o princípio da não-cumulatividade constitucional, qualquer tentativa de acutilá-lo, viola esse princípio, pois, nem o legislativo nem o executivo podem afrontar a Constituição Federal. Assim, o art. 33 e incisos da Lei Complementar nº 87/96, a meu sentir afronta o princípio constitucional da não-cumulatividade. (fls. 06)

(...) a Lei Complementar não pode restringir o alcance da norma constitucional, tenho, em inteira harmonia com o entendimento expendido pelo MM Juiz a quo que, realmente, o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96, e seus incisos afrontam a Constituição Federal e, ao contrário do entendimento do douto parecer ministerial, entendo que a r. sentença apreciou tal questão concernente ao citado artigo de lei em face da CF. (fls. FOLS).

“Ora, é firme o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que o *Convênio ICMS 66/88 extrapolou dos limites de sua competência* quando legislou abrangentemente sobre o ICMS.”

“O estatuído no artigo 31, do referido convênio contraria também o princípio da não-cumulatividade albergado no artigo 150, § 2º, inciso I da Constituição Federal, cuja competência para tratar da matéria é de Lei Complementar.” (FLS.)

Observa-se, claramente, que o v. acórdão recorrido prejudica a unidade de interpretação da norma federal, ao negar vigência e aplicação aos arts. 31, do Convênio ICMS 66/88, e 33, da Lei Complementar nº 87/96.

De notar, dos acórdãos apontados como paradigma, que, em todos, restou reconhecida a *legalidade do Convênio ICMS 66/88 e da Lei Complementar nº 87/96*, bem como *faltar, na Constituição Federal de 1988, a definição da técnica de compensação*. Assim, admitem, sem ressalvas, a aplicação do Convênio 66/88 no período anterior aos limites temporais fixados na LC /87/96, para fruição do crédito financeiro.

Em contrapartida, o v. acórdão recorrido admite, textualmente, a *inaplicabilidade do Convênio 66/88*, quando argui ter extrapolado os limites de sua competência, fixados no art. 34, §8º, do ADCT, e da LC 87/96, ao assegurar a aplicação do crédito financeiro desde a Constituição de 1988. É que, no seu singular entendimento,

em contraposição às decisões originárias dos Tribunais de Justiça do Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, a própria atual Carta Magna elegeu a técnica de compensação a ser empregada para realizar a não-cumulatividade do ICMS.

Para assegurar maior compreensão, extrai-se, do acórdão proferido nos autos do Processo nº 1999.001.17837 pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, partes esclarecedoras, vejamos:

"Enquanto que a grande maioria da doutrina e jurisprudência vem adotando a tese do crédito físico. Isto é, apenas os bens destinados a mercancia é que originariam o direito ao crédito de ICMS, uma vez que eles ingressam e posteriormente saem do estabelecimento, dando continuidade à circulação da mercadoria. Porém, conforme o disposto na Constituição Federal, o legislador, por lei complementar, disciplinará o regime de compensação do imposto (art. 155, §2º, inc. XII, alínea c). Isto significa que, o legislador infraconstitucional pode resolver este problema de interpretação, optando pelo regime da compensação do crédito físico ou do crédito financeiro, ou ainda, um regime misto.

Com o advento da lei complementar nº 87/96 que prevê o direito ao crédito relativo à entrada de bens destinados ao consumo ou ao ativo permanente, todas as disposições estaduais em contrário ficaram sem validade.

Este crédito disciplinado pela lei complementar representa um estímulo fiscal, portando, antes da sua vigências as leis estaduais que vedavam a utilização destes créditos estavam em perfeita harmonia com os ditames da lei maior."

À evidência da divergência jurisprudencial, estabelecida entre o acórdão hostilizado e os demais aqui colacionados, impõe-se, para garantir a interpretação e aplicação uniforme do direito federal, a reforma do acórdão proferido em desacordo com a legislação e a jurisprudência dominante.

VI – DO PEDIDO

Ex positis, e, demonstrado o cabimento do presente Recurso Especial pelas alíneas a e c, inciso III do artigo 105 da Constituição Brasileira, espera a Fazenda Pública do Estado do Amazonas a sua admissão para o fim de reformar o v. acórdão recorrido, eis que demonstradas a divergência jurisprudencial e a contrariedade e negativa de vigência à Lei Complementar nº 87/96 e Convênio ICMS 66/88, como o que se estará praticando a almejada

J U S T I Ç A !

Manaus(AM), 05 de agosto de 2002.

Elissandra Monteiro Freire de Menezes
Procuradora do Estado

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA MM. VARA ESPECIALIZADA
DA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL DA COMARCA DE MANAUS:**

Autos de Embargos à Execução
Ref. Processo nº 01210110704-7

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, já devidamente qualificada, através da Procuradoria Geral do Estado, esta representada por seu Procurador firmatário, conforme estabelece o art. 132 da Constituição Federal em vigor c/c art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 01210110704-7, apensos à Ação de Execução Fiscal que move em face de ITAUTINGA AGRO INDUSTRIAL S/A, sucessora de CIA. AGRO INDUSTRIAL DE MONTE ALEGRE, também já qualificada, ora em tramitação neste Juízo, vem, respeitosamente, à presença de V.Ex^a, em atenção ao r. despacho de fls. 40 e art. 17, caput, da Lei nº 6.830/80, apresentar tempestivamente e na forma da Lei aplicável sua

IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS DE DEVEDOR

Interpostos pela executada acima identificada nos autos da Ação de Execução Fiscal em epígrafe, fazendo-o em conformidade com os argumentos de fato e de direito a seguir delineados e aduzidos em seu prol.

I- Dos Fatos Alegados na Inicial

Interpõe a embargante os presentes embargos visando ver declarado insubsistente o AINF que culminou na inscrição de débito fiscal na dívida ativa, de forma a dar substrato legal à execução fiscal movida pela embargada.

Para tanto, *aduz* a embargante, em síntese, que promoveu a saída de mercadorias de seu estabelecimento industrial para o estabelecimento comercial, destacando apenas o ICM normal, sem contudo realizar a retenção do ICM devido na qualidade de substituta tributária. Desta forma, foi autuada por não recolher o imposto na forma da legislação vigente.

Alega que realizou a defesa administrativa durante o Processo Tributário Administrativo, sem alcançar o êxito tal qual pretendido. Questiona a legalidade da exação tributária, tendo em vista entender que a circulação a que se refere a lei instituidora do ICM se refere apenas à circulação jurídica, ou seja, aquela em que há mudança na titularidade da mercadoria, e não a econômica, como pretenderia injustificadamente a embargada, o que não teria sido o caso. Tal fato representaria, também, a impossibilidade de haver retenção de ICM fonte em operação envolvendo a mesma pessoa jurídica, razão pela qual aproveita para questionar a constitucionalidade da substituição tributária imposta pelo regulamento do ICM.

Por fim, questiona o valor da multa fiscal imposta e a utilização da taxa SELIC para a atualização do débito tributário, requerendo, ao final, a declaração de procedência do pedido de anulação do débito, com a conseqüente insubsistência da execução fiscal a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

II – PRELIMINARMENTE

1. Do Defeito de Representação

As disposições processuais que regem a questão da capacidade postulatória no CPC determinam que a representação judicial será feita por advogado regularmente habilitado por quem tenha capacidade para estar em juízo. No caso das pessoas jurídicas, a capacidade de estar em juízo é conferida a quem os respectivos estatutos designarem.

Essa é a inteligência do inciso VI, do art. 12 do Código de Processo Civil. Com efeito, nos autos, consta o Estatuto Social da embargante e as pessoas por ele habilitadas a representar judicialmente a empresa. Nesta qualidade, portanto, caberia-lhes outorgar a competente procuração judicial ao advogado com capacidade postulatória.

Entretanto, verifica-se que a procuração outorgada ao patrono da embargante não cumpre as exigências legais.

Ocorre que o instrumento particular de fls. 057, que contém a assinatura de dois diretores da empresa, na forma estatutária, está representado por cópia não autenticada, o que não lhe confere poder probatório suficiente para representar a declaração nele contida. O art. 385 do Código de Processo Civil determina que a cópia de documento particular tem o mesmo valor probante do original, desde que seja certificada a conformidade do mesmo com o original reproduzido. Assim é que, para fazer a mesma prova que seria atribuída ao documento original, é preciso que as cópias trazidas aos autos sejam autenticadas, sob pena de não fazerem a mesma prova do original por não terem a certificação de conformidade.

É o que entende a jurisprudência do C. STJ, cujo aresto a seguir transcreve o entendimento pacífico daquela Corte no sentido de ser inadmissível a procuração em juízo com cópia não autenticada de instrumento de procuração:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. PROCURAÇÃO. CÓPIA NÃO AUTENTICADA. SÚMULA Nº 115/STJ.

1. A regular representação deve ser provada até a interposição do recurso especial, salvo quando requerida posterior juntada da procuração, que não é o caso destes autos.

2. A cópia da procuração desprovida de autenticação configura irregularidade de representação. Incidência da Súmula nº 115/STJ.

3. Agravo regimental improvido.” (STJ – 3.^a Turma – AGA 282241/RS – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 11.04.2000 - DJ 05/06/2000).

Embora o Acórdão diga respeito à interposição de Recurso Especial instruído com cópia não autenticada da procuração, resta claro que o defeito de representação consubstanciado pela ausência de conformidade entre original e cópia ocorre em todo o *iter* processual, especialmente na fase postulatória, pelas mesmas razões e princípios que nortearam a decisão transcrita. Desta forma, não há de ser reconhecido como válido o documento de procuração apresentado pela embargante.

Não há, conclui-se, prova processualmente válida da regular representação do patrono da embargante, visto que as cópias do Estatuto Social e da procuração particular outorgada não estão autenticados, razão pela qual a Fazenda Pública embargada requer que V.Ex.^a julgue extinto o processo, sem julgamento de mérito, por falta de pressuposto de constituição válida e regular do processo, na forma do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

2. DA FALTA DE AUTENTICAÇÃO DOS DOCUMENTOS JUNTADOS

Da mesma forma, todos os demais documentos com que a embargante pretende provar suas alegações estão nos autos dos embargos em cópias não autenticadas. Não, há, segundo a lei processual, certificação de conformidade (autenticação), razão pela qual não possuem qualquer valor probante. Estabelecem os arts. 365, III e 385, ambos do CPC, respectivamente:

Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais:

.....omissis.....

III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticados por oficial público ou conferido em cartório, com os respectivos originais.

Art. 385. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante do original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original.

Os documentos com que a embargante pretendia provar suas alegações são públicos e particulares. Mas em ambos os casos, como visto, o CPC exige, como forma de emprestar às cópias o mesmo valor probante do original, que sejam autenticadas por tabelião ou escrivão, o que não foi providenciado no caso em questão.

Deduz-se, assim, que a embargante não traz prova documental aos autos, dada a impossibilidade de se reconhecer qualquer valor probatório àqueles juntos aos autos, não atendendo, no que diz respeito ao ônus probatório inerente à sua condição processual de parte que alega, o que estabelece o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Assim é que a Fazenda Pública do Estado do Amazonas propugna pela não admissão dos documentos fotocopiados que instruem os embargos à execução fiscal apresentados, eis que não observado o que estabelecem os arts. 365, III e 385, ambos do CPC.

III – NO MÉRITO

3. DA INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS PELA EMBARGANTE

Embasa a execução fiscal ora embargada a CDA nº 1905/99, extraída de processo administrativo originado a partir de fiscalização ocorrida nas dependências da embargante em outubro/1987, que verificou não ter o estabelecimento retido na fonte e recolhido, como substituto tributário, o ICM devido por operações de circulação de mercadorias, tudo na forma do processo, cujas principais peças seguem em anexo.

Insurge-se a embargante contra a exação tributária, tendo em vista que, no seu entender, o imposto não seria devido, o que, por evidência, não corresponde à realidade dos fatos e à legalidade da legislação de regência, à época, o Decreto-lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar Nacional 44/83, a Lei Estadual nº 1.320/68 (Código Tributário do Amazonas) e o Decreto Estadual nº 4.560/79 (Regulamento do ICM), com as alterações instituídas pelo Decreto nº 9.987/86.

Com efeito, o Decreto-lei nº 406/68, que estabelecia normas gerais de Direito Financeiro aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, dispunha que:

Art. 1º O imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias tem como fato gerador:

I – a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

É possível verificar, assim, que a norma geral aplicável às operações realizadas pela embargante está abrangida pela área de incidência do imposto. Saída de mercadorias, neste caso, é um conceito amplo, não excluindo, neste momento, portanto, as saídas promovidas para outro estabelecimento, ainda que do mesmo titular, tendo em vista que tal operação não deixa de constituir uma saída de mercadorias para fins tributários.

Por outro lado, esta operação, no que diz respeito à isenção do ICM, não está descrita em qualquer dos incisos dos §§ 3º, 4º e 5º do mesmo art. 1º, que tratam, respectivamente, de não incidência, isenção e ampliação de não incidência a hipóteses especiais inicialmente tributáveis. É forçoso concluir, portanto, que não ocorre a não incidência ou isenção do imposto nas operações de saída de mercadorias de estabelecimento industrial, como é o caso da embargante, qualquer que seja seu destino.

Por sua vez, já no que diz respeito ao contribuinte e à possibilidade da lei estadual dispor a respeito da responsabilidade tributária, o art. 6º do Decreto-lei nº 406/68 estabelece, *in verbis*:

Art. 6º Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída de mercadoria, o que a importa do exterior ou que arremata em leilão ou adquire, em concorrência promovida pelo poder público, mercadoria importada e apreendida.

.....omissis.....

§ 2.º Os Estados poderão considerar como contribuinte autônomo cada estabelecimento comercial, industrial ou produtor, permanente ou temporário, do contribuinte, inclusive veículos utilizados por este no comércio ambulante.

§ 3.º A lei estadual poderá atribuir a condição de responsável:

.....omissis.....

c) ao produtor ou industrial, quanto ao imposto devido pelo comerciante atacadista e pelo comerciante varejista; (SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Do que prevê o art. 6º do Decreto-lei em comento, é possível concluir que o contribuinte do imposto é também o industrial que promove a saída de mercadorias, responsável direto, como contribuinte, do ICM normal. Também decorre da legislação de vigência que este mesmo industrial poderá ser considerado, **pela lei estadual**, como responsável tributário, pelo imposto devido pelo comerciante atacadista ou varejista adquirente desta mercadoria.

Esta foi a exigência tributária imposta ao embargante. Com efeito, o mesmo deixou de recolher, como responsável tributário, de acordo com a lei estadual referida no Decreto-lei nº 406/68, o imposto devido pelo comerciante atacadista ou varejista adquirente. E essa circunstância não é modificada pelo fato desse comerciante ser, em

tese, estabelecimento da mesma pessoa jurídica. Isto porque o § 2º do art. 6º, acima transcrito, é bem claro ao estabelecer que é possível aos Estados estabelecer a autonomia dos estabelecimentos de um mesmo contribuinte, para efeitos fiscais.

A Lei Estadual nº 1.320/78 – Código Tributário do Amazonas – vigente à época da autuação fiscal, previa em seu art. 7º, que tratava sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias:

Art. 7º Ocorre o fato gerador do imposto:

.....omissis.....

V – na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

A legislação estadual, portanto, adequando-se à prescrição do Decreto-lei nº 406/68, em seu art. 1º, quanto ao momento da ocorrência do fato gerador, determinou que este ocorreria no momento da saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte. Mais. Através do permissivo legal contido no § 2º do art. 6º do mesmo Decreto-lei nº 406/68, considerou que o fato gerador ocorre nas saídas de mercadorias, mesmo destinadas a estabelecimento do mesmo titular (contribuinte), com base na opção legislativa do Estado do Amazonas em adotar o princípio tributário da autonomia dos estabelecimentos do mesmo contribuinte. No tratar da matéria, portanto, há de ser considerado cada estabelecimento do mesmo titular como **contribuinte autônomo do ICM**.

Portanto, a saída da mercadoria do estabelecimento da embargante era, como ainda hoje é, por meio de outra legislação de regência, legalmente tributável quanto ao ICM pela conjugação dos dispositivos autorizadores do Decreto-lei nº 406/68, que estabelecia normas gerais, e da Lei Estadual nº 1.320/78. A exação estava prevista nas normas legais, com o que atendia perfeitamente o princípio da

legalidade dos tributos, princípio este contido máxime na Constituição Federal vigente.

Sendo o imposto em questão incidente nas operações de saídas de mercadorias realizadas pela embargante, esta, ainda, deveria ter realizado a retenção do imposto devido pelo que se supõe, dada a falta de provas nos autos, seja outro estabelecimento da empresa, para o qual foram as mesmas remetidas, em virtude de sua qualidade de responsável, fazendo este recolhimento como substituta tributária.

Mais uma vez, perfeitamente adequado à norma geral representada pelo Decreto-lei nº 406/68, o Código Tributário do Amazonas – CTA – estabeleceu no § 1º do art. 23 a responsabilidade do industrial pelo imposto devido pelo comerciante atacadista ou varejista:

Art. 23.....omissis.....

§ 1º Fica atribuído a condição de responsável ao industrial, ao comerciante atacadista ou ao produtor relativamente ao imposto devido pelo comerciante varejista, hipótese em que a base de cálculo será:

.....omissis.....

§ 3º Fica atribuída a condição de responsável:

.....omissis.....

c) ao produtor ou industrial, quanto ao imposto devido pelo comerciante atacadista e pelo comerciante varejista;

Ressalta-se que esta redação da Lei nº 1.320/78 corresponde àquela vigente na época da autuação, determinada pela Lei nº 1.638/83. Depreende-se do que foi transcrito que é indiferente se a responsabilidade diz respeito ao imposto devido por comerciante

varejista ou atacadista. O fato é que ao industrial é atribuída, de qualquer forma, a condição de responsável pelo recolhimento do imposto, na qualidade de substituto tributário, quando da saída de mercadoria de seu estabelecimento, ainda que destinado a outro de sua titularidade.

Por fim, o regulamento do ICM – Decreto nº 4.560/79, com a redação dada pelo Decreto nº 9.987/86, estabelece, em conformidade com o CTA de 1978, a respeito da ocorrência do fato gerador do imposto e da substituição tributária, que:

Art. 1º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICM) tem como fato gerador:

I – a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

.....omissis.....

Art. 97. São também responsáveis pelo pagamento do imposto, na condição de contribuinte substituído, mediante:

I – retenção na fonte do tributo devido pelo comprador, na primeira operação de saída dentro do Estado;

.....omissis.....

13) os fabricantes de cimento, em relação às saídas para distribuidores e demais contribuintes deste Estado;

.....omissis.....

Art. 98. Para os casos de retenção do imposto na fonte e das antecipações ocorridas no desembaraço das mercadorias, previstas no artigo anterior, a base de cálculo do imposto será:

I – Retenção do ICM-Fonte: operações internas:

.....omissis.....

8 – 30% (trinta por cento) no caso de cimento.

Esclareça-se que a redação do RICM acima transcrita corresponde ao texto original com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 9.987/86, que modificou a redação dos artigos 97 e 98 do regulamento. Verifica-se, assim, que o RICM não institui a hipótese de incidência ou a substituição supostamente não prevista na legislação, pois o fez em conformidade com o Decreto-lei nº 406/68, e o CTA.

Dada a clareza da legislação pertinente, portanto, a Fazenda Estadual efetuou a lavratura de Auto de Infração e Notificação Fiscal tendo em vista que a embargante, ao promover a saída de mercadorias de seu estabelecimento industrial, para dentro do Estado, não reteve e não recolheu, na qualidade de contribuinte substituta, o ICM devido pelo estabelecimento de destino das mercadorias, incidindo, portanto, na capitulação aposta no AINF, do qual decorreu o Processo Tributário Administrativo que fundamentou a emissão da CDA ora executada.

4. QUANTO À LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA

Basicamente, a questão recai sobre dois aspectos mais relevantes do fundamento jurídico levantado pela embargante, quais sejam, a legalidade da exigência material do imposto, ou seja, a mesma levanta dúvidas sobre a incidência do imposto sobre a saída de mercadorias de seu estabelecimento, supostamente destinadas a outro da mesma pessoa jurídica, assim como, questiona a legalidade da substituição tributária determinante da autuação fiscal.

I – Da incidência do ICM sobre as operações de saída realizadas pela embargante

O insigne Prof. GERAL ATALIBA, *in* "ICMS na Constituição", Revista de Direito Tributário, vol. 57, São Paulo: RT, esclarece que o núcleo da hipótese de incidência do imposto devido pela circulação de mercadorias é a expressão "operações." Embora este ensaio doutrinário seja posterior à vigência da Constituição Federal de 1988, verifique-se que esta hipótese de incidência não teve o seu núcleo alterado pelo texto constitucional, ou seja, da forma como descrita no Decreto-lei nº 406/68 e do CTA de 1978.

Desse modo, é correto considerar-se que o núcleo da hipótese de incidência do ICM é idêntico ao núcleo da hipótese de incidência do ICMS, razão pela qual permanece atual e válida a observação feita pelo ilustre doutrinador. Trata-se, portanto, de se estabelecer o verdadeiro alcance da expressão "operações" para fins de tributação.

Aduz a embargante que esta operação somente pode ser considerada na sua essência jurídica, ou seja, a operação tributável é apenas a operação jurídica de circulação de mercadorias, o que, por sua vez, ocorra apenas nas hipóteses em que haja disponibilidade patrimonial do bem. Em outras palavras, ocorre a operação tributável apenas quando há transferência de propriedade de bens, o que, no caso em questão, não teria ocorrido, em face da transferência ter havido entre suposta matriz e suas filiais.

Esta tese, entretanto, não condiz com a legislação e também com o entendimento doutrinário majoritário a respeito. Com efeito, operações de circulação de mercadorias compreendem não somente as operações jurídicas, mas também as econômicas e as fictas. Isso porque a circulação que diz respeito a lei tem como significado não a transferência de propriedade, pura e simplesmente, mas sim, a idéia de todo o *iter* percorrido pela mercadoria, desde sua industrialização, até a comercialização e chegada ao consumidor. Circular, portanto, tem um significado amplo que abrange todos os processos individuais e as etapas contidos nesse *iter*, até a chega ao consumidor final da mercadoria.

Consoante noticia o Prof. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO, in "ICMS – Anotações à Lei Complementar Nacional nº 87, de 13 de setembro de 1996", Edição própria, 1998, o conceito de circulação abrange a circulação ficta, física ou econômica de natureza jurídica, tendo sido essa definição "aprovada pelo 1º Congresso Brasileiro de Direito Tributário, à luz do relatório baseado no texto também sugerido pelo 3.º Simpósio Nacional de Direito Tributário, em 1978, a saber: 'A hipótese de incidência do ICM tem como aspecto material fato decorrente de iniciativa do contribuinte, que implique movimentação ficta, física ou econômica de bens identificados como mercadorias, da fonte de produção até o consumo.'"

O Congresso, assim como o Simpósio mencionados, de cujos relatórios e conclusões participaram grandes nomes da doutrina tributarista, são contemporâneos do Decreto-lei nº 406/68, CTA de 1978 e respectivo regulamento, razão pela qual suas conclusões são plenamente admissíveis para o caso em questão. Esclarecendo a questão da definição do que seja circulação econômica, o autor prossegue afirmando que a circulação econômica, ou meramente física, ocorre entre dois estágios do processo circulatório, sem a alteração da titularidade da mercadoria.

No caso em questão, temos que admitir que, ainda que se trate de estabelecimentos do mesmo titular, fato este que não foi provado pela embargante, ocorreu circulação econômica das mercadorias. Isto porque houve a alteração do estágio circulatório da mercadoria. Segundo consta dos registros da empresa embargante, seu objeto social é a industrialização de insumos para a fabricação de cimento, o que deixa claro e incontestado que se trata de empresa industrial, como a própria narrativa da embargante em sua peça torna incontroverso o fato. Por sua vez, os estabelecimentos para os quais remeteu mercadorias, segundo declara a embargante, são comerciais, ou seja, destinados à atividade comercial de venda dos produtos.

Assim sendo, temos duas fases distintas do processo circulatório: uma primeira, industrial, onde a mercadoria é industrializada e se torna apta a ser consumida, e uma segunda, comercial, cujo objetivo é levar ao consumo a mercadoria industrializada. Etapas, portanto, distintas do processo circulatório, caracterizando a remessa da empresa de natureza industrial para a empresa de natureza comercial como uma circulação econômica, subsumida, portanto, no conceito de circulação para fins de tributação pelo ICM.

HUGO DE BRITO MACHADO, *in* "Curso de Direito Tributário", 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, ensina que:

"Nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, desde que a mercadoria sai do estoque de um,

para compor o estoque de outro, onde se destina à comercialização, ocorre uma verdadeira operação relativa à circulação de mercadoria, que a impulsiona no caminho que há de percorrer da fonte produtora até o consumidor. Configura-se, pois, o fato gerador do ICMS.'

Como visto, dada a inalterabilidade da hipótese de incidência do ICM para o ICMS, no que diz respeito às operações relativas à circulação de mercadorias, o entendimento é cabível para o estudo do conceito de operações de circulação do ICM. Conclui-se, assim, que a operação realizada pela embargante, ao promover a saída de mercadorias para outro estabelecimento, mesmo que de sua propriedade, ao realizar uma transferência da natureza da mercadoria em face do estágio circulatório (de produto industrial, para produto comercial), poderia ter sofrido a exigência tributária – ICM-Normal.

Entretanto, no que pese o que foi acima demonstrado, a exigência tributária, em conformidade com o Auto de Infração e Notificação Fiscal que deu origem à CDA ora executada não é do ICM devido pela embargante, mas sim, o ICM devido pelo estabelecimento comercial, a título de antecipação do imposto devido quando este realizar a venda comercial do produto industrializado pela embargante. A questão se prende, portanto, entendemos, na questão da legalidade da substituição tributária, eis que a capitulação do AINF é clara ao cientificar o contribuinte de que estava sendo autuado por não reter e recolher o imposto devido pelo estabelecimento comercial, a título de antecipação do tributo devido quando da realização de suas operações de venda mercantil do produto, e não pelo fato de não ter recolhido ICM-Normal sobre a saída de mercadoria do estabelecimento para outro.

II – Da substituição tributária como causa da autuação fiscal

Alega a embargante que a substituição tributária não é possível porque, para que ocorra, deverá haver transferência de propriedade da mercadoria. Assim, na remessa a outro estabelecimento do mesmo titular não pode haver ICM-Fonte, muito menos substituição, eis que não pode o substituto ser o mesmo substituído.

Alega que a substituição tributária deve ser prevista na legislação, por atenção ao princípio da legalidade, e não por decreto estadual. Entretanto, menciona que a substituição tributária é prevista no próprio CTN, editado em 1966, que exige a forma legislativa de lei ordinária para tanto, embora alegue contraditoriamente que não há lei autorizadora prevendo esta substituição tributária.

Por fim, alega que no MS nº 01295056617-5, cujas cópias dos principais atos processuais juntou aos autos, restou reconhecida a inconstitucionalidade da substituição tributária, e do Convênio nº 66/88 que o suporta, exatamente ao contrário do que vem reconhecendo o STJ, conforme será demonstrado, frisando a Fazenda Pública Estadual, apenas para argumentar, que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual em face da Constituição Federal somente pode ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não vincula o presente caso.

Diante de tais argumentos, é preciso demonstrar que a substituição tributária era, de fato, prevista no ordenamento jurídico vigente à época da autuação fiscal, não tendo sido instituído, como alega a embargante, por um "simples" Decreto estadual, *in casu*, o RICM.

A fundamentação da substituição tributária, prevista mesmo antes da Emenda Constitucional nº 03/93, ao contrário do que alega, em atitude de má-fé, a embargante, deverá ser encontrada na própria Constituição Federal de 1967, ainda que se frise, embora desnecessário, que não cabe à Constituição particularizar todas as minúcias em termos tributários. Por isso, regra geral, remete à Lei Ordinária ou Complementar.

Estabelecia a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pelas alterações e acréscimos das Emendas Constitucionais nº 01, de 10.10.1969, nº 17, de 02.12.1980, nº 23, de 01.12.1983 e nº 27, de 02.12.1985, no Capítulo V, que tratava do Sistema Tributário:

Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição,

compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

I - taxas, arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição; e

II - contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

§ 1º Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar. (SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Por outro lado, o art. 23 da Constituição Federal de 1967, com a redação determinada pelas Emendas Constitucionais nº 01/69, 17/80, 23/83 e 27/85 jamais limitou a competência dos Estados no que diz respeito à instituição da substituição tributária, muito pelo contrário. Vide o seu parágrafo quarto:

Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição; e

II - operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado

nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. A isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes.

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

§ 2º O imposto de que trata o item I compete ao Estado onde está situado o imóvel, ainda que a transmissão resulte de sucessão aberta no estrangeiro; sua alíquota não excederá os limites estabelecidos em resolução do Senado Federal por proposta do Presidente da República, na forma prevista em lei.

§ 3º O imposto a que se refere o item I não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica, salvo se a atividade preponderante dessa entidade for o comércio desses bens ou direitos ou a locação de imóveis.

§ 4º Lei complementar poderá instituir, além das mencionadas no item II, outras categorias de contribuintes daquele imposto.

§ 5º A alíquota do imposto à que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máxima para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.

§ 6º As isenções do imposto sobre operações relativas à

circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar.

§ 7º O imposto de que trata o item II não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar.

8º - Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item II, oitenta por cento constituirão receita dos Estados e vinte por cento, dos Municípios. As parcelas pertencentes aos Municípios aos serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito.

§ 9º - As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, a que se refere o parágrafo anterior, serão creditadas de acordo com os seguintes critérios:

I - no mínimo três quartos, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias realizadas em seus respectivos territórios;

II - no máximo um quarto, de acordo com o que dispuser a lei estadual.

§ 10º - Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item I, cinquenta por cento constituirão receita dos Estados e cinquenta por cento do Município onde se localizar o imóvel objeto da transmissão sobre a qual incide o tributo. As parcelas pertencentes aos Municípios serão creditadas em contas especiais abertas em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos estabelecidos em lei federal.

O art. 18 determina que a regulamentação de normas gerais em matéria de Direito Tributário será realizada por Lei Complementar. À similitude do que ocorre hoje com o CTN, Lei Ordinária recebida como Complementar, o Decreto-lei nº 406/68 foi recebido pela Constituição Federal de 1967 como a Lei Complementar a que se

referia o art. 18 da Magna Carta. E tanto isso é verdadeiro que, assim como ocorre com o CTN, que somente é alterado mediante Lei Complementar, o Decreto-lei nº 406/68 somente era alterado mediante essa espécie legislativa.

Desta forma, assim dispunha a Lei Complementar nº 44/83, que alterou dispositivos do Decreto-lei nº 406/68

Art. 1º - Ficam acrescentados ao art. 2º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, os seguintes parágrafos:

“Art.2º.....

§ 9º - Quando for atribuída a condição de responsável ao industrial, ao comerciante atacadista ou ao produtor, relativamente ao imposto devido pelo comerciante varejista, a base de cálculo do imposto será:

a) o valor da operação promovida pelo responsável, acrescido da margem estimada de lucro do comerciante varejista obtida mediante aplicação de percentual fixado em lei sobre aquele valor;

b) o valor da operação promovida pelo responsável, acrescido da margem de lucro atribuída ao revendedor, no caso de mercadorias com preço de venda, máximo ou único, marcado pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente.

§ 10 - Caso a margem de lucro efetiva seja normalmente superior à estimada na forma da alínea a do parágrafo anterior, o percentual ali estabelecido será substituído pelo que for determinado em convênio celebrado na forma do disposto no § 6º do art. 23 da Constituição Federal.”

Art. 3º - Ficam acrescentados ao art. 6º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, os seguintes parágrafos:

"Art.6º.....

3º - A lei estadual poderá atribuir a condição de responsável:

a) ao industrial, comerciante ou outra categoria de contribuinte, quanto ao imposto devido na operação ou operações anteriores promovidas com a mercadoria ou seus insumos;

b) ao produtor, industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido pelo comerciante varejista;

c) ao produtor ou industrial, quanto ao imposto devido pelo comerciante atacadista e pelo comerciante varejista;

d) aos transportadores, depositários e demais encarregados da guarda ou comercialização de mercadorias. (SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

O Decreto-lei nº 406/68, com as alterações da LC nº 44/83, portanto, previa a possibilidade das legislações estaduais atribuírem aos industriais a condição de responsáveis tributários. E essa possibilidade estava prevista na própria Constituição Federal de 1967, conforme o § 4º do art. 23, acima transcrito.

Com efeito, do seu texto é possível extrair do § 4º do art. 23 que "Lei complementar poderá instituir, além das mencionadas no item II, outras categorias de contribuintes daquele imposto." Ora, se Lei Complementar poderia instituir outras categorias daquele imposto, qual seja, o ICM, como o substituto tributário por exemplo, tratou o legislador federal, a título de norma geral de Direito Tributário, de inserir esta possibilidade no Decreto-lei nº 406/68, recebido como Lei Complementar, o que, sem qualquer sombra de dúvidas, imprime legalidade à substituição tributária prevista no Decreto-lei nº 406/68, no CTA de 1978, e no Regulamento do ICM de 1979, vigentes na época da autuação fiscal.

A constitucionalidade da substituição tributária, prevista no CTN, no Decreto-lei nº 406/68 e nas legislações estaduais, por consequência, foi reconhecida pelo pretório excelso. O Supremo Tribunal Federal, portanto, tem o seguinte entendimento a respeito:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, § 2º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 (ART. 25) E ICMS Nº 107/89. ART. 8º, INC. XIII E § 4º, DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89. O regime de substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6º, §§ 3º e 4º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM nº 66/88, da competência prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88. Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza o instituto que, relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista nº 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS nº 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6º, § 4º, do referido Decreto-Lei nº 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens. A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador. Acórdão que se afastou desse entendimento. Recurso conhecido e provido.”
(STF – 1ª Turma - RE-213396 / SP – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 02.08.1999 – DJ 01.12.2000)

“TRIBUTÁRIO. ESTADO DE SÃO PAULO. ICMS. PRODUTOS DERIVADOS DO PETRÓLEO. COMÉRCIO ATACADISTA. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O Plenário do STF, no julgamento do RE 213.396, Relator Min. Ilmar Galvão, concluiu pela constitucionalidade do regime de substituição tributária, relativamente à distribuição

de veículos automotores, ainda que instituído antes do advento da EC 03/93. Entendimento que, à ausência de peculiaridades relativamente à mencionada atividade, tem aplicação ao presente caso. Acórdão que não dissentiu dessa orientação. Recurso não conhecido." (STF – 1ª Turma - RE-202715 / SP – Rel. Min. ILMAR GALVÃO – j. 26.10.1999 – DJ 17.12.1999)

"ICMS. Recolhimento antecipado na venda de veículos automotores pelo regime da substituição tributária. Constitucionalidade. - O Plenário desta Corte, ao terminar, há pouco, o julgamento do RE 213.396, relativo a esse regime de substituição tributária, afastou as diversas objeções concernentes à sua constitucionalidade, inclusive a veiculada neste recurso, a saber: a da ofensa ao princípio da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da Constituição). Recurso extraordinário não conhecido." (STF – 1ª Turma - RE-190317 / SP – Rel. Min. MOREIRA ALVES – j. 24.08.1999 – DJ 01.10.1999)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ANTECIPADA DO ICMS. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. INADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO NO CASO DE NÃO OCORRER O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO FISCAL. IMPRESCINDIBILIDADE DE QUE ESSA HIPÓTESE ESTEJA PREVISTA NA LEI Nº 6.374/89. 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o prequestionamento é requisito formal indispensável à admissibilidade do recurso extraordinário, tendo-o como inexistente quando ocorrer implicitamente. 2. Imprescindibilidade de a lei tributária prever o mecanismo de restituição do tributo recolhido antecipadamente, na hipótese de não ocorrer o fato gerador da obrigação fiscal. Alegação insubsistente. A saída da mercadoria para o estabelecimento do varejista não constitui

óbice à exigência antecipada do tributo, porque essa operação constitui etapa preliminar do fato tributável, que é a revenda ao consumidor final. Agravo regimental não provido." (STF – 2ª Turma - AGRRE-237881 / SP – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – j. 16.11.1999 – DJ 10.03.2000).

Os julgados mencionam a hipótese de exigência do imposto antecipado pelos produtores de automóveis quando da sua primeira venda. Entretanto, o princípio é o mesmo, dado que ao instituto da substituição tributária em si foi reconhecido o cunho da constitucionalidade. Além disso, o fato das decisões serem atuais, ou seja, anteriores à Emenda Constitucional nº 02/93, não lhes retira a validade no presente caso, posto que o entendimento que se busca na presente coincide com o entendimento esposado nos arestos transcritos, a título de substituição tributária. Além disso, nos julgados há expressa menção à anterioridade da situação quanto à EC nº 03/93.

Neste mesmo sentido repousa a jurisprudência atual do STJ, que tem este mesmo entendimento, tendo em vista as ementas a seguir transcritas, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE. EC 03/93 E LC 87/96. PRECEDENTES.

1. Assente o entendimento desta Corte, consubstanciado em reiteradas decisões da Primeira Seção e das duas Turmas que a integram, sobre a legalidade do recolhimento antecipado do ICMS pelo sistema da substituição tributária 'para frente'.
2. Ademais, o Egrégio STF já proclamou a constitucionalidade desse regime.
3. Acórdão recorrido harmonizado com tais orientações.
4. Recurso ordinário improvido." (STJ - ROMS 10896/ES – 2ª Turma – Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – j. 09.10.2001 – DJ 01.04.2002)

**"DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL.
ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.**

1. Ausência de prequestionamento no acórdão recorrido da matéria jurídica apontada pela recorrente como tendo sido violada.

2. Discussão e julgamento em Pleno de Tribunal de Justiça sobre alegada inconstitucionalidade do Convênio 66/88. Não reconhecimento da pretensão. Fundamentos desenvolvidos no corpo do acórdão que estão vinculados aos seguintes temas: a) a "promulgação da CF de 88 não acarretou a ineficácia (ou revogação) da legislação preexistente, derogando só aquela que, com ela, se mostrava incompatível"; b) o DL 406/68 e o CTN, mormente no que pertine à disciplina de ICMS, continuam em vigor; c) os Estados, na ausência de Lei Complementar, têm competência para a celebração de Convênios tributários; d) o Convênio ICM nº 66/88 é constitucional; e) não é inconstitucional a substituição tributária.

3. Inexistência, no âmbito do aresto referido, de análise sobre os arts. 177 e 536, do CPC.

4. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Acórdãos apresentados para confronto que tratam de situações fáticas e jurídicas diferentes das que foram apreciadas pelo aresto recorrido.

5. O acórdão recorrido cuidou de reconhecer a constitucionalidade da substituição tributária. Os arestos paradigmáticos contêm decisões sobre prazo para embargos de declaração e o alcance dessa via recursal.

6. Recurso especial não conhecido." (STJ – 1ª Turma - RESP 268457/ES – Rel. Min. JOSÉ DELGADO – j. 16.11.2000 – DJ 05.03.2001)

É possível verificar, assim, que o próprio STJ reconhece a constitucionalidade do Convênio nº 66/88, assim como o instituto da substituição tributária. Inúmeros os julgados do STJ neste sentido

são também encontrados à época da autuação da empresa embargante, antes da EC 3/93, de março de 1993, dentre os quais o aresto a seguir transcrito:

“TRIBUTARIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA ANTECIPADA. LEGALIDADE. CONVENIOS INTERESTADUAIS. DECRETOS 6465/89, 7004/90 E 7187 DO ESTADO DO PARANA. LC Nº 44/83, DL. 406 E ARTIGO 128/CTN. PRECEDENTES.

1. A exigência da antecipação do ICMS, na venda de veículos automotores, não se reveste de ilegalidade ou abusividade.

2. O Decreto-lei nº 406/68, alterado pela LC. 44/83, e o art. 128/CTN, que se complementam, consagram a regra da substituição tributaria.

3. Não discrepa deste entendimento orientação traçada em decisões do STF.

4. Pelos convênios 107/89 e 08/90 entre os Estados de São Paulo e Paraná foram ratificados por decretos específicos deste ultimo quanto à cobrança antecipada do ICMS, nela se inserindo a comercialização de veículos.

5. Essa modalidade de cobrança do tributo não se assemelha ao empréstimo compulsório.

6. Recurso improvido. (STJ – 2ª Turma - ROMS 1562/PR – Rel. Min PEÇANHA MARTINS – j. 04.11.1992 – DJ 17.12.1992).

(SEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Assim, pode-se vislumbrar a tendência jurisprudencial dos Tribunais Superiores, na época, de admitir a substituição tributária prevista no Decreto-lei nº 406/68, c/c o disposto no art. 128 do CTN, uma vez que havia o permissivo constitucional, como visto, o que deixa evidente estar a legislação estadual, tanto no que diz respeito ao CTA quanto ao RICM, vigentes quando da autuação fiscal da embargante, em plena conformidade com o ordenamento jurídico

tributário, sendo improcedente as alegações da embargante quanto à inconstitucionalidade da substituição tributária antes da EC nº 03/93.

5. DA LEGALIDADE DA MULTA IMPOSTA À EMBARGANTE E DOS ÍNDICES DE CORREÇÃO

A embargante questiona, ainda, como forma de impugnação à execução fiscal ora movida, a multa imposta pela Fazenda Pública pelo não cumprimento das disposições contidas na legislação pertinente ao ICM devido ao Estado. Pretende, ainda, ver reformado o respectivo valor, no seu entender, confiscatório, reduzindo-o para uma alíquota equivalente às aplicadas no direito consumerista, qual seja, 2% (dois por cento).

A legislação estadual, neste caso, é bastante clara quando dispõe a respeito das multas aplicadas pelo descumprimento de obrigações tributárias. Estabelece o art. 101, do Código Tributário do Amazonas (Lei nº 1.320/78), vigente na época da autuação:

Art. 101. O descumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação tributária, apurado mediante procedimento fiscal cabível, sujeitará o infrator às seguintes multas, sem prejuízo do recolhimento fiscal do valor do imposto, quando devido:

.....omissis.....

IV - 4 (quatro) vezes o valor do imposto devido, quando o débito apurado for de responsabilidade do contribuinte substituto que houver retido o tributo para recolhimento, nas hipóteses de antecipação ou deferimento.

.....omissis.....

§ 5º A multa prevista no inciso IV, aplica-se também aos que deixarem de reter o imposto, na qualidade de contribuinte substituto, decorrente de obrigação legal. (SEM GRIFOS NO ORIGINAL).

Ora, a aplicação da multa de 400% (quatrocentos por cento) – ou 4 (quatro) vezes o valor do imposto devido, portanto, observa as prescrições legais pertinentes à espécie e não constitui qualquer abuso de poder, haja vista que se trata de atividade vinculada da autoridade tributária à legislação aplicável, acima transcrita, em obediência ao que dispõe o inciso V do art. 97 do CTN.

De igual forma, não procede a alegação de que a multa é confiscatória. Com efeito, a Constituição Federal estabelece que o tributo não poderá ter efeito confiscatório, conforme se lê em seu Art. 150, inciso IV. Entretanto, o que a embargante questiona é a multa, e não o tributo em si, pois multa não é tributo, mas sim penalidade. O art. 3º do CTN é bastante claro e permite a perfeita distinção entre ambas as figuras:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (SEM GRIFOS NO ORIGINAL).

Assim, em se tratando de sanção de ato ilícito, como é caso (inobservância da legislação tributária), não se tem tributo, mas sim, penalidade. Portanto, os efeitos não confiscatórios previstos na Constituição Federal dizem respeito apenas às espécies descritas no art. 3º do CTN, o que, de fato, não engloba a penalidade ora imposta ao embargante, razão pela qual não interessa à presente causa as alegações apostas pela embargante no que se refere à suposta infração da Fazenda Estadual ao princípio da vedação de efeito confiscatório dos tributos em geral.

Analisando a questão por outro prisma, ainda, é possível até mesmo asseverar que o desiderato da penalidade imposta ao contribuinte é desestimular idêntica prática futura por parte do mesmo, e este objetivo somente é possível se a penalidade causar desconforto patrimonial ao devedor.

A multa fiscal, portanto, deve invadir a esfera patrimonial do contribuinte devedor de forma incisiva, o que não se alcança com a aplicação de multas cuja alíquota seja inexpressiva em relação ao tributo. Daí porque a totalidade das legislações tributárias estaduais não aplica, em casos de descumprimento de obrigação principal, como é o caso, penalidades inferiores a 100%. Dada a gravidade da presente autuação fiscal, a penalidade imposta foi de 400%. Há portanto, por assim dizer, certa carga de efeito confiscatório naturalmente contido nas multas fiscais, exatamente em razão de sua função precípua, que é inibir o contribuinte da prática futura de outras infrações à legislação tributária. O efeito confiscatório, se é que assim se pode dizer, portanto, é fator inerente à multa fiscal.

Por outro lado, é absurda e absolutamente incabível a pretensão da embargante em se ver beneficiada pela aplicação de uma multa de 2% (dois por cento), como se vê naquela estabelecida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Esta limitação, imposta aos fornecedores de produtos e serviços quanto à cobrança dos débitos de que são titulares, diz respeito a obrigações de natureza privada, não de natureza pública, como é o caso da relação entre contribuinte e o Estado.

Também é de se considerar que a natureza das obrigações consumeristas, derivada de contratos de direito privado, de fornecimento de produtos ou serviços, decorre da vontade das partes, e ainda que consideremos que o Direito protege os contratos imprimindo-lhes a mesma força de lei para efeito das obrigações dele decorrentes, não é possível reconhecer-lhes a mesma força jurídica das obrigações tributárias, que são obrigações legais, e não decorrentes de ajustes de vontade.

Sob um aspecto mais amplo, ainda, cumpre observar que as relações de consumo determinam o surgimento de obrigações de âmbito privado, cujo interesse converge, apenas de forma genérica – no que diz respeito à proteção legal da segurança jurídica das relações contratuais, a uma ordem social. Entretanto, têm reflexo direto apenas

entre as partes, porque a elas e somente a elas interessa diretamente o adimplemento da obrigação pactuada dentro de uma relação de direito privado.

O mesmo fenômeno não se observa quanto às obrigações tributárias. Estas têm um reflexo direto, não em relação ao fisco e ao contribuinte, mas sim em relação a toda a sociedade, pois a finalidade do imposto não é trazer benefícios diretos ao contribuinte, mas à coletividade em geral, posto que é através dele que se forma a receita geral da Fazenda que irá financiar as ações sociais do Poder Público.

Portanto, não se pode considerar que as relações de Direito privado consumerista, representadas pelos contratos de fornecimento de produtos ou serviços, tenham a mesma amplitude das relações tributárias entre Fazenda Pública e contribuinte, de forma a alçar-lhes a mesma consideração jurídica no que diz respeito à aplicação de penalidades. No caso do Direito Tributário, as penalidades, ou multas, podem e devem ser superiores àqueles imprimidas às relações de direito privado, não sendo cabível a redução da multa imposta em valor equivalente a 4 (quatro) vezes, ou 400%, o valor do imposto devido pela embargante.

É preciso, ainda, que se leve em consideração que o abrandamento das multas fiscais, na forma pretendida pela embargada, representa perigo à economia pública. De fato, poder-se-ia considerar ser mais atrativo para uma empresa de grande porte aplicar a receita devida a título de imposto em transações financeiras no mercado de capitais e obter rendimentos de ordem superior ao valor das multas fiscais. Grandes quantias de capital podem ser investidos em negócios cuja lucratividade, além da correção monetária, supera a margem de 15% (quinze por cento) ao mês, fazendo com que, em um curto período de tempo, o montante atualizado devido ao fisco seja bastante inferior ao obtido com a aplicação financeira do valor originariamente devido pela empresa, de forma que deixar de pagar o imposto no tempo e modo devidos seria mais lucrativo para o contribuinte.

Quanto à correção do crédito tributário, questiona a

embargante a sistemática de aplicação de juros e taxa SELIC, aduzindo, em síntese, que os juros aplicáveis, na forma prevista no CTN, é de apenas 1%, assim como a SELIC não é aplicável ao caso.

A decisão do STJ transcrita pela embargante não coaduna com o atual entendimento do Tribunal a respeito da aplicação da taxa SELIC para fins tributários. Com efeito, a decisão colacionada às fls. 032 dos autos, que na verdade é o REsp. 215.881/PR, e não REsp. 216.881/PR, data de abril/2000, ou seja, foi editada a mais de 2 (dois) anos. Atualmente, a mesma 2ª Turma do STJ vem decidindo pela possibilidade de aplicação da taxa SELIC em matéria tributária, conforme se depreende pelos arestos a seguir dispostos, dentre muitos, nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - PIS - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS - VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS NÃO APRECIADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II DO CPC - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 282/STF E 211/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO - APLICAÇÃO DA TAXA SELIC – NÃO CUMULAÇÃO COM QUALQUER ÍNDICE DE CORREÇÃO.

1. Suposta violação a dispositivos constitucionais não pode ser apreciada em sede de recurso especial.
2. Inexistência de violação ao art. 535, I e II do CPC, porque não omissivo ou obscuro o acórdão, tendo sido claro ao dispor sobre a não utilização da UFIR a partir da vigência da lei que instituiu a taxa SELIC, ao tempo em que não teria obrigação de pronunciar-se sobre a Lei 9.430/96, uma vez que em nenhum momento foi a mesma cogitada.
3. Ausência de prequestionamento das teses defendidas em torno do art. 458 do CPC, do art. 39, § 4º da Lei 9.250/95 e do art. 74 da Lei 9.430/96 (Súmulas 282/STF e 211/STJ), restando prejudicado o exame do dissídio jurisprudencial.
4. A Primeira Seção desta Corte, no EREsp 193.453/SC,

decidiu que a aplicação da taxa SELIC afasta a cumulação com qualquer índice de correção monetária, porque a mesma já se encontra embutida.

5. Recurso especial não conhecido." (STJ – 2ª Turma - REsp 316183/PR – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 16.08.2001 – DJ – 15.04.2002)

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC.

1. Segundo entendimento jurisprudencial desta Corte, na repetição de indébito, seja na forma de restituição ou de compensação tributária, incide a taxa referencial SELIC a partir de 01/01/96 até o mês anterior ao da compensação ou restituição, a teor do disposto no § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95. Precedentes da Primeira Seção.

2. Agravo regimental improvido." (STJ – 2ª Turma – AGRESP 230198/RS - Rel. Eliana Calmon – j. 05.06.2001 – DJ – 04.02.2002)

Por outro lado, o disposto no parágrafo único do art. 161 do CTN não é, como pretende fazer crer a embargante, uma regra que imponha como limite a aplicação de juros de 1% ao mês. Trata-se de regra de referência, aplicável apenas no silêncio da lei. É inaceitável a interpretação de que é impossível à lei ordinária estabelecer alíquota maior àquela prevista no CTN, *pois acarretaria restringir o alcance de norma onde a própria lei não restringe*. A restrição à interpretação que conclui pela aplicação de juros de 1% ao mês somente é cabível, segundo a letra da lei, no silêncio de lei tributária que trate do tributo que se discute.

Sobre o tema, RICARDO LOBO TORRES, *in* “Comentários ao Código Tributário Nacional”, 3ª Ed., Coord. Ives Gandra Martins, Saraiva: São Paulo, 2002, aduz que:

“A taxa de juros é fixada pela legislação do poder tributante.

Na ausência de disposição expressa os juros são calculados à taxa de 1% ao mês. A norma é diferente da que aparece no Código Civil de 1916, que fixa os juros legais em 0,5% (art. 1.063).

Para os tributos federais a taxa de 1% ao mês é mínima (art. 84, § 3º, da Lei nº 8.981, de 20-1-1995).

A critério do poder tributante os juros podem ser superiores a 1% ao mês, sem que contratem com a lei de usura ou com o art. 192, § 3º, da CF. Desde, evidentemente, que neles venha embutida a desvalorização da moeda: com a estabilização monetária pelo Brasil a partir de 1995 através do Plano Real, as leis deixaram de estabelecer índices para a correção monetária, diluindo-a na própria taxa de juros. A Constituição Federal restringe o limite de 12% ao ano às taxas de juros reais, nelas incluídas as comissões e quaisquer remunerações diretas ou indiretamente referidas à concessão de crédito, mas não define o que sejam juros reais, matéria também não regulamentada por lei complementar."

Extrai-se da lição acima aposta, que a taxa de juros de mora são fixados pelo poder tributante. Por outro lado, os juros de 12% ao ano, previstos na CF/88, não são aplicáveis ao caso, posto que o próprio STF, em 01.08.1994, através do Mandado de Injunção nº MI 341, relatado pelo Min. Francisco Rezek, declarou o Congresso Nacional em mora e decidiu que o § 3º do art. 192 DA CF/88 não é auto-aplicável.

Assim, nada há a opor em relação à atualização do crédito tributário através da aplicação da taxa SELIC, esclarecendo a Fazenda Pública que esta taxa não é cumulada com a correção monetária, sendo infundada a pretensão da embargante neste sentido.

6. DA FALTA DE PROVA DAS ALEGAÇÕES DA EMBARGANTE

A embargante não provou ser incabível a cobrança de ICM, posto que, montada sua tese da inexigibilidade do ICM por se tratar de transferência de mercadorias para estabelecimento próprio, não há nos autos qualquer documento que comprove esta alegação. Não

observou, portanto, a embargante, o que estabelece o art. 333, I, do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Assim, ainda que se admitisse ser pressuposto da não incidência do ICM nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos serem estes de titularidade da mesma pessoa jurídica, somente para argumentar, a embargante não provou que ditas transferências, que culminaram na autuação fiscal, eram para filial ou estabelecimento de sua propriedade.

Ora, se a embargante se insurge contra a cobrança de ICM relativamente às operações que entende estarem no campo da não incidência, a ela compete a demonstração de que tais operações não estão, de acordo com a legislação aplicável, no âmbito da incidência, ao contrário do que alega a Fazenda Pública. Isto não ocorreu nos autos.

Resta, portanto, impossível verificar a tese da embargante, posto que sequer consegue fazer prova de que as transferências realizadas através das notas fiscais relacionadas no AINF foram efetivadas para estabelecimento de sua propriedade. Não que isso determinasse a procedência de suas alegações, mas, para argumentar, seriam ao menos imprescindíveis para instaurar a controvérsia de forma válida.

Estando precluso o direito da embargante em demonstrar documentalmente tal fato, requer a Fazenda Pública que V.Ex.^a reconheça e declare a inobservância, por parte da embargante, do que estabelecem os arts. 283, 333, I, e 396, todos do Código de Processo Civil, não havendo prova, nos autos, da realização de atos de circulação de mercadorias sobre as quais não incida o ICM cobrado pela embargada.

7. DAS PROVAS

Para a prova do alegado, a Fazenda Pública protesta e requer, desde já, por todos os meios de prova em Direito admitidos,

especialmente o documental e pericial, além de outros, sem qualquer exceção, a serem requeridos e produzidos no momento processualmente oportuno.

8. DOS PEDIDOS

Isto posto, a Fazenda Pública estadual REQUER que V.Ex^a, em acolhendo o presente em todos os seus termos:

a) Conheça da preliminar argüida, de forma a julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, tendo em vista o defeito de representação destacado em item próprio da presente impugnação;

b) Que reconheça a inexistência de documentos probantes da tese da embargante, tendo em vista a juntada de cópias não autenticadas de documentos públicos e particulares;

c) Ao final da regular instrução processual do feito, julgue totalmente improcedentes os pedidos constantes dos embargos de devedor interpostos pela executada, condenando-a, de acordo com o ônus da sucumbência, ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios devidos à Fazenda Estadual, calculados sobre o valor atualizado da execução fiscal;

d) defira, no caso de improcedência total, ou na parte que não foi alcançada pela sentença de procedência de mérito, o prosseguimento do feito, por se tratar de execução definitiva cuja respectiva apelação é apenas recebida em seu efeito devolutivo.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Manaus (AM) 14 de maio de 2002.

Leonardo de Borborema Blasch
Procurador do Estado

**EXMº SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA ESPECIALIZADA DA
DÍVIDA ATIVA ESTADUAL**

A FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por sua Procuradora, infra-assinada, nos autos da **AÇÃO CAUTELAR FISCAL Nº 0121003427-9** que move em face de **FITA DATA DO AMAZONAS LTDA**, ciente da r. sentença de fls. 252 e com parte dela não se conformando, vem, respeitosamente, perante V. Exª interpor recurso de **APELAÇÃO**, consubstanciado na peça inclusa, requerendo sua juntada e, após o cumprimento das formalidades legais, a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, para apreciação.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Manaus/AM, 20 de fevereiro de 2002

Suely Xavier Lima
Procuradora do Estado

EXMOS. SRS. DESEMBARGADORES DO EGRÉGIOTRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS**RAZÕES DE APELAÇÃO****APELANTE:** FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS**APELADA:** FITA DATA DO AMAZONAS LTDA e outro

Cultos Julgadores,

Cuida-se de ação cautelar fiscal na qual foi, initio litis, concedida medida liminar de indisponibilidade dos bens dos requeridos, em atendimento ao requerimento da Apelante, que demonstrou a ocorrência dos requisitos do *fumus boni iuri* e do *periculum in mora*, especialmente em face da dissolução irregular da empresa, sem o pagamento da dívida tributária para com a Fazenda Pública Estadual.

Após efetivado o bloqueio judicial dos bens dos Requeridos-Apelados, compareceram estes à Procuradoria Fiscal onde procederam a confissão do débito e efetivaram acordo de parcelamento do mesmo. Após alguns meses de pagamento parcelado, os Apelados quitaram a sua dívida com a Apelante, eis porque esta requereu às fls. 249 a revogação da medida liminar concedida.

Às fls. 252 o douto juízo monocrático proferiu sentença extinguindo o processo sem julgamento do mérito, revogando a liminar concedida e, por fim, condenando a Requerente-Apelante ao pagamento das custas processuais.

E é justamente na parte em que trata das custas e dos honorários advocatícios que deve ser modificada a r. decisão increpada, como ficará demonstrado nas linhas a seguir.

DA TEMPESTIVIDADE

Antes de adentrar no mérito do presente recurso, cumpre demonstrar a sua tempestividade. A decisão recorrida foi publicada no Diário Oficial do Estado, edição do dia 20.12.2001.

Pois bem, sabe-se que os prazos computam-se excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento (art. 184, CPC). Ocorre que, in casu, o dia do começo foi 21.12.2001, quando já haviam iniciado as férias forenses, eis porque todo o prazo ficou suspenso até o término das férias, que ocorreu no dia 01.02.2002. Assim sendo, o prazo para interposição do presente recurso só expirará em 02.03.2002 (art. 508, c/c art. 188, CPC).

Dessarte, a Fazenda Pública Estadual dá como demonstrada a tempestividade do presente Recurso de Apelação.

DO MÉRITO

Como dito acima, o presente processo foi extinto sem julgamento do mérito, havendo o juízo *a quo* condenado a Autora-Apelante no pagamento das custas processuais e deixando de condenar qualquer das partes em honorários advocatícios. Entrementes, não poderia ter agido de tal forma, pois quem levou a Autora-Apelante a buscar a prestação jurisdicional para assegurar a satisfação de seu crédito não foi aquela e sim os Réus-Apelados.

Ora, pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. É o que ensinam os insignes NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *ad litteram*:

“Princípio da causalidade. Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio

da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. Quando não houver julgamento do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda se a ação fosse julgada pelo mérito. O fato de, por exemplo, o réu reconhecer o pedido de imediato (CPC 269 II), ou deixar de contestar tornando-se revel, não exime do pagamento dos honorários e custas, porque deu causa à propositura da ação. (...) O processo não pode reverter em dano de quem tinha razão para o instaurar (RT 706/77)."¹ Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001, P. 408

Na esteira desse entendimento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado de forma a dirimir qualquer dúvida porventura existente a esse respeito, como se vê na decisão abaixo transcrita:

"Processual Civil. Ação Cautelar. Cruzados bloqueados. Extinção do processo. Honorários Advocatícios. CPC, artigo 20.

1. Existente o interesse de agir quando ajuizada a ação e legitimado o réu, a posterior perda de objeto não desonera a obrigação de pagar honorários advocatícios e custas processuais. O juiz verificará, assim, quem deu causa, de modo objetivamente injurídico, à instauração do processo (REsp 7.570/PR – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – in Ver. STJ 21/498).

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido."² (destacou-se)

¹ Código do Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 408.

² REsp Nº 148.793 – São Paulo; 2ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, D. Julg. 11/07/2000.

Nesse passo, é de bom alvitre trazer a lume parte do voto proferido no Recurso Especial apontado acima (REsp 7.570/PR), que muito bem esclarece a questão:

"A fórmula continua a recomendável. À semelhança do direito alemão, o juiz haverá de examinar se a pretensão tinha amparo jurídico. Verificando que não só existia até então o interesse, como o autor não deu causa a que o processo se extinguisse e que, ademais, era fundada sua pretensão, haverá de concluir que o réu terá dado causa à instauração do processo e, conseqüentemente, arcará com custas e honorários. Não presentes os requisitos mencionados, o pagamento de tais verbas será de responsabilidade do autor.

Afasta-se deste modo que possa o autor ser sempre condenado ao pagamento de custas quando fato superveniente impeça o julgamento do mérito. Cumprirá verificar quem deu causa, de modo objetivamente injurídico, à instauração do processo. Para tanto não se poderá prescindir do exame do mérito, para se apontar qual pretensão era fundada, embora isto se faça com o só objetivo de dispor sobre o pagamento de custas e honorários e não para decidir sobre o pedido principal".

Além dos excertos acima colacionados, é de grande contribuição para o esclarecimento da causa outra iterativa decisão proferida pelo STJ, senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ECONÔMICO – REMUNERAÇÃO DE ATIVOS FINANCEIROS – AÇÃO CAUTELAR PROMOVIDA CONTRA O BANCO CENTRAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO POR PERDA DO OBJETO – VERBAS DE SUCUMBÊNCIA – CONDENAÇÃO – CABIMENTO – PRECEDENTES – ILEGITIMIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA NO TRIBUNAL A QUO.

A questão acerca da ilegitimidade da Caixa Econômica Federal não foi objeto de apreciação na instância revisora de segundo grau. Ausente o pressuposto inafastável do prequestionamento, cabe aplicar, na espécie, o óbice erigido pela Súmula 282/STF.

É entendimento assente nesta Corte Superior que, existente situação superveniente capaz de gerar a perda do objeto da ação, preserva-se o interesse de agir do autor, quando da postulação de seu direito, mantendo-se a condenação da parte ré nas verbas de sucumbência. Recurso Especial parcialmente conhecido e improvido. Decisão unânime.³ (grifo nosso)

Ainda no mesmo sentido, são as seguintes decisões: REsp 85874/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 24/02/1997; AGRESP 148384/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/11/1999; REsp 265783/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 19/11/2001; REsp 198218/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 16/10/2000.

Desse modo, conforme o que foi até aqui expendido; portanto, de acordo com a melhor doutrina e apoiado em sólida construção jurisprudencial e, tendo em vista que foram os Réus-Apelados e não a Autora-Apelante que deu causa à propositura da demanda, devem aqueles responder pelas despesas daí decorrentes, ou seja, devem ser condenados ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Ante o exposto, espera seja conhecida e provida a presente APELAÇÃO, para o fim de reformar a r. sentença *a quo*, condenando os Réus ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, por ser ato de inteira JUSTIÇA.

Manaus (AM), 20 de fevereiro de 2002.

Suely Xavier Lima
Procuradora do Estado

³ REsp 165535/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, D.J. 30/08/1999

EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 20200362-0

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, por sua Procuradora, *in fine* assinada, nos autos do Agravo de Instrumento em epígrafe interposto por TEXACO BRASIL S/A – PRODUTOS DE PETRÓLEO, comparece, com o devido respeito e acatamento perante Vossa Excelência, para, na observância do prazo legal, apresentar suas

CONTRA-RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

o que o faz pelas razões inclusas, requerendo, para tanto, sua juntada aos autos para apreciação e julgamento.

Termos em que,
Pede deferimento.
Manaus (AM), 22 de abril de 2002

Adriane Simões Assayag Ribeiro
Procuradora do Estado

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS****CONTRA-RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO****PROCESSO Nº 20200362-0****AGRAVANTE: TEXACO BRASIL S/A****AGRAVADO: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.**

Eméritos Julgadores,

DA TEMPESTIVIDADE DAS CONTRA-RAZÕES

Cumpre-nos, antes de adentrarmos nas contra-razões do recurso de agravo de instrumento, demonstrar a tempestividade das mesmas. Para isso, toma-se por base a data de intimação, qual seja - 16/04/2002.

Nos termos do art. 527, III, do CPC, são de 10 (dez) dias o prazo concedido para o oferecimento de contra-razões. Em sendo assim, à vista da intimação incorrida no dia 16/04/2002, o prazo final esgotar-se-ia em 26/04/2002.

Desta feita, a Fazenda Pública Estadual, consubstanciada nas razões expostas e na data de protocolo, dá como demonstrada a tempestividade das contra-razões.

DOS FATOS

Insurge-se a recorrente contra a decisão proferida, nos autos da Execução Fiscal movida pela Fazenda Pública Estadual em que o Juiz do feito, após o julgamento dos Embargos à Execução, deferiu requerimento formulado pela Fazenda Estadual que, em sede de execução definitiva, visando o efetivo recebimento de seu crédito, requereu a substituição do bem imóvel oferecido para fins de garantia da execução - sede portuária da Agravante, por dinheiro, certo e determinado, existente em conta bancária, equivalente ao valor atualizado das CDAs mantidas inalteradas após o julgamento dos Embargos à Execução.

O MM Juiz do feito deferiu o pedido da Fazenda e determinou a expedição de Carta Precatória para a Comarca do Rio de Janeiro a incidir sobre numerário certo e determinado existente em conta bancária do Executado no valor de R\$ 7.667.886,20 (sete milhões, seiscentos e sessenta e sete mil, oitocentos e oitenta e seis reais e vinte centavos), valor este transferido para conta judicial vinculada a Execução Fiscal em epígrafe, no Banco do Brasil, liberado pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito através de Alvará para fins de quitação das aludidas CDA's, visto tratar-se de execução definitiva.

Ressalte-se, por oportuno, não estar-se tratando de penhora para garantia da execução e, sim, de pagamento de crédito, tendo em vista a definitividade da execução.

Irresignada com a r. decisão que, embasada no art. 15, da Lei nº 6830/80, deferiu a substituição da penhora, a Executada interpôs Agravo de Instrumento com pedido liminar para o fim de suspender os efeitos da decisão recorrida, alegando, em síntese:

- a) não tratar-se de execução definitiva, tendo em vista a possibilidade de interposição de recurso de apelação em face da sentença proferida em sede de Embargos à Execução;
- b) que a substituição só poderá ser efetivada se houver fundado temor de a garantia oferecida poderá não salvaguardar o direito do Exequente;

c) que a decisão recorrida violou o disposto nos arts. 10 e 11, da Lei nº 6830/80, na medida que determinou a penhora no caixa da empresa;

d) que a substituição da penhora só poderia ter sido deferida quando esgotada a discussão em torno do crédito tributário;

DA DEFINITIVIDADE DA EXECUÇÃO

Saliente-se, desde logo, que a penhora ora discutida não é aquela para fins de garantia da Execução, que visa possibilitar a interposição de Embargos. Trata-se, na verdade, de penhora para fins de quitação do débito de uma execução fiscal já definitiva, posto que os Embargos à Execução interpostos já foram julgados e as CDA's foram mantidas inalteradas com a r. decisão.

É pacífica a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que, tendo em vista o julgamento dos Embargos, a execução prosseguirá em caráter definitivo, equiparada esta à sentença com trânsito em julgado.

É que, na verdade, a Fazenda Pública já dispunha de título executivo beneficiado pela presunção de certeza, e, agora, milita em seu favor sentença proferida nos autos da ação de Embargos à Execução, reforçando a credibilidade de sua vantagem inicial.

O STJ já consolidou este entendimento. Vejamos:

AGRESP 182986/SP ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL(1998/0054519-0)

Fonte DJ DATA:18/03/2002 PG:00194

Relator(a) Min. ELIANA CALMON (1114)

Data da Decisão 18/10/2001

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO PENDENTE - RECURSOS QUE NÃO TEM O CONDÃO DE SUSPENDER O EXECUTIVO FISCAL.

1. É definitiva a execução de decisão que julgou improcedentes os respectivos embargos, ainda que sujeita a recurso - Inteligência do art. 587 do CPC - Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

Decisão Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Vencido na preliminar o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Votaram com a Relatora os Ministros Franciulli Netto, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

“EMBARGOS DO DEVEDOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÃO EFEITO. EFEITO DEVOLUTIVO.

A orientação dominante neste Tribunal é no sentido de que prosseguirá com caráter de definitividade a execução cujos embargos de devedor tenham sido julgados improcedentes ou parcialmente procedentes.

Neste segundo caso, a execução continuará com caráter de definitividade em relação ao que foi mantido, isto é, no ponto em que foram julgados improcedentes os embargos.

Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(RESP 304215/SP – RECURSO ESPECIAL. 2001/0019397-8. DJ DATA 05/11/2001, PAG. 00117. MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR. DATA DA DECISÃO 28/08/2001. 4ª TURMA)

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. TÍTULO EXTRA JUDICIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO IMPROCEDENTES. EXECUÇÃO DEFINITIVA. É definitiva a execução de decisão que julgou improcedentes os respectivos embargos, ainda que sujeita à apelação.

Uma vez iniciada a execução por título extrajudicial (certidão

da dívida ativa da Fazenda Pública do Estado do Rio Grande do Sul) será definitiva, caráter esse não modificado pela oposição dos Embargos do Devedor, tão pouco pela interposição de recurso contra sentença que julgar improcedentes os embargos.

O título extrajudicial goza de executoriedade, além de certeza, liquidez e exigibilidade. Improcedentes os embargos, tais características são reforçadas, devendo a execução seguir, mesmo ante a interposição de recuso com efeito apenas devolutivo.

Recurso Especial conhecido e provido.

Decisão por unanimidade"

(RESP 188864/RS. STJ 2ª T. Min. Franciulli Netto, dju 24/09/01, pag. 264)

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL (CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO). EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. NATUREZA DE EXECUÇÃO DEFINITIVA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I – 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 a sentença que julgou improcedente os embargos. Em suma, é sempre definitiva a execução fundada em título extrajudicial.

II – Inteligência dos arts. 520, V e 587 do CPC e do art. 1º da Lei nº 6830/80.

III – Precedentes do STJ: RESP Nº 52.186/SP, RESP Nº 57.689/GO, RESP Nº 53.324/SP, RESP Nº 58.270/RS, RESP Nº 38.687/GO E RESP Nº 71.504/SP.

IV – Precedentes do STF : RE Nº 95.583/PR.

V – Conclusão nº LI do Simpósio de Direito Processual Civil de 1975.

VI – Recurso Especial conhecido e provido."

(RESP N.º 117.610/SP. STJ 2ª T. Min. Adhemar Maciel, dju 6/10/97, pag/ 49934)

Nessa mesma linha de decisão, tem se posicionado o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, como se vê na Ementa do Acórdão da lavra do Eminentíssimo Desembargador Manoel Glacimar Mello Damasceno, proferido na Apelação Cível nº 2000072-1, que se transcreve abaixo:

"Julgados improcedentes os Embargos, fica confirmada a procedência da execução com o reconhecimento da liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo, de sorte que a apelação contra a sentença deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, prosseguindo-se a execução. O fato da embargada – julgados improcedentes os embargos do devedor – Ter solicitado o prosseguimento da execução, com levantamento da penhora, não configura litigância de má-fé, até porque não verificada qualquer das hipóteses do art. 17 do CPC."

Assim, em se tratando de execução definitiva, tendo em vista que um eventual recurso de Apelação será desprovido de efeito suspensivo, deve a mesma prosseguir até seu termo final, ou seja, até a efetiva satisfação do crédito da Fazenda Pública, que se realizou com o pagamento, portanto o r. despacho agravado foi proferido de acordo com a legislação processual vigente devendo, por seus jurídicos fundamentos, ser mantido na sua íntegra.

DA NECESSIDADE DE OBSERVAR A GRADAÇÃO LEGAL: ART. 11 DA LEI Nº 6.830/80 E ART. 655 DO CPC.

Argüindo ofensa ao inciso I, do art. 656, do CPC, e à gradação legal inserta no art. 11, da Lei de Execução Fiscal, a Fazenda Estadual requereu, e obteve deferimento, a substituição da penhora que recaiu sobre bem imóvel por dinheiro que, à luz do art. 15, I, da citada lei, permite ao magistrado deferi-la a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação.

Como enfatiza o jurista CARLOS HENRIQUE ABRAÃO e outros "a preferência do legislador sobre a penhora em dinheiro, deve-

se, sobretudo, à busca da certeza na garantia da execução e da celeridade na satisfação da dívida porventura existente. Afinal, não embargada a execução ou julgados improcedentes os embargos contra ela opostos, bastará o juiz determinar a expedição de guia de levantamento do valor depositado em favor do exequente, dispensando-se os leilões e outros atos processuais.”¹

Ressai do texto suso a preocupação em salvaguardar o princípio da *supremacia* do interesse público sobre o privado, pelo qual se defende a prevalência dos anseios coletivos sobre o do particular, como condição indispensável à gerência dos interesses públicos, como bem esclarece CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²:

“Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que o representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão.”

Porquanto ciente a devedora de que a graduação do art. 11 da Lei nº 6.830/80, à semelhança da constante do art. 655 do CPC, impõe seja observada a penhora nos termos da indicação legal, ofertou, à despeito de sua notória e punjante situação financeira, imóvel cuja alienabilidade em leilão é praticamente impossível.

E mais, diante da regra contida no art. 656 do CPC e 9º da Lei nº 6.830/80, vê-se não ser prerrogativa exclusiva do devedor a indicação da garantia. Inobservada, de início, a gradação legal pelo executado, atribui-se ao credor a possibilidade de recusar-se à garantia nomeada.

O princípio orientador de que a execução dar-se-á sob a forma menos onerosa ao devedor não é absoluto. Requer antes análise

¹ Lei de Execução fiscal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.

² Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 30.

caso a caso. Se TEXACO BRASIL S/A, empresa notória e de situação econômica-financeira satisfatória, acredita estar à margem do dever legal de quitar seu débito ora executado da única maneira possível - com dinheiro, quem se encontrará em condições favoráveis a atendê-lo?

Nada obstante autorize execução menos gravosa, o art. 620 também resguarda os interesses do credor, quando condiciona a execução menos gravosa à existência de outros meios hábeis à sua satisfatividade. Ora, o Estado, na prestação da função jurisdicional, além de colocar-se à disposição do credor, tem interesse na manutenção da ordem pública, realizando o crédito não satisfeito espontaneamente pelo devedor, na época e forma devidas. Em sendo assim, não é correto afirmar caber ao credor somente conformar-se à garantia oferecida pelo devedor. Se pode ofertar bens ou direitos de maior liquidez, por que impor ao credor o ônus de aceitar penhora de gradação inferior?

O art. 15, II, da Lei nº 6.830/80 preceitua que, em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz à Fazenda Pública a substituição dos bens penhorados, independentemente da ordem enumerada no art. 11. Trata-se de direito subjetivo processual, concedido às fazendas públicas, com vistas a permitir a rápida e eficiente recuperação de créditos tributários que, de início, restaram prejudicados ante a ausência de pagamento espontâneo no tempo e modo oportunos.

Observa-se do art. 11, da multicitada lei, a preferência da penhora de dinheiro. Busca-se, por essa prevalência, assegurar a liquidez, ou melhor, o célere desfecho da execução, vez que dispensa a apreensão judicial para o alcance da expropriação satisfativa do credor. Noutro falar, afasta a realização de leilões, sabidamente com praça negativa devido à ausência de licitantes.

A lei processual civil é bastante clara, inteligente e prática ao estabelecer uma ordem preferencial de penhora, encimada pelo item DINHEIRO (art. 655, do CPC e art. 11 da Lei nº 6830/80).

Entretanto, o que se vê, diariamente, no Judiciário são pilhas de execução fiscal, que se acumulam e avolumam em prateleiras pelo simples fato da não aplicação dos dispositivos acima. Deve-se penhorar, sim, e penhorar DINHEIRO, ao invés de manter-se penhora incidente sobre imóvel de difícil, senão impossível, liquidez, e não fingir que se dará cabo à execução por meio do leilão do referido imóvel.

No aspecto normativo parece não haver dúvida para se interpretar o que o legislador quis dizer quando estabeleceu que “a penhora ou arresto obedecerá a seguinte ordem: I – dinheiro). O vocábulo não é dúbio, vacilante ou ambíguo. Assim, não foge da legalidade o ato do juiz que determinou a substituição da penhora, fazendo-a incidir sobre DINHEIRO EXISTENTE EM CONTA BANCÁRIA, até porque qual outro local seria encontrado numerário senão na conta bancária da executada?

Sobre a questão da Alegada, e não provada, penhora de faturamento, e, ainda, se tal penhora irá acarretar ou não a quebra da empresa devedora, que se dirá ao empresário concorrente deste devedor, que paga seus tributos em dia. Será justo poupar a empresa irregular em detrimento da regular? Devem se perpetuar as distorções que isso gera, um empresário que não recolhe tributos com outro que recolhe?

Diversamente dos argumentos da Agravante, penhora de dinheiro não se confunde com a de faturamento. A providência solicitada pela Agravada não buscou constriar, diariamente a renda da empresa. Não houve a nomeação de gerente para fiscalizar a atividade empresarial desenvolvida e controlar a assunção dos recursos para garantia judiciária. Pelo contrário, visou apenas destacar quantia certa, certamente disponível por tratar-se de empresa há tempos estabelecida no mercado.

Importa reforçar que a Fazenda Estadual não pretendeu constriar o movimento diário de caixa. Não buscou qualquer penhora de percentual da renda diária da Agravante-Executada para depósito

em instituição bancária a comprometer seu capital de giro. Pelo contrário, a medida visou alcançar receita patrimonial já disponível, líquida e certa.

Daí concluir-se que "oco e inconsistente" são os argumentos lançados pela Agravante, pois se insurge contra ato sequer determinado pelo juiz no despacho então impugnado. Ao defender trata-se de penhora de faturamento, busca exclusivamente confundir os julgadores e desviar a discussão dos fatos reais.

A propósito, convém trazer à colação decisão exarada pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que permite a penhora de dinheiro:

PENHORA – DINHEIRO DISPONÍVEL EM CAIXA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – POSSIBILIDADE – ALCANCE

"EXECUÇÃO. PENHORA DE DINHEIRO DISPONÍVEL EM CAIXA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. POSSIBILIDADE. Ressalva quanto às reservas técnicas mantidas junto ao Banco Central do Brasil. Segundo a jurisprudência traçada pelo STJ, é possível recaia a penhora sobre o numerário disponível no caixa da instituição financeira, excluídas apenas as reservas técnicas mantidas junto ao Banco Central do Brasil. Recurso especial conhecido e provido parcialmente." (Ac um da 4ª T do STJ – Resp 234.239-SP – Rel. Min. Barros Monteiro – j 15.02.00 – Recte.: Milton Duarte Coelho; Recdo.: Banco do Brasil S/A - DJU-e 1 02.05.00, p. 147- ementa oficial)³

Na verdade, caso não seja mantida a decisão ora hostilizada, estar-se-á premiando o devedor cujo interesse é, certamente, ver perpetuar-se indefinidamente a execução que se arrasta desde 1997.

Nessa esteira, assim vêm decidindo os Tribunais pátrios:

³ Repertório IOB de Jurisprudência – 2ª quinzena de julho de 2000 – n. 14/2000 – caderno 3 – página 289

"EMENTA: PENHORA DE BENS MÓVEIS. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. RECUSA DO CREDOR. BLOQUEIO DE CONTA BANCÁRIA. VALOR DA EXECUÇÃO.

Agravo de Instrumento. Ação de Execução. Oferecimento de bens imóveis para a penhora. Recusa por parte da exeqüente. Decisão que determina o bloqueio do valor cobrado, permanecendo à disposição do juízo na conta corrente do agravante. Decisão mantida, vez que dispendo a executada de numerário suficiente para garantir o juízo, não se justifica a penhora sobre bens de difícil liquidez. Agravo Desprovido." (Agravo de Instrumento nº 1999.002.4234, 17ª Câmara Cível, TJRJ, Rel. Des. Luís Carlos Guimarães. J. em 11/08/99, unânime)

"EMENTA: PENHORA . VALOR EM DINHEIRO. CONTA CORRENTE BANCÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO PROVIDO.

Agravo de Instrumento. A penhora deve incidir sobre a conta bancária ou renda da Executada quando o bem imóvel oferecido pode trazer ao exeqüente dificuldades na execução. Em se tratando de empresa com, toda a possibilidade de cumprir a obrigação, a penhora em dinheiro deve ser feita em primeiro lugar, obedecendo-se a gradação legal" (Agravo de Instrumento, 1999.002.6705. 3ª Câmara Cível, TJRJ Rel. Des. Humberto Perri, j. em 14/10/99, unânime)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE DEPÓSITO DO DEVEDOR EM CONTA CORRENTE BANCÁRIA.

Procede e é legal o pedido de dinheiro depositado em conta corrente bancária em nome do devedor executado, até o montante do crédito tributário, acrescido das despesas do processo.

Recurso provido" (AGI Nº 599347549, 1ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Dedora. Celeste Vicente Rovani, j. em 11/08/99).

Como fartamente demonstrado, deve ser mantido, por seus jurídicos fundamentos, o despacho do juízo *a quo* que determinou a substituição da penhora por dinheiro existente em conta bancária da executada.

DO PEDIDO

Ex positis, em face da fundamentação constante das razões ora apresentadas, e considerando:

- a) tratar-se de execução definitiva tendo em vista o julgamento dos Embargos à Execução, cujo eventual Recurso de Apelação será desprovido do efeito suspensivo, na forma do art. 520, do CPC;
- b) que a penhora foi efetivada sobre DINHEIRO, e não sobre faturamento como que fazer crer a agravante, obedece à gradação legal;
- c) que é facultado à Fazenda Pública requerer, a qualquer tempo, a substituição da penhora por bem com maior liquidez, considere-se, ainda, que o imóvel penhorado é de difícil alienabilidade em leilão;

Espera a recorrida que esse Colendo Tribunal denegue provimento ao presente Agravo de Instrumento, com vistas a manter a decisão recorrida em seu inteiro teor, por se ato de **J U S T I Ç A**!

Manaus (AM), 24 de abril de 2002

Adriane Simões Assayag Ribeiro
Procuradora do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representada pela Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, por seus procuradores infra-assinados, na conformidade do art.132, da Constituição da República e art. 12, I, do CPC, vem à presença de V. Ex.^a, com fulcro no art. 271, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e art. 4º, da Lei nº 8.437/92, apresentar

PEDIDO DE SUSPENSÃO DA LIMINAR

deferida nos autos do Mandado de Segurança nº 20200263-2, impetrado por **DM ELETRÔNICA LTDA.**, fazendo-o pelos seguintes fundamentos jurídicos:

**I – DA LEGITIMIDADE PARA INTERPOR
SUSPENSÃO DE LIMINAR**

É de sabença que a notificação da indigitada autoridade coatora é para prestar informações em Mandado de Segurança contra si impetrado, competindo a interposição de recursos à pessoa jurídica de direito público afetada, senão vejamos :

“A pessoa jurídica de direito público afetada pela concessão do “writ” é parte legítima para recorrer” (RTJ 88/298). Nesse

sentido: RTJ 118/377, RTFR 124/11, 128/19, 139/33, RT 521/285).

“O coator é notificado para prestar informações. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do “mandamus”. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada.”

(RTJ, 105/404 e RDA 150/162). No mesmo sentido: RTJ 114/1.225, STF-RT 600/243, RTFR 144/345, TFR-RDA 155/100, TJSP-RJTJESP 89/196; TFR-3ª Turma, MAS 98.980-SP, rel. Min. Carlos Madeira, j. 8.3.85, não conheceram, v.u. DJU 28.3.85, p. 4.097, 1ª col. Em.; TFR-1ª Turma, Ag. 57.158-SP, re. Min. Costa Leite, j. 12.8.88, negaram provimento, v.u., DJU 17.10.88, p. 26.591, 1ª col., em.¹

À luz das decisões retrotranscritas, há de concluir-se que parte legítima é a pessoa jurídica de direito público que suportará os efeitos decorrentes da segurança impetrada. Em sendo assim, no caso entelado, goza a Fazenda Pública Estadual de legitimidade para recorrer, pois a liminar deferida para amparar a pretensão da impetrante causa, como veremos, grave lesão à ordem, segurança e economia públicas.

II – DA SÍNTESE FÁTICA

DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA., impetrou Mandado de Segurança contra ato do Governador do Estado do Amazonas que, através de Decreto nº 22472, de 30 de janeiro de 2002, suspendeu cautelarmente a eficácia dos atos que lhes concederam incentivos fiscais.

A referida suspensão dos benefícios fiscais pela autoridade impetrada foi levada a efeito em razão dos seguintes fatos:

¹ NEGRÃO, Theotônio, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 2ª edição, ed. Malheiros, 1994, nota 6 ao art. 12, p. 1114.

1. A imprensa nacional e estadual, escrita e televisionada, noticiou a prática de "maquiagem" de mercadorias pela empresa impetrante, por ocasião de inspeção de rotina levada a efeito pela Polícia Federal, quando interceptou uma carga de mercadorias por crime de descaminho, sabendo-se que dito ato pode levar a perpetuar fraude tributária com vista à sonegação fiscal.

2. Visando a resguardar os interesses do Estado, e no intuito de preservar a credibilidade da política fiscal desenvolvida através da ZONA FRANCA DE MANAUS, diante da notícia da existência de mercadorias prontas e acabadas vindas de outros países, com a marca e logotipo MADE IN ZONA FRANCA DE MANAUS, e, diante da suspeita de "falsa declaração de conteúdo", praticada por empresa detentora de benefícios fiscais, verificada pela Alfândega do Porto de Manaus, quando, ao proceder à fiscalização de rotina, o Estado do Amazonas requisitou autorização para proceder à diligência "in loco", junto à empresa DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA., visando ao estrito cumprimento do caput do art. 28, do regulamento aprovado pelo Decreto nº 12814-A, de 23 de fevereiro de 1990, bem como o que determina o Decreto nº 21.892, de 10 de maio de 2001: que trata de providências acauteladoras dos interesses do Estado do Amazonas em matéria tributária (grifei)

3. No ato da inspeção técnica por agente fiscal do Estado, em data de 25 de janeiro do corrente ano, verificou-se que as instalações da empresa encontravam-se lacradas pela Polícia Federal. Não obstante, o Técnico de Incentivos Fiscais da SEDEC – Secretaria de Desenvolvimento Econômico – notificou a empresa, na forma do art. 55, inciso I, do Decreto nº 12814-A, de 23/02/1990, com a nova redação dada pelo Decreto nº 21892, de 10/05/2001, para apresentar as documentações constantes da Notificação de Inspeção Técnica nº 027/2002-04-09 DAPIF, quais sejam: a) Livro de Termo de Ocorrência, último balançete/2001, b) certidão negativa da SEFAZ, CAGED ou Espelho do Recolhimento do FGTS ou INSS (2001), c) Livro de estoque de produtos acabados (2001), d) NF que comprovem os investimentos fixos, e) quadro demonstrativo de Benefícios Sociais, acompanhados de comprovantes (2001) e f) fatura de importação, os

quais não foram apresentados pela empresa no prazo estipulado pela SEDEC. (grifei)

4. Neste sentido, foi indicada a aplicação da penalidade de suspensão automática dos incentivos fiscais, consoante determina o art. 55, I, do aludido diploma legal, o que foi efetivado através do Decreto nº 22472, de 30/01/2002.

5. Ressalte-se, por oportuno, que a *Polícia Federal, informou a existência de um Inquérito Policial nº 020/02-SR/DPF/AM, instaurado para apurar importações fraudulentas, por parte da empresa DM Eletrônica da Amazônia Ltda., de produtos acabados como sendo partes e peças, visando com isso obter indevidamente incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus, pelo que foram instaurados 14 (quatorze) inquéritos policiais com escopo de alcançar todas as empresas, funcionários públicos, despachantes e outras pessoas que eventualmente contribuiriam para que as fraudes ocorressem.*

6. O inquérito policial nº 020/02-SR/DPF/AM, instrui ação penal em trâmite na 3ª Vara da Justiça Federal, onde foram denunciados todos os sócios da empresa DM ELETRÔNICA LTDA., alguns de seus empregados e procuradores, além de 6 (seis) funcionários da Receita Federal, lotados na Alfândega do Porto de Manaus.

7. Ainda mais grave e prejudicial foi a constatação de que as operações comerciais da impetrante apontavam para uma *incapacidade produtiva, consoante laudos produzidos no interesse da ação penal em tela, os quais apuraram que a empresa impetrante apenas "maquiava" produtos importados acabados.*

8. Diante das irregularidades no cumprimento das condições para fruição dos benefícios fiscais, recomendou-se, de imediato, a aplicação da penalidade de suspensão cautelar dos incentivos fiscais, instituída pelo Decreto 22472/2002, para cumprimento das normas do Decreto nº 12.814-A, de 23 de fevereiro de 1990, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 21.892, de 10 de maio de 2001.

III – DA GRAVE LESÃO À ORDEM, À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICAS

1. DA IRREVERSIBILIDADE DA LIMINAR

De acordo com a Lei nº 8.437/92, é vedado o deferimento de liminar *quando esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação e causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.*

A respeito, o ilustre professor DIRCEU GALDINO in Exigibilidade de Depósito ou de Caução em Matéria de Segurança, Revista de Processo nº 63, p 88², preleciona não caber à liminar antecipar o mérito da demanda, senão vejamos:

“A liminar no mandado de segurança possui natureza cautelar, não antecipando o julgamento de mérito; apenas tutela provisoriamente o impetrante de uma lesão irreparável até aquela decisão.”

O Excelso Supremo Tribunal Federal, em acórdão abaixo ementado, deixa transparecer corroborar do mesmo entendimento:

“GARANTIA – Eficácia – Provimento final – Autoriza-se a concessão de liminar em mandado de segurança, se essa não tem por objetivo o mérito da causa, mas garantir a eficácia do julgado, caso esse seja favorável ao impetrante.”³

In casu, a liminar criou situação irreversível em face da Fazenda Estadual, permitindo que o Impetrante continue a usufruir de incentivos fiscais que somente devem ser concedidos e mantidos se as mercadorias forem produzidas em Manaus, se as atividades da empresa beneficiada gerarem emprego e renda, como exigido pela

² Citado por R. REIS FRIEDE in *Liminares em Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, Rio de Janeiro: Desteque, 1996, p 77.

³ STF – MS 20.900 – Pleno - Rel. Min. Rafael Mayer – J. 1.2.69 – v u – RT 645/198.

legislação estadual específica, a Lei n.º 1.939/89 e Lei n.º 2.390/96, bem como pelo Regulamento da Política Estadual de Incentivos Fiscais, que objetiva fomentar o desenvolvimento econômico-social do Amazonas, sendo passíveis de suspensão ante à existência de indícios da prática de burla ao fisco de qualquer esfera por empresa beneficiária.

Trata o Decreto n.º 22472, de 30/01/2002 de impor medida acautelatória do interesse público, eis que a Impetrante vinha gozando dos incentivos fiscais, com direito a ICMS restituível na média anual de R\$ 2.186.179,19 (DOIS MILHÕES, CENTO E OITENTA E SEIS, CENTO E SETENTA E NOVE REAIS E DEZENOVE CENTAVOS) sem que houvesse contrapartida econômico-social de emprego e produção de mercadorias, como aprovado no projeto de concessão de incentivos fiscais de interesse da Impetrante, pelo Conselho de Desenvolvimento do Estado do Amazonas-CODAM.

Diante do não-atendimento pela Impetrante, da Notificação expedida pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento, por seu corpo de fiscalização, consoante cópia de processo anexas, coube ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado editar o Decreto n.º 21892, de 10 de maio de 2001, para adotar providências acautelatórias que incluem a suspensão dos incentivos fiscais, admissível nos casos de existência de indícios ou de prática de burla ao fisco de qualquer esfera, por empresa beneficiária de incentivos fiscais.

Assim, em lugar da Impetrante atender aos termos do processo administrativo instaurado, optou em buscar em Juízo tutela liminar para sustar os efeitos do Decreto acautelatório que não lhe retirava o direito de ampla defesa, consoante art. 1.º do retroreferido Decreto.

Tem-se, doravante, liminar cujos efeitos sacrificam os princípios gerais de direito público, favorecendo o interesse do particular em detrimento do interesse público, este reconhecidamente indisponível.

No que concerne aos efeitos da liminar e em se tratando

de matéria de interesse público indisponível (recursos públicos), recebe o tema, sob o exame do e. Magistrado HUGO DE BRITO MACHADO* entendimento conclusivo:

“O que não deve o juiz conceder, em princípio, é medida liminar *plena e satisfativa*, COMO TAL ENTENDIDA AQUELA PROVIDÊNCIA QUE ATENDE INTEIRAMENTE A PRETENSÃO DO IMPETRANTE, DE SORTE A TORNÁ-LO DESINTERESSADO PELA SENTENÇA FINAL, que nada vai acrescentar no atendimento de sua pretensão, que já está devidamente satisfeita.”

A liminar, nos termos concedidos, criou em desfavor da Fazenda Estadual situação definitiva não passível de reversão, caso a segurança, ao final, venha a ser denegada, pois até a prolação continuará a Impetrante usufruindo dos benefícios fiscais de difícil devolução para os cofres do Estado, sendo certo que a cada ano poderá receber incentivos fiscais pela restituição de ICMS na expressão de mais de R\$ 2.000.000,00, como atesta o documento emitido pelo Ilmo. Sr. Secretário Executivo da Receita, do Estado do Amazonas, em anexo.

Ao contrário, para a Impetrante, embora suspensos administrativamente os incentivos fiscais, ela poderá ter revogada a suspensão do gozo dos incentivos fiscais, com a devolução correspondente às operações realizadas, pelo Estado, a qualquer tempo, eis que o Decreto apenas acautela a Política de Incentivos Fiscais estadual, sendo certo que haverá a tramitação do processo administrativo já instaurado, em atendimento ao art. 1º, do Decreto nº 21.892/2001, assegurados os direitos e garantias constitucionais processuais.

Ademais, enquanto importou mercadorias para circulação e obteve incentivos fiscais, a Impetrante burlou as normas do art. 1º do Decreto nº 21.892/2001, que tratam da Política de Incentivos Fiscais

* MACHADO, Hugo de Brito, Mandado de Segurança em Matéria Tributária, vol. 01, 2ª edição, 1995, p. 143.

estadual, pois deixou de gerar emprego no Distrito Industrial de Manaus, praticou concorrência desleal, afrontando os fundamentos e princípios da Ordem Econômica e Financeira da Carta Magna, entre os quais " a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego, como se infere dos arts. 170 e seguintes.

Daí, concluir-se que, em sede mandado de segurança, veda-se, face à sua natureza provisória, a concessão de liminar que implique na prolação da própria sentença meritória, ainda mais quando a liminar produz efeitos funestos sobre a ordem jurídico-econômica, financeira, política e social do Estado.

2. DA AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

No entender de SÉRGIO FERRAZ⁵, direito líquido e certo é uma especial *condição da ação* de segurança; posto que, para a sua concessão, imprescindível é a demonstração de sua liquidez e certeza.

CELSO RIBEIRO BASTOS⁶, em análise mais acurada, afirma que, a despeito da existência fática da situação jurídica contra qual se insurge o impetrante, a concessão da segurança subordina-se ao enquadramento dos fatos invocados à norma.

Com efeito, a pretensão da postulante não merece acolhida, vez que a medida adotada não se afasta da legislação aplicável. *Despida de arbítrio ou abuso de poder, a suspensão da eficácia dos atos que concederam incentivos fiscais à impetrante observou as determinações legais, como restará demonstrado.*

À luz do disposto no art. 19 da Lei Nº 1939, de 27 de dezembro de 1989, editada para regulamentar a política de incentivos fiscais e extrafiscais do Estado do Amazonas e instituir o Fundo de Fomento às micro e pequenas empresas, a concessão de benefícios fiscais

⁵ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1963, p. 12

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 219.

com a redução considerável da carga tributária, visa, precipuamente, a favorecer e garantir a oferta de empregos à população, bem ainda o desenvolvimento econômico do Estado, através de política fiscal devidamente fiscalizada para que não se desnature ou enseje má-aplicação de receitas públicas.

À evidência de latentes indícios de irregularidade, posto a impetrante não possuir capacidade produtiva, bem como está sendo acionada na Justiça Federal pelo fato de acusação de crime de fraude, contrabando e descaminho, revelou-se indispensável a suspensão cautelar dos incentivos fiscais. De fato, a permanecer os benefícios, estar-se-ia, em prejuízo do princípio constitucional da isonomia, dispensando tratamento privilegiado a quem, gozando de benefício legal para produzir mercadorias, porta-se como autêntico estabelecimento comercial, importando mercadorias prontas.

Com efeito, a autoridade impetrada, recebendo a notícia dos indícios de irregularidade apontados acima, procedeu da única forma que deveria fazer, editando o Decreto que suspendeu, cautelarmente, os benefícios fiscais usufruídos pela impetrante, supedaneada em legislação estadual específica, que disciplina o procedimento a ser adotado em tais situações. Para demonstrar o acima asseverado, impende trazer à colação dispositivos do *Decreto Nº 21.892, de 10 de maio de 2001*, que disciplinam as providências a serem adotadas em casos como o presente:

“Art. 1º - Sem prejuízo das demais sanções cabíveis e independentemente da instauração de processo administrativo regular, no qual sejam estritamente observadas as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, o Conselho de Desenvolvimento do Estado do Amazonas – CODAM, deliberará sobre a imediata suspensão cautelar de eficácia de atos concessivos de incentivos fiscais e extrafiscais sob o regime das Leis nº 1.939, de 27 de dezembro de 1989, e 2.390, de 08 de março de 1996, nas seguintes hipóteses:

I – existência de indícios, detectados pela fiscalização, da

prática prolongada de burla ao fisco de qualquer esfera por empresa beneficiária;"

Ante a existência, no mundo jurídico, da norma acima transcrita, não causa espécie e prejuízo a dispositivos constitucionais, muito pelo contrário, efetiva o princípio da eficiência, a conduta assumida pela autoridade impetrada, vez que respaldada na legislação estadual acima, bem como no Texto Magno, porque as investigações iniciadas a partir dos indícios detectados estão em prosseguimento, até atingir o caráter de definitividade, vez que a suspensão, como já dito, operou-se de forma *ACAUTELATÓRIA*.

Nesse passo, diversamente do argüido pela impetrante, a Administração Fazendária suspendeu, cautelarmente, a eficácia dos atos concessivos dos incentivos fiscais, através do Decreto 22472, de 30 de janeiro de 2002, observando assim os requisitos formais e afastando qualquer sorte de arbitrariedade.

3. DA GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA

Prevê o art. 1º, do Decreto nº 21.892, de 10 de maio de 2001, que trata das providências acautelatórias dos interesses do Estado do Amazonas :

" Art. 1º Sem prejuízo das demais sanções cabíveis e independentemente da instauração de processo administrativo regular, no qual sejam estritamente observadas as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, o Conselho de Desenvolvimento do Estado do Amazonas – CODAM, deliberará sobre a imediata suspensão cautelar de eficácia dos atos concessivos de incentivos fiscais e extrafiscais sob o regime das Leis nº 1.939, de 27 de dezembro de 1989 e 2.390, de 08 de março de 1996, nas seguintes hipóteses :

I – existência de indícios, detectados pela fiscalização , da prática prolongada de burla ao fisco de qualquer esfera por empresa beneficiária;

....."

Pois bem, Excelência, dos fatos aqui narrados e constatados, infere-se que a impetrante deixou de honrar os compromissos assumidos para fins de fruição dos benefícios fiscais, inferência esta que se faz diante das constatações documentais lavradas pelos agentes fiscais, quando da inspeção pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Estado.

E, se após ultimadas as investigações exurgirem elementos outros a confirmarem que a impetrante praticou ou deixou de cumprir o Processo Produtivo Básico exigido, deixará definitivamente de receber os incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus, pois aí se estará diante daquilo que se convencionou chamar de "maquiagem", prática repugnada *que prejudica, em última instância, o modelo econômico aqui implantado, além de concorrer para uma péssima imagem da produção nacional.*

Pelo exposto, há de se reconhecer que inexistente violação a direito líquido e certo da impetrante a ser corrigida pela via do mandado de segurança, cabendo a suspensão da liminar.

Ressalte-se, ainda, que, no esclarecimento do Des. CARPENA AMORIM⁷ direito líquido e certo é *"direito manifesto cujo entendimento é evidente e exsurge da simples leitura da lei. Deve ser entendido como líquido o direito sobranceiro a qualquer dúvida razoável e maior do que qualquer controvérsia sensata, dispensando maior aprofundamento na sua avaliação"* (MS 785/88, DOE-RJ, 7.12.89, parte III, p. 144).

Há de se ver que o direito invocado precisa ser evidente e incontroverso, por não ser o mandado de segurança instrumento propício à dilação probatória e discussões de mérito.

Outrossim, à falta de depósito, cabe ao Judiciário avaliar o perigo da demora em face do direito da parte adversa, vale dizer,

⁷ Mencionado por SÉRGIO FERRAZ, Mandado de Segurança, ob. cit.

ponderar a possibilidade da liminar tornar ineficaz a sentença que ao final venha denegar a segurança. A ínfima possibilidade de concretizar-se a irreversibilidade da medida, a liminar exige depósito, como condição indispensável para sua concessão.

4. DA INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

Dentre os princípios norteadores da Administração Pública, vislumbramos o da legalidade, mediante o qual a conduta de seus agentes fica adstrita ao enunciado da lei, em sentido lato. Por meio desse princípio, o interesse coletivo prevalece sobre o particular, tornando os atos administrativos regrados, vinculados aos dispositivos legais.

Nesse sentido, divergente não é a lição ministrada por HELY LOPES MEIRELLES⁶, ao destacar o poder vinculado como instrumento de viabilização dos interesses sociais:

"O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de praticar com todas as minúcias especificadas em lei."

Com efeito, não se caracterizou, no caso em tela, qualquer sorte de ilegalidade ou abuso de poder, mas somente o cumprimento de determinação de ordem legal, da qual não poderia afastar-se o impetrado, senão vejamos:

Havendo fortes indícios de irregularidades cometidas pela impetrante, posto tratar-se de empresa sem capacidade produtiva e envolvida em crimes de fraude, revelou-se indispensável a suspensão cautelar dos incentivos fiscais outrora concedidos, o que de fato foi levado a efeito, com a edição do Decreto Nº 22472, de 30 de janeiro de 2002.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995.

Ante o exposto, considerando que a medida adotada não foge do procedimento recomendado pela legislação vigente para casos como o que se apresenta, resta evidenciado que o pedido constante da segurança não guarda razoável correspondência com os ditames legais, sendo, portanto, injusta a concessão da liminar, que deve ser, de pronto, suspensa por esta Egrégia Corte

Assim, com fulcro nos entendimentos esboçados, infere-se que, em sede de mandado de segurança ou medida cautelar, a liminar, face sua natureza provisória, não poderá implicar na prolação de sentença de mérito favorável. Nesse sentido, ao dispor sobre a concessão de liminar contra atos do Poder Público, a Lei nº 8437, de 30.06.92, que, no parágrafo 3º, do art. 2º, reza ser incabível o deferimento de liminar capaz de esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação.

IV - DO PEDIDO

Assim é que, visando a evitar dano irreparável à ordem, à segurança e ao interesse público, afigura-se imprescindível a imediata suspensão da liminar deferida pelo Exmº Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – Dr. Kid Mendes de Oliveira, vez que deferida em flagrante inobservância à legislação pertinente ao caso, ocasionando, desta forma, grave lesão à ordem pública.

Manaus (AM), 17 de maio de 2002

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO

Procuradora do Estado

RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS

Procurador do Estado

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA

Procuradora do Estado

DOCUMENTOS ANEXADOS:

- 1) Declaração do Secretário Executivo da Receita Estadual, comprovando o prejuízo econômico do Estado em sendo mantida a liminar ora impugnada;
- 2) Decreto Estadual nº 12814-A de 23 de Fevereiro de 1990 (Aprova o Regulamento de da Política de Incentivos Fiscais e extrafiscais previstos na lei 1.939 de 27 de dezembro de 1989);
- 3) Decreto Estadual nº 21892 de 10 de maio de 2001 (Determina providências acauteladoras dos interesses do Estado do Amazonas em matéria tributária);
- 4) Cópia do Processo Administrativo nº 00721/2002, instaurado pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico para apurar denúncias de fraude na importação de produtos eletrônicos;
- 5) Ofício da Superintendência da Polícia Federal no Amazonas confirmando a existência de inquérito policial e de ação penal em curso na 3ª Vara Federal do Amazonas, em face da empresa DM-Eletrônica da Amazônia LTDA, instaurado para averiguar importações fraudulentas de produtos eletrônicos;
- 6) Decreto Estadual nº 22.472, de 30 de janeiro de 2002, que determina a suspensão cautelar de incentivos fiscais concedidos à empresa DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA
- 7) Inicial do Mandado de Segurança nº 20200263-2 no qual foi concedida a liminar ora impugnada;
- 8) Procuração outorgada ao Dr. José Roberto Cortez para representar em juízo os interesses da empresa DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA;
- 9) Alteração do Contrato Social da Empresa DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA;

10) Informações da autoridade apontada coatora no Mandado de Segurança n. nº 20200263-2

11) Cópia da Liminar concedida pelo Exmo. Sr. Desembargador Kid Mendes de Oliveira;

12) Ofício dirigido ao Exmo. Sr. Governador do Estado, comunicando concessão de liminar.

Identificação

SS 001051

Ministro(a)

Min. NILSON NAVES

Fonte

DJ DATA:06/08/2002

Órgão Julgador

PS - Presidência

Texto do Despacho

([V1])

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 1.051 - AM (2002/0057450-0)

REQUERENTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS

PROCURADOR: SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA E OUTROS

REQUERIDO: DESEMBARGADOR RELATOR DO MANDADO DE

SEGURANÇA NR 202002632 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

ESTADO DO AMAZONAS

IMPETRANTE: DM ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA

ADVOGADO: JOSÉ ROBERTO CORTEZ E OUTROS

DECISÃO

O Delegado de Polícia Federal Dr. Sérgio Lúcio M.S. Fontes, por intermédio do ofício nº 099/2002 - SR/DPF/AM, datado de 4/4/2002, informou ao Secretário de Estado Coordenador de Desenvolvimento Econômico que ".....após a conclusão do Inquérito Policial (IPL) no 020/02-SR/DPF/AM, instaurado para apurar

importações fraudulentas, por parte da empresa DM - Eletrônica da Amazônia Ltda., de produtos eletrônicos acabados como sendo partes e peças, visando com isso obter indevidamente incentivos fiscais da Zona Franca, foram instaurados mais 14 (quatorze) inquéritos policiais com escopo de alcançar todas as empresas, funcionários públicos, despachantes e outras pessoas que eventualmente contribuíram para que as fraudes ocorressem em nosso Estado.

O inquérito policial acima mencionado atualmente instrui ação penal em curso na 3ª VARA da Justiça Federal, onde foram denunciados todos os sócios da empresa DM, alguns de seus empregados e procuradores, além de 06 (seis) funcionários da Receita Federal, lotados na Alfândega do Porto de Manaus. Laudos produzidos no interesse da ação penal em tela (01 pela Receita Federal e 01 pelo Departamento de Polícia Federal) constataram a incapacidade produtiva da empresa em epígrafe, que, segundo se apurou, apenas "maquiava" produtos importados acabados.

Existem em tramitação nesta Superintendência Regional mais 04 (quatro) inquéritos policiais para apurar as atividades ilícitas da empresa DM e seus sócios, além de um inquérito na SR/DPF/PA, também para apurar importações ilícitas da DM" (fl. 33)..

Nessa moldura, o Governador do estado baixou o Decreto nº 22.472, de 30 de janeiro de 2002 (fl. 40), determinando a suspensão cautelar da concessão dos incentivos fiscais.

Inconformada, a empresa impetrou mandado de segurança e obteve liminar deferindo-lhe a continuidade do gozo dos benefícios suspensos. Daí a Fazenda Pública do Estado do Amazonas (rectius: o Estado do Amazonas) formula este pleito no sentido da suspensão da medida, aduzindo que: "In casu, a liminar criou situação irreversível em face da Fazenda Estadual, permitindo que o Impetrante continue a usufruir de incentivos fiscais que somente devem ser concedidos e mantidos se as mercadorias forem produzidas em Manaus, se as atividades da empresa beneficiada gerarem emprego e renda, como exigido pela legislação estadual específica, a Lei nº 1.939/89 e Lei nº

2.390/96, bem como pelo Regulamento da Polícia Estadual de Incentivos Fiscais, que objetiva fomentar o desenvolvimento econômico-social do Amazonas, sendo passíveis de suspensão ante à existência de indícios da prática de burla ao fisco de qualquer esfera por empresa beneficiária.

Trata o Decreto nº 22.472, de 30/01/2002 de impor medida acautelatória do interesse público, eis que a Impetrante vinha gozando dos incentivos fiscais, com direito a ICMS restituível na média anual de R\$ 2.186.179,19 (DOIS MILHÕES, CENTO E OITENTA E SEIS, CENTO E SETENTA E NOVE REAIS) sem que houvesse contrapartida econômico-social de emprego e produção de mercadorias, como aprovado no projeto de concessão de incentivos fiscais de interesse da Impetrante, pelo Conselho de Desenvolvimento do Estado do Amazonas-CODAM.

Urge acrescentar que, ANTERIOR À EDIÇÃO DO DECRETO EM QUESTÃO, foi instaurado processo administrativo, com ampla possibilidade de defesa, no âmbito da Secretaria de Estado de Desenvolvimento, em que foi e continua sendo oportunizado à empresa reclamada, apresentar documentos que atestem a regularidade de suas operações e afastem os indícios relatados.

Embora instaurado o procedimento administrativo, a Impetrante deixou de atender à notificação do Estado, através da Secretaria de Estado de Desenvolvimento, por seu corpo de fiscalização, consoante cópia de processo anexas. Daí coube ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado editar o Decreto nº 21.892, de 10 de maio de 2001, sob pena de omissão, para adotar providências acautelatórias que incluem a suspensão dos incentivos fiscais, admissível nos casos de existência de indícios ou de prática de burla ao fisco de qualquer esfera, por empresa beneficiária de incentivos fiscais. Vale dizer que a concessão da liminar não prejudicou o andamento do processo administrativo, que continua a correr na esfera própria.

Assim, em lugar da Impetrante atender aos termos do

processo administrativo instaurado, optou em buscar em Juízo tutela liminar para sustar os efeitos do Decreto acautelatório que não lhe retirava o direito de ampla defesa, consoante art. 1º do retro referido Decreto.

Tem-se, doravante, liminar cujos efeitos sacrificam os princípios gerais de direito público, favorecendo o interesse do particular em detrimento do interesse público, este reconhecidamente indisponível” (fls 7/8).

Vislumbro, na espécie, a presença dos pressupostos autorizadores da excepcional medida. De um lado, porquanto o contexto no qual foi baixado o ato administrativo que suspendeu a concessão dos benefícios, com lastro em inquérito desenvolvido pela Polícia Federal – e já oferecido a exame em ação criminal em curso perante a Terceira Vara da Justiça Federal – aponta a presença de indícios concretos da prática de atos que convém sejam reprimidos prontamente, sob pena de comprometimento do sistema de concessão de incentivos na região. De outro lado, a perda de receita e a evasão fiscal envolvidas na espécie, além da elevada expressão econômica do caso (acima de dois milhões de reais ao ano) têm, de igual modo, o condão de provocar efeito multiplicador e ocasionar grave lesão à economia da requerente.

Assim sendo, presentes os pressupostos atinentes à grave lesão à ordem e economia públicas, defiro o pedido para suspender a liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 20200263-2, impetrado por DM- Eletrônica da Amazônia Ltda., em curso perante o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Comunique-se com urgência.
Intime-se.

Brasília, 18 de julho de 2002.

Ministro Edson Vidigal
Vice-Presidente, no exercício

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

Ação Rescisória.

Processo nº 29800753-3.

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de Direito Público interno, legalmente representado pelo Procurador do Estado, *in fine* assinado, na forma prevista no art. 132 da Constituição Federal, no inciso I do art. 12 do Código de Processo Civil e no inciso I do art. 2º da Lei Estadual nº 1.639/83 (Lei Orgânica da PGE/AM), com amparo nas disposições contidas no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição da República, combinado com os arts. 541 e seguintes do Código de Processo Civil, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., dentro do prazo previsto em lei, interpor o presente

RECURSO ESPECIAL
(CF/88, art. 105, III, a e c)

contra o v. acórdão proferido pelas Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, nos autos da Ação Rescisória nº 29800753-3, por si ajuizada em face de LÚCIA MARIA PINTO FERREIRA, cuja qualificação já se encontra nos autos.

Assim, pois, requer a V. Exa. que, admitido o recurso, após a respectiva intimação do Recorrido para apresentar contra-razões, se digne determinar a remessa dos autos, com as razões que se seguem, ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Termos em que,
Pede deferimento.

Manaus (AM), 16 de Julho de 2002.

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
Procurador do Estado

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

Recorrente : **ESTADO DO AMAZONAS.**
Procurador : Clóvis Smith Frota Júnior.
Recorrido : LÚCIA MARIA PINTO FERREIRA.
Advogado : Ari Amaranto Moura da Silva.
Processo nº : 29800753-3.
Origem : Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Egrégio Superior Tribunal de Justiça,

Colenda Turma,

I – DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL

Através de Diário de Justiça datado de 10.06.2002, cuja circulação se deu neste mesmo dia, o ESTADO DO AMAZONAS foi intimado do acórdão que julgou os embargos de declaração antes interposto contra o acórdão proferido no julgamento da Ação Rescisória nº 29800753-3.

Contando-se o prazo recursal do primeiro dia útil seguinte, isto é, 11.06.2002, tem-se que o seu *ad diem* seria, a princípio, o dia 10.07.2002. Ocorre que o período compreendido entre 02.07.2002 e 31.07.2002 é de recesso forense (Lei Orgânica da Magistratura, art. 66, § 1º), razão por que, considerando-se a suspensão do prazo durante esse período (CPC, art. 179), o remanescente dele (9 dias) só recomeçou a fluir em 1º de agosto de 2002, tendo atingido seu diés ad quem em 09.08.2002.

Desse modo, o Estado do Amazonas dá como demonstrada a tempestividade deste recurso.

II – EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO

Trata-se de Ação Rescisória ajuizada pelo Estado do Amazonas com a finalidade de desconstituir decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado que, quando do julgamento da Apelação Cível nº 29300528-1, deu provimento ao recurso paras efeitos de condenar o Estado a pagar, na forma requerida, indenização à Recorrida.

Segundo demonstrou o Recorrente em sua inicial de rescisória, a decisão rescindenda violou frontalmente o disposto no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, bem como os arts. 76; 20, § 5º, e 602 do Código de Processo Civil, e, ainda, o art. 1.537, II, do Código Civil. O Recorrente fez ver, ainda, que a Ação Rescisória fora tempestiva, visto que:

“Analisando-se os autos do processo do qual se originou o título judicial ora impugnado, pode-se constatar que o Estado interpôs Recurso Especial contra o v. aresto prolatado pela Segunda Câmara Cível. Esse recurso teve seu seguimento obstado pelo despacho exarado pelo Exmo. Sr. Desdor. Presidente, o qual foi publicado no dia 27 de setembro de 1996, uma sexta-feira. Assim, o prazo para se impugnar, por meio do agravo de instrumento, o r. despacho, teve o seu termo inicial no dia 30 de setembro de 1996, havendo seu termo final ocorrido em *21 de outubro de 1996*, data em que se deu o trânsito em julgado do v. aresto increpado.

Considerando-se, pois, que o prazo para propositura da ação rescisória é de 2 (dois) anos, conclui-se que o prazo final para se propor a ação encerra apenas no dia *20 de outubro de 1998*”

A Ré, ora Recorrida, foi citada e, em sede de preliminar, argumentou que já houvera se expirado, na data em que fora proposta a Rescisória, o prazo bienal do art. 495, posto que o mesmo teve como seu termo a *quo* a data de 27.09.96, que é a data em que foram

intimadas as partes acerca da decisão do último recurso interposto. No mérito, aduziu não haver razões para a rescisão da decisão hostilizada.

As Câmaras Reunidas do TJAM, ao decidirem a demanda, extinguiram o processo, sem julgamento do mérito, ao fundamento de que “decorrido o prazo de dois anos a que alude o art. 495 do CPC para a propositura da presente rescisória, há que ser extinto o processo sem julgamento do mérito na forma do art. 267, IV, do mesmo diploma legal, face à ausência de pressuposto de constituição válido e regular do processo”.

O desembargador Relator, ao proferir seu voto acerca da matéria, consignou que:

“Observando-se o deslinde cronológico do processo, irressignado com aquela decisão da 2ª Câmara Cível, deduziu-se que o autor interpôs Recurso Especial para a superior instância, o qual fora INADMITIDO pelo Exmo. Sr. Presidente desta Corte de Justiça, decisão esta publicada no Diário Oficial do dia 23/09/96, que circulou no dia 27/09/96.

Do *decisum* que não admitiu o Recurso Especial, proferido pela Presidência, não houve agravo de instrumento, razão porque chego à conclusão de que o trânsito em julgado da decisão na 2ª Câmara Cível, é a data de 27/06/96, ocasião em que fora dado conhecimento às partes do mencionado despacho.

Com efeito, o prazo inicial para a interposição da presente ação rescisória começou a contar a partir de 30/09/96 (haja vista a prorrogação [do prazo] para o próximo dia útil) fls. 220, cujo término ocorrera em 30/09/98, restando, por isso, o remédio jurídico ora em análise, intempestivo, vez que fora protocolado perante esta Corte de Justiça em 19/10/98. Dezenove dias após vencer seu prazo final, portanto.”

Contra o referido Acórdão, o Recorrente interpôs embargos declaratórios, apontando a existência de contradição no *decisum*, visto que o mesmo ora consigna que o termo a quo para fluência do prazo bienal é a data do trânsito em julgado da decisão, ora erige como tal marco a data de publicação da decisão veiculadora do juízo negativo de admissibilidade do Recurso Especial.

As Câmaras Reunidas, ao conhecerem dos embargos, rejeitou-os ao fundamento de que "quando a decisão embargada diz que a propositura da Ação Rescisória, conta-se o prazo inicial da data do trânsito em julgado da decisão do último recurso interposto do acórdão rescindendo, é a mesma coisa que afirmar que o mencionado prazo inicial conta-se a partir da publicação do despacho que não admitiu o Recurso Especial naquela ocasião proposto, data em que ocorrera o trânsito em julgado, visto que não houve, dessa decisão, qualquer outro recurso para os Tribunais Superiores" (fls. 197/198). E conclui o Desembargador Relator:

"É, portanto, no dia seguinte à data de publicação do despacho de inadmissão do Recurso Especial, que começou, *in casu*, o cômputo do prazo para a propositura da Ação Rescisória em comento, e não, absolutamente, como quer o embargante, o último dia em que deveria o Estado manifestar-se com POSSÍVEL recurso de Agravo de instrumento atacando o citado despacho, o que, ressalte-se, não fora feito."

Entendeu o Tribunal, portanto, que a não interposição de recurso fez com que a coisa julgada se consumasse na data de publicação da última decisão no processo, pouco importando o fato de que esta decisão fora, *in tese*, recorrível. Entendeu-se ser irrelevante para o cálculo do biênio previsto no art. 495 do CPC o cômputo do prazo do recurso cabível, isto é, o cômputo do prazo de 20 (vinte) dias de que dispunha o Estado para interpor Agravo de Instrumento da decisão que negara seguimento ao Recurso Especial.

O Recorrente, entendendo que o teor do Acórdão recorrido

viola o teor do artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42) e dos artigos 467 e 495 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), bem como dá aos referidos dispositivos legais interpretação divergente daquela que lhes foi atribuída por este Colendo Superior Tribunal de Justiça, ora interpõe, com base nos permissivos “a” e “c”, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal de 1988, o presente Recurso Especial.

III – DO CABIMENTO DO RECURSO

A presente pretensão recursal é adequada uma vez que o v. acórdão proferido pelas Egrégias Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas contrariou o disposto no art. 6º, § 3º, da LICC, e os arts. 467 e 495, do CPC, por ter estabelecido como momento de formação da coisa – e, assim, como dies a quo do prazo bienal para a propositura da rescisória – o instante em que a decisão ainda não havia atingido o status da *res judicata*. O cabimento do recurso está respaldado, ainda, no fato de ter a r. decisão recorrida divergido do entendimento sufragado em Acórdão deste Colendo Superior Tribunal de Justiça.

IV – DAS RAZÕES DE REFORMA

IV.1 – DA VIOLAÇÃO AO ART. 6º, § 3º, DA LICC, E AOS ARTS. 467 E 495, DO CPC

A matéria vertida nas presentes razões recursais – a definição do momento de configuração da coisa julgada e, por decorrência, do dies a quo do prazo bienal para ajuizamento da ação rescisória – foi devidamente enfrentada no Tribunal a quo, que esposou a tese de que o prazo previsto no art. 495 do CPC flui a partir do primeiro dia útil seguinte à publicação da última decisão proferida na relação processual, e não da data da expiração do prazo para interposição do recurso que seria abstratamente admissível contra a mesma. De fato, consta do Acórdão original e do Acórdão de embargos, respectivamente, que:

“Observando-se o deslinde cronológico do processo, irresignado com aquela decisão da 2ª Câmara Cível, deduziu-se que o autor interpôs Recurso Especial para a superior instância, o qual fora INADMITIDO pelo Exmo. Sr. Presidente desta Corte de Justiça, decisão esta publicada no Diário Oficial do dia 23/09/96, que circulou no dia 27/09/96.

Do decisum que não admitiu o Recurso Especial, proferido pela Presidência, não houve agravo de instrumento, razão porque chego à conclusão de que o trânsito em julgado da decisão na 2ª Câmara Cível, é a data de 27/06/96, ocasião em que fora dado conhecimento às partes do mencionado despacho.

Com efeito, o prazo inicial para a interposição da presente ação rescisória começou a contar a partir de 30/09/96 (haja vista a prorrogação [do prazo] para o próximo dia útil) fls. 220, cujo término ocorrera em 30/09/98, restando, por isso, o remédio jurídico ora em análise, intempestivo, vez que fora protocolado perante esta Corte de Justiça em 19/10/98. Dezenove dias após vencer seu prazo final, portanto.” (fls. 182/183). (Os negritos e sublinhados não são do original).

“É, portanto, no dia seguinte à *data de publicação do despacho* de inadmissão do Recurso Especial, que começou, *in casu*, o cômputo do prazo para a propositura da Ação Rescisória em comento, e não, absolutamente, como quer o embargante, o último dia em que deveria o Estado manifestar-se com POSSÍVEL recurso de Agravo de instrumento atacando o citado despacho, o que, ressalte-se, não fora feito.” (fl. 198). (Os negritos não são do original).

Também não se faz necessário, para o deslinde da quaestio, revolver matéria fático-probatória, isto porque todos os elementos de fato necessários ao exercício do controle de subsunção inerente ao

Recurso Especial¹ já constam do Acórdão recorrido. De fato, consta dos autos que a decisão que inadmitiu o Recurso Especial interposto pelo Estado e, assim, acabou por propiciar a formação da *res judicata* foi publicada no DOE de 27.9.96 (fl. 182), sendo que o primeiro dia útil que se seguiu foi 30.9.96 (fl.183), bem como que a Ação Rescisória ajuizada pelo Estado foi protocolada em 19.10.98 (fl. 183).

Tecidas essas considerações preliminares, impende sopesar que o v. acórdão prolatado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas **contrariou** o que dispõe o art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e os arts. 467 e 495 do Código de Processo Civil, que prescrevem, respectivamente, que:

Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

.....
 § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em dois (2) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Os arts. 6º, § 3º, da LICC, e 467 do CPC, encerram a idéia de que uma sentença, ou acórdão, não se considera transitado em julgado senão depois do esgotamento, quanto a ela, de todas as possibilidade recursais, seja porque se trata de decisão irrecorrível, seja porque o prazo recursal transcorreu *in albis*. Com efeito, prescrevendo as referidas normas que a coisa julgada só se manifesta quando a decisão já não é mais sujeita a recurso, isto é, quando dela

¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 187-190.

já não cabe recurso, forçoso concluir que, a contrario sensu, enquanto for cabível, *in tese*, recurso, ou enquanto estiver pendente de apreciação o já interposto, não haverá *res judicata*.

O Professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, discorrendo sobre os momentos de formação da coisa julgada, divide-os com base nos critérios que fazem variar a preclusão da sentença ou do acórdão. Assim, para cada hipótese de preclusão – temporal, lógica ou consumativa – haverá um momento próprio de formação da coisa julgada².

Segundo seu magistério, “em caso de preclusão temporal, a sentença passa em julgado no momento em que expira o prazo para a interposição do recurso cabível, sem que ele tenha sido interposto”. Advertindo, ainda, que “há partes que têm o benefício do prazo em dobro, aplicando-se aos recursos o disposto nos arts. 188 e 191 do Código de Processo Civil, se cada uma delas for parcialmente vencedora e vencida, tendo ambas o poder de recorrer (procedência parcial), para cada qual o prazo começa a fluir da data da intimação ao seu defensor, de modo que podem ser diferentes os vencimentos em relação a cada uma. Consideradas todas as variáveis possíveis, a regra é a de que a sentença passa em julgado, por preclusão temporal, no último momento útil do dia útil em que transcorre *in albis* o prazo para recorrer. Enquanto não estiver vencido o prazo para interposição do último recurso cabível não haverá trânsito em julgado. Se da sentença de primeiro grau não for interposto o recurso de apelação, este ocorrerá no momento em que terminou o prazo para apelar.” (Alguns grifos não são do original).

Idêntica opinião é esposada por VICENTE GRECO FILHO³, que, ao enfrentar a vexata quaestio, *vaticina* que:

“Mas quando ocorre o trânsito em julgado da decisão para se fixar o começo do prazo? Até que o último órgão

² Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III, p. 288-300.

³ Direito processual civil brasileiro, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2, p. 421-422.

jurisdicional se manifeste sobre o último recurso, a sentença não transitou em julgado, ainda que aquele órgão jurisdicional não tenha conhecido o recurso. Se, em tese, a decisão ainda pode ser modificada por meio de recurso, não transitou em julgado e, portanto, não se inicia a contagem do prazo de dois anos. Se algum recurso poderia ter sido interposto e não o foi, o trânsito em julgado ocorre no fim do prazo do recurso cabível que foi omitido." (*Os grifos não são do original*).

Vê-se, portanto, que, quando a decisão ainda era recorrível, em tese, o trânsito em julgado ocorre, segundo o magistério de BARBOSA MOREIRA⁴, "*no momento em que ela o deixa de ser, por força de algum fato que, antes ou depois da interposição, torna inadmissível o recurso (a causa mais freqüente, não porém a única, é o esgotamento in albis do prazo de interposição)*". (*Os grifos não são do original*).

Idêntica magistério é encontrável em NELSON LUIZ PINTO (*Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 83*), SÉRGIO GILBERTO PORTO (*Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 6. p. 395*) e ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (*Lições de direito processual civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1999, v. 1. p. 395*), observando o último destes que:

"(...) tanto no caso de se terem esgotado os recursos porventura admissíveis, como no caso de ter decorrido o prazo sem que o recurso admissível tivesse sido interposto, torna-se irrecurável a decisão judicial. No momento em que se torna irrecurável a decisão judicial ocorre seu trânsito em julgado."

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça adere, a uma só voz, a este entendimento, já tendo decidido, em reiteradas oportunidades, que:

⁴ *Comentários ao código de processo civil, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. V. p. 115.*

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA.

- *O prazo para se propor ação rescisória se inicia no dia do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que ocorre com o término do prazo para interposição do último recurso, em tese, pela parte.*

Precedentes.

- Extinção do processo nos termos do art. 269, IV, do CPC. (STJ-3ª Seção, AR nº 840/SP, rel. Min. FÉLIX FISCHER, j. 22.03.2000, DJU 24.04.2000, p. 029, RJADCOAS, vol. 08/069).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO PARA A SUA PROPOSITURA. O prazo para se propor ação rescisória tem início no dia do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que se verifica com o término do prazo para interposição do último recurso, em tese, pela parte. Precedentes.

Embargos rejeitados.

(STJ-3ª Seção, EDEDAR nº 908/SP, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, j. 08.11.2000, DJU 04.12.2000, p. 052).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. INÍCIO. TRÂNSITO EM JULGADO. ACÓRDÃO. RECURSO DESERTO.

I – O prazo de dois anos para a propositura de ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

II – A interposição de recurso, cabível e tempestivo, impede que transite em julgado a sentença, mesmo que na instância ad quem seja julgado deserto. Desta forma, *a contagem do biênio terá início com o fim do prazo para se impugnar o acórdão que não conheceu do apelo.*

Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.

(STJ-5ª Turma, REsp nº 203.067/PR, rel. Min. FÉLIX FISCHER, j. 14.12.1999, DJU 14.02.2000, p. 059).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO. PENA DE DESERÇÃO.

- O prazo decadencial de dois anos para a proposição da ação rescisória tem início na data do trânsito em julgado do acórdão, mesmo que este se limite a proclamar deserto o recurso de apelação, por falta de preparo.

- Somente contar-se-ia o prazo em tela a partir do 15º dia da publicação da sentença de primeiro grau na hipótese de ser o recurso interposto fora do prazo.

- Precedentes deste Superior Tribunal.

- Recurso especial conhecido.

(STJ-6ª Turma, REsp nº 170.636/MG, rel. Min. VICENTE LEAL, j. 16.06.1998, DJU 17.08.1998, p. 105, RSTJ vol. 113, p. 105).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO BIÊNIO. DEMORA NA CONCRETIZAÇÃO DA CITAÇÃO, APESAR DOS ESFORÇOS DO AUTOR EM BUSCA DA REALIZAÇÃO DO ATO CITATÓRIO. REQUERIMENTO DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO: DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE: INEXISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 219, 220, 485, V, E 495 DO CPC. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I – O biênio para a propositura de ação rescisória corre da passagem in albis do prazo para recorrer da decisão proferida no ultimo recurso interposto no processo, ainda que dele não se tenha conhecido. Isso porque a interposição de recurso, mesmo que posteriormente o juízo de admissibilidade seja negativo, obsta que a ultima decisão de mérito proferida no processo seja acobertada pelo manto da coisa julgada material. inteligência do art. 495 do CPC. Precedentes do STF e do STJ: RE nº 87.420/PR, RESP nº 2.447/RS, RESP nº 18.691/Rj, RESP nº 21.751/CE, RESP nº 29.572/RJ e RESP nº 34.014/RJ.

II – Proposta a ação rescisória dentro do biênio legal, e tendo

o autor diligenciado em busca da citação do Réu, a eventual demora na realização do ato citatório não prejudica o autor, ainda que ele não tenha formulado expressamente o requerimento previsto na parte final do "antigo" parág. 3. do art. 219 do CPC. Inteligência dos arts. 219 e 220 do CPC. Aplicação da orientação consubstanciada nos enunciados nºs 578 e 106 das sumulas do TARS, do extinto TFR e do STJ, respectivamente. Precedentes do STF e do STJ: AR nº 883/DF, ERE nº 65.125/GB, RE nº 62.553/SP, RE nº 91.412/GO, RE nº 12.229/SP e RESP nº 52.744/SP.

.....
(STJ-2ª Turma, REsp nº 11.106/SC, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 6.10.1997, DJU 10.11.1997, p. 57.731, RSTJ vol. 104, p. 183).

Parece clara, assim, a violação, perpetrada pela decisão recorrida, ao disposto nos artigos 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 467 do Código de Processo Civil, pois, ao contrário do que entendeu o Tribunal a quo, o momento de formação da coisa julgada não coincidiu com a data de publicação da decisão que negou seguimento do Recurso Especial, mas sim com a data em que expirou o prazo para a interposição do último recurso *in tese* cabível, isto é, o agravo de instrumento, no prazo de 20 (vinte) dias, já que se cuidava de decisão que inadmitia Recurso Especial.

Considerando-se os elementos constantes do Acórdão increpado, tem-se que em 27.9.96 fora publicada a decisão que inadmitiu o Recurso Especial, passando a fluir em 30.9.96 o prazo para interposição do Agravo de Instrumento. O prazo de vinte dias expirou em 21.10.96, dado que os dias 19 e 20 foram, respectivamente, sábado e domingo. Assim, o prazo para propositura da ação rescisória teve início no primeiro dia útil que se seguiu, isto é, em 22.10.96.

Contando-se, de 22.10.96, o prazo bial, ver-se-á que o mesmo só findou em 21.10.98, ao passo que a Rescisória fora ajuizada, consoante consta da própria decisão recorrida, em 19.10.98.

Está demonstrada, assim, a tempestividade da ação ajuizada pelo Recorrente, sendo de se registrar que a contagem equivocada do prazo, com desprezo das prescrições dos arts. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 467, do Código de Processo Civil, findou por suprimir, do mesmo, exatos 22 (vinte e dois) dias, o que representa, sem margem para dúvidas, uma violação ao que está disposto no art. 495 do CPC.

De fato, se o dispositivo em referência estabelece, como prazo fatal para propositura da rescisória, o biênio, exsurge como violadora das suas disposições decisão que, por equívoco na contagem do prazo, opera verdadeira redução do mesmo e dá por intempestiva ação rescisória tempestivamente proposta.

Desta forma, restou demonstrada, à exaustão, a violação aos arts. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 467 e 495 do Código de Processo Civil, por parte da decisão ora Recorrida, de sorte que, em consonância com o disposto no art. 105, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal de 1988, o presente Recurso Especial deverá ser conhecido e provido para efeitos de se reformar a decisão do Tribunal *a quo*.

IV.2 – DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL QUANTO À INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 6º, § 3º, DA LICC, 467 E 495, DO CPC:

O Acórdão recorrido não só violou o disposto nos arts. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, 467 e 495, do Código de Processo Civil, com também deu a estas leis federais interpretação divergente da que lhes foi dada por este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 12.550/SP, relator Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça, volume 92, páginas 242 e seguintes.

O Acórdão paradigma, Recurso Especial nº 12.550/SP, é do seguinte teor:

EMENTA:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INÍCIO DO PRAZO PARA O SEU AFORAMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 495/CPC.

O *dies a quo* do direito de propor ação rescisória e o *dies ad quem* do prazo do recurso que, abstratamente e em tese, poderia ser interposto, ainda que não tenha sido exercitado.

Recurso provido.

(STJ-4ª Turma, REsp nº 12.550/SP, rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, j. 8.10.1996, DJU 4.11.1996, p. 42.475, RSTJ vol. 92, p. 242).

VOTO:

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

- O *punctum saliens* do presente recurso está em estabelecer o *dies a quo* do direito de propor a ação rescisória que, segundo o disposto no art. 495 do Código de Processo Civil, "extingue-se em dois (2) anos contados do trânsito em julgado da decisão".

Segundo o *v. aresto* atacado, o prazo para ingresso dessa ação inicia-se em 6.3.81, vale dizer, no mesmo dia em que o Diário Oficial da Justiça veiculara, conforme certidão de fls. 331, a decisão que rejeitara os embargos de declaração interpostos no agravo regimental lançado contra a decisão monocrática que improvera o agravo de instrumento agitado contra decisão que negara seguimento ao recurso extraordinário.

O recorrente, por seu turno, entende que o termo inicial do biênio para aforamento da rescisória é do trânsito em julgado do *v. aresto* atinente aos embargos de declaração que, no caso, teria ocorrido no dia 17.3.81, como, aliás, consta da referida certidão de fls. 331, porquanto, na hipótese, depois de mencionada publicação, poderia o recorrente ter interposto embargos de divergência.

Tudo porque, segundo alega, *“o que marca a coisa julgada, à qual se associa a imutabilidade do decidido, é a impossibilidade de se ter oportunidade de insurgência contra a decisão proferida [já que] enquanto existir essa oportunidade, em tese, abstratamente, [...] não se verificará este fenômeno, persistindo, destarte, em aberto a contenda.”* (fls. 1.041).

Reconheço-lhe razão.

Enquanto estiver aberto o pórtico recursal, não se opera o fenômeno da coisa julgada, pois a sentença não terá sido ainda tocada pela eficácia a torná-la imutável e indiscutível, nos contornos delineados pelo art. 467 do Código de Processo Civil.

Tanto é assim que, no momento em que foi publicada aquela v. decisão dos embargos declaratórios, a parte vencedora não poderia ainda promover a execução definitiva do julgado (art. 587, CPC), exatamente porque este era, em tese, abstratamente, recorrível, ainda que dele não se tenha recorrido, circunstância esta que, para a hipótese, é irrelevante.

(...).

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso e devolvo ao eg. Tribunal a *quo* para que, afastada a decadência, prossiga no julgamento da ação rescisória, como achar de direito.

A similitude entre o Acórdão paradigma e o recorrido fica evidente já numa primeira aproximação, pois, tanto em um como em outro, o Tribunal a *quo* extinguiu, sem julgamento do mérito, o processo de ação rescisória, ao fundamento de intempestividade, por ter entendido que o *dies a quo* para o ajuizamento da *actio* coincidiria com a data de publicação da última decisão tomada no processo, e não o dia em que transcorreria, *in albis*, o prazo para recorrer.

O Tribunal de Justiça de São Paulo adotou, para a hipótese versada naqueles autos, a mesma tese que o Tribunal a *quo* esposou no caso vertente, no sentido de que o trânsito em julgado da decisão houvera se caracterizado no momento em que foi publicada a última decisão proferida naquela relação processual, idéia que também se encontra acolhida, de forma expressa, no Acórdão recorrido. É o que bem demonstra o seguinte excerto do voto do Ministro relator:

“Segundo o v. aresto atacado, o prazo para ingresso dessa ação inicia-se em 6.3.81, vale dizer, no mesmo dia em que o Diário Oficial da Justiça veiculara, conforme certidão de fls. 331, a decisão que rejeitara os embargos de declaração interpostos no agravo regimental lançado contra a decisão monocrática que improvera o agravo de instrumento agitado contra *decisum* que negara seguimento ao recurso extraordinário.”

Demonstrada a similitude entre as hipóteses, cumpre demonstrar que a conclusão expressa na decisão recorrida é diametralmente oposta àquela que foi abraçada pelo STJ, estando configurada a divergência jurisprudencial.

Com efeito, o Acórdão recorrido concluiu, quanto ao ponto que “*é, (...), no dia seguinte à data de publicação do despacho de inadmissão do Recurso Especial, que começou, in casu, o cômputo do prazo para a propositura da Ação Rescisória em comento, e não, absolutamente, como quer o embargante, o último dia em que deveria o Estado manifestar-se com POSSÍVEL recurso de Agravo de instrumento, o que, ressalte-se, não fora feito*” (fl. 198). Já o Acórdão proferido pela Colenda 2ª Turma deste E. STJ encampou a tese de que “*o dies a quo do direito de propor ação rescisória e o dies ad quem do prazo do recurso que, abstratamente e em tese, poderia ser interposto, ainda que não tenha sido exercitado*”, tendo-se salientado, ademais, que o fato de o recurso *in tese* admissível não ter sido de fato interposto em nada infirma a conclusão antes exposta.

A divergência de teses é clara. Para o acórdão do STJ, ora

utilizado como paradigma, só haverá o trânsito em julgado da decisão e, assim, o início da fluência do prazo bienal, depois de transcorrido *in albis* o prazo para interposição do último recurso, *in tese* e abstratamente, admissível. Já para o Acórdão recorrido, o trânsito em julgado, na hipótese de a decisão não ter sido recorrida, ocorre no momento da publicação da decisão que restou irrecorrida, desprezando-se o prazo de que dispunha a parte para a interposição do recurso que, embora admissível, acabara por não ser interposto.

O entendimento adotado pelo TJAM desconsidera, para efeitos de definição do momento de formação da coisa julgada, o prazo para interposição do recurso *in tese* admissível, já o encampado pelo E. STJ considera impreterível sua contagem, firme na idéia de que a decisão só atinge o status da *res judicata* com a preclusão, isto é, quando ela se torna irrecorrível.

Ocorre que, nas hipóteses em que se interpõe o Recurso Especial com fundamento em divergência jurisprudencial, não basta à parte Recorrente, como adverte NELSON LUIZ PINTO⁵, demonstrar que a decisão recorrida diverge de outra, proferida por outro tribunal. "Há necessidade, também, de que a parte alegue e demonstre que a interpretação acertada da lei federal em questão é aquela constante da decisão apresentada como paradigma, e não a contida na decisão recorrida, razão pela qual se pede a reforma do acórdão, para que prevaleça a tese contrária".

Nessa ordem de idéias, quer parecer evidente que a interpretação dada à matéria por parte da decisão recorrida é inteiramente equivocada e distanciada não só do texto expresso da lei, mas, também, do magistério doutrinário e da experiência jurisprudencial pátria. Há um consenso, quase que absoluto, que as decisões definitivas – acórdãos e sentenças – só adquirem a especial qualidade de coisa julgada quando já não são passíveis de reversão

⁵ Manual dos recursos civis, 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 185.

dentro da mesma relação processual, isto é, quando elas se tornam irrecuríveis.

Ora, a decisão veiculadora do juízo negativo de admissibilidade do Recurso Especial interposto pelo Estado, que foi a última decisão proferida na relação processual em que se constituiu o Acórdão rescindendo, só se tornou irreversível quando do transcurso, *in albis*, do prazo de vinte (20) para interposição do Agravo de Instrumento, e não antes, pois até lá a decisão ainda era, *in tese*, suscetível de reversão.

Fica evidente, portanto, que a tese acertada é a contida no *decisum* do STJ, no sentido de que o termo *a quo* do prazo para ajuizamento de ação rescisória é o termo *ad quem* do prazo para interposição do recurso que era, em tese e abstratamente, admissível.

O Acórdão combatido deu, ainda, aos referidos dispositivos legais, interpretação divergente da contida em outra decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, qual seja a proferida nos autos da Ação Rescisória nº 840/SP, rel. Min. FÉLIX FISCHER, publicado em *RJADCOAS*, volume 8, páginas 69 e seguintes.

Este Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a Ação Rescisória em epígrafe, decidiu que:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA.

- O prazo para se propor ação rescisória se inicia no dia do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que ocorre com o término do prazo para interposição do último recurso, em tese, pela parte.

Precedentes.

- Extinção do processo nos termos do art. 269, IV, do CPC. (STJ-3ª Seção, AR nº 840/SP, rel. Min. FÉLIX FISCHER, j. 22.03.2000, DJU 24.04.2000, p. 029, *RJADCOAS*, vol. 08, p. 069).

Consta do voto do Ministro Relator que:

“As certidões de trânsito em julgado juntadas pelo autor não informam o dia exato do trânsito em julgado, mas apenas a data de publicação da última decisão desta Corte, em 21 de outubro de 1996.

Contando-se o prazo que a parte tinha para interpor recurso extraordinário ou embargos de divergência (as alternativas de recurso com o prazo mais dilatado – quinze dias – pois o dos embargos declaratórios é de apenas cinco dias) a partir da data da publicação do acórdão (uma segunda-feira), tem-se que o prazo expirou em 5 de novembro de 1996.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o prazo para se propor ação rescisória se inicia no dia do trânsito em julgado da decisão rescindenda, *que ocorre com o término do prazo para interposição do último recurso, em tese, pela parte.*

Nesse sentido: *AR 480/DF*, Rel. Min. José Delgado, 1ª Seção, DJU 04/08/97, p. 34.640; *REsp 62.353/RJ*, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, RSTJ 102/330; *REsp 32.628/RJ*, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, DJU 09/06/97, p. 25.554; *REsp 12.550/SP*, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJU 04/11/96, p. 42475; *REsp 111.567/RJ*, Rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª Turma, DJU 18/12/98, p. 420; *REsp 170.636/MG*, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, DJU 17/08/98, p. 105.” (Grifos do Recorrente).

A semelhança entre os acórdãos reside no fato de que em ambas as hipóteses a última decisão proferida dentro da relação processual era recorrível, tendo se tornado controvertida, face à ausência de interposição do recurso *in tese* cabível, o momento de formação da coisa julgada e, por via de consequência, o termo inicial do prazo bienal do art. 495 do CPC.

Já divergência de teses decorre do fato de o Acórdão

recorrido ter entendido que "é, (...), no dia seguinte à data de publicação do despacho de inadmissão do Recurso Especial, que começou, in casu, o cômputo do prazo para a propositura da Ação Rescisória em comento, e não, absolutamente, como quer o embargante, o último dia em que deveria o Estado manifestar-se com POSSÍVEL recurso de Agravo de instrumento, o que, ressalte-se, não fora feito" (fl. 198), ao passo que a decisão tomada pelo STJ abraçara a linha de que "o prazo para se propor ação rescisória se inicia no dia do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que ocorre com o término do prazo para interposição do último recurso, em tese, pela parte."

A divergência de teses é clara. Para o acórdão do STJ, ora utilizado como paradigma, só há o trânsito em julgado da decisão e, assim, o início da fluência do prazo bienal, depois de transcorrido *in albis* o prazo para interposição do último recurso, *in tese* e abstratamente, admissível. Já para o Acórdão recorrido, o trânsito em julgado, na hipótese de a decisão não ter sido recorrida, ocorre no momento da publicação da decisão que restou irrecorrida, desprezando-se o prazo de que se dispunha a parte para a interposição do recurso que, embora possível, acabou por não ser interposto.

O entendimento adotado pelo TJAM desconsidera, para efeitos de definição do momento de formação da coisa julgada, o prazo para interposição do recurso *in tese* admissível. O encampado pelo E. STJ, de outro lado, considera impreterível, uma vez mais, sua contagem, firme na idéia de que a decisão só atinge o *status* da *res judicata* com a sua preclusão, isto é, quando ela se torna irrecorrível.

A tese acertada, na linha do que já se expôs, é a abraçada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em diversos precedentes, muitos dos quais já referidos nesta peça recursal e outros mencionados no voto do Min. FÉLIX FISCHER, tem entendido que o momento de formação da coisa julgada coincide com a data do término do prazo para interposição do recurso *in tese* cabível e que só com a formação da coisa julgada tem fluência do prazo do art. 495 do CPC.

Nessa ordem de idéias, quer parecer evidente que a

interpretação dada à matéria, por parte da decisão recorrida, é inteiramente equivocada e distanciada não só do texto expresso da lei, mas, também, do magistério doutrinário e da experiência jurisprudencial pátria. Há um consenso, quase que absoluto, que as decisões definitivas – acórdãos e sentenças – só adquirem a especial qualidade de coisa julgada quando já não são passíveis de reversão dentro da mesma relação processual, isto é, quando elas se tornam irreversíveis.

Ora, a decisão veiculadora do juízo negativo de admissibilidade do Recurso Especial interposto pelo Estado, que foi a última decisão proferida na relação processual em que se constituiu o Acórdão rescindendo, só se tornou irreversível quando do transcurso, *in albis*, do prazo de vinte (20) para interposição do Agravo de Instrumento, e não antes, pois até lá a decisão ainda era, *in tese*, suscetível de reversão.

Fica evidente, portanto, que a tese acertada é a contida no *decisum* do STJ, no sentido de que o prazo para se propor ação rescisória se inicia no dia do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que ocorre com o término do prazo para interposição, pela parte, do último recurso em tese admissível.

V – DO PEDIDO:

Pelos motivos expostos e em atenção aos jurídicos fundamentos expendidos nestas razões, o ESTADO DO AMAZONAS requer seja o presente Recurso Especial conhecido e provido para efeitos de, reconhecida a violação aos arts. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e aos arts. 467 e 495, do Código de Processo Civil, ou, ainda, a divergência jurisprudencial, seja reformado o acórdão recorrido para, afastada a consumação da decadência, determinar-se a remessa dos autos ao E. Tribunal *a quo* para que este prossiga no julgamento da ação rescisória, como achar de direito.

Observe-se, *in fine*, que a argumentação aduzida acerca da não configuração da decadência, e, assim, da violação aos arts. 6º, §

3º, da LICC, e aos arts. 467 e 495, do CPC, demonstra que a decisão recorrida está em manifesto confronto com a jurisprudência dominante deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, de sorte que a hipótese rende ensejo à aplicação do disposto no § 1º -A, do art. 557, do CPC, de modo a se dar imediato provimento ao recurso, por meio de decisão monocrática do Exmo. Sr. Relator.

Nestes termos,
Pede e espera provimento.

Manaus (AM), 12 de Julho de 2002.

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
Procurador do Estado

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE
DIGNÍSSIMA RELATORA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº
330.108 – 2 AMAZONAS**

O ESTADO DO AMAZONAS, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, neste ato representado pela Procuradoria-Geral do Estado, por seu Procurador infra-assinado, legalmente investido (Art. 132 da Constituição da República de 1988 c/c o Art. 23, § 2º, da Lei Complementar Estadual Nº 29, de 21.12.2001), vem perante Vossa Excelência, nos autos do **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 330.108 – 2 AMAZONAS**, interpor, com fulcro no Art. 557, parágrafo único, do Código de Processo Civil e no Art. 317 e §§ do Regimento Interno desse Egrégio Tribunal, o presente **AGRAVO REGIMENTAL**, nos termos das Razões anexas, contra a r. Decisão de fls. 87, que negou seguimento ao seu Recurso Extraordinário interposto à decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, concessiva da Segurança requerida nos autos nº 29800345-7, pelo que requer o seu recebimento, processamento e, na hipótese de Vossa Excelência não reconsiderar a Decisão ora recorrida, a submissão do presente apelo recursal ao julgamento da Turma competente para tanto.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília (DF), 07 de maio de 2002.

RAIMUNDO PAULO DOS SANTOS NETO
Procurador do Estado

Razões que apresenta o **ESTADO DO AMAZONAS**, em sede de Agravo Regimental, nos autos do **Agravo de Instrumento Nº 330.108-2 AMAZONAS**, por ele interposto em face de **WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA**.

Egrégio Tribunal,

Colenda Turma,

DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO:

A decisão agravada foi publicada no Diário de Justiça de 26.04.2002, que circulou no mesmo dia.

Considerando-se o disposto no Art. 317, *caput*, do RISTF, e no Art. 557, parágrafo único, c/c o Art. 188, ambos do CPC, tem-se que o prazo para a oposição deste apelo é de 10 (dez dias). Assim, o termo *ad quem* para a interposição do presente recurso é o dia 08.05.2002, razão pela qual resta demonstrada a sua tempestividade.

DA MEMÓRIA DOS FATOS E DA DECISÃO RECORRIDA:

Cuidam os presentes autos de Agravo Regimental contra a decisão da e. Ministra Relatora que negou seguimento ao Agravo de Instrumento do Estado, questionador do despacho do Exmo. Sr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que inadmitiu seu Recurso Extraordinário, interposto com fulcro no Art. 102, III, alínea "a", da Constituição da República de 1988.

O processo principal do qual provém o recurso se constitui em Mandado de Segurança impetrado por WANDINA ARAÚJO OLIVEIRA contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado do Amazonas, que, utilizando-se da norma prevista no Art. 37, inciso I, da Constituição da República de 1988, efetuou o desconto nos proventos da Agravada com vistas a sujeitá-lo ao teto remuneratório imposto pela Carta Política.

No julgamento do citado *mandamus*, o Tribunal *a quo* deu pela procedência do pleito, em flagrante ofensa à letra do Art. 37, inciso I, de nossa Lei Maior, razão pela qual o ora Agravante interpôs Recurso Extraordinário.

Não admitido o recurso pelo Presidente do tribunal de origem, os autos foram remetidos a esse Pretório Exceiso, onde foram distribuídos à e. Ministra Ellen Gracie.

Praticando as atribuições previstas no Regimento Interno desse Tribunal, a insigne Relatora, em decisão unipessoal, houve por bem denegar seguimento ao recurso do ora Agravante, sob a alegação de que o tribunal *a quo* decidiu em consonância com a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, decisão contra a qual o Estado do Amazonas ora se insurge.

DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE REFORMA:

Com a devida *venia*, os motivos apresentados no r. despacho são insustentáveis, senão vejamos:

Em sua decisão, a e. Ministra Relatora afirma que o recurso do Agravante não merece seguimento devido o tribunal *a quo*, ao concluir que vantagens de natureza pessoal não incidem no cálculo do teto salarial dos servidores públicos, decidiu em consonância com a jurisprudência desse Supremo Tribunal, consoante o precedente ocorrido no RE 185.842.

Ocorre que, ao contrário do asseverado na r. decisão

agravada, não se objetiva, com o recurso excepcional, expurgar, com a aplicação do teto constitucional, vantagens pessoais da Agravada, mas sim, parcelas outra que não estão imunes ao limite remuneratório imposto pela Constituição da República.

Compulsando-se os autos, pode-se perfeitamente verificar que, mesmo excluídas as vantagens pessoais, ainda assim os proventos da Agravada extrapolam de muito o teto remuneratório constitucional, em flagrante contrariedade ao Texto Maior.

O entendimento desse Pretório Excelso no que diz respeito à limitação dos valores percebidos pelos servidores públicos encontra-se assentado nas decisões proferidas nos RMS-21840/DF, com o precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade 14, relatada pelo Ministro Célio Borja, cuja ementa restam transcritas *in litteris* no recurso que teve seu seguimento negado pela e. Ministra Relatora (fls. 08 a 09-A).

Demonstrado o equívoco, o conhecimento do Agravo de Instrumento do Estado se impõe, de modo a se expungir a violação ao limite pecuniário imposto pela Carta Magna de 1988.

DO PEDIDO:

Ex positis, espera o Agravante que essa Corte de Justiça dê provimento ao presente apelo para, reformando a r. decisão agravada, conhecer do Agravo de Instrumento interposto a fls. 02/10 e julgar a causa, aplicando o direito à espécie, com vistas à realização da mais pura e cristalina JUSTIÇA!

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília (DF), 08 de maio de 2002.

RAIMUNDO PAULO DOS SANTOS NETO
Procurador do Estado

EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº2002.000680-8 DA 2ª CÂMARA CÍVEL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS, representada na forma prevista no art.132 da Constituição da República, c/c art.12, inc. I do Código de Processo Civil, pela Procuradora do Estado in fine subscrita, nos autos do Agravo de Instrumento em epígrafe, contra si oposto pela CONSTRUTORA COLMÉIA S/A, vem, com respeito e acato devidos, à presença de Vossa Excelência, dentro do prazo legal, interpor

AGRAVO REGIMENTAL

consubstanciado nas razões inclusas, requerendo sua juntada para apreciação pela Egrégia Segunda Câmara Cível.

Termos em que pede e espera deferimento.

Manaus, 10 de setembro de 2002.

MARÍLIA GURGEL R. DE PAIVA

Procuradora do Estado

RAZÕES DE AGRAVO REGIMENTAL

Agravante: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS

Agravada: CONSTRUTORA COLMÉIA S/A

Colenda Câmara,

Cultos Julgadores.

DA ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO

Cumpre, inicialmente, demonstrar a tempestividade do presente recurso. Para isso, toma-se por base a data da intimação da r. decisão que concedeu a pretensão formulada pela construtora, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2002.000680-8, mediante a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo, com o acolhimento da exceção de pré-executividade protocolada perante o Juízo Monocrático.

Consta dos autos, às fls. 134, que a intimação pessoal do despacho liminar sucedeu no dia 02/09/2002, data a partir da qual se deve contar a fluência de prazo para a interposição deste recurso.

Deve-se considerar, portanto, como termo a quo do prazo para a interposição do presente Recurso de Agravo Regimental o dia seguinte à intimação acerca da decisão guerreada que foi: 03/09/2002.

Se for observado que o prazo para a interposição do recurso de Agravo regimental, nos moldes do Regimento Interno deste C. Tribunal combinado com o art. 188 do C.P.C., é de 10 (dez) dias, verificar-se-á que termo final será o dia 12/09/2002.

Desse modo, tendo sido o presente arrazoado protocolado nesta data (10/09/2002), resta, portanto, tempestivo.

DA SÍNTESE FÁTICA

Cuidam os autos de Agravo de Instrumento interposto pela CONSTRUTORA COLMÉIA S/A contra r. decisão interlocutória que não acolheu as razões por si expendidas em sede de exceção de pré-executividade, ajuizada esta nos autos da Execução Fiscal nº 0121056846-0.

Por meio de despacho liminar, concedeu o MM. Desembargador-Relator a pretensão formulada pela construtora, mediante a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo, com o acolhimento da exceção de pré-executividade protocolada perante o Juízo Monocrático.

No dito provimento liminar suspensivo, exarado no bojo do recurso de agravo, foi determinado a "reposição do *status quo ante*" e o recolhimento do mandado de citação e penhora. Este é o resumo dos fatos.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL: MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECÍVEL DE OFÍCIO.

A regra da *livre distribuição* se constitui em corolário do *princípio do juiz natural*, constitucionalmente previsto no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88, sendo também norma expressa e cogente no Código de Processo Civil pátrio, conforme se extrai do teor dos arts. 251 e 252.

Ordinariamente, impõe-se a distribuição dos feitos de forma *prévia, paritária e alternada*, onde houver, com competência concorrente, *mais de um órgão judicial passível de apreciar o feito*.

No presente caso, mediante petição de fl. 123, a CONSTRUTORA COLMÉIA S/A requereu a redistribuição dos autos, ao EXMO. DR. DESDOR. UBIRAJARA FRANCISCO DE MORAES, ao argumento de que o mesmo estaria prevento para conhecer do recurso de Agravo de Instrumento. Pedido que fora deferido à fl. 128.

O pedido da empresa Agravante, sem qualquer supedâneo em dispositivo do Código de Processo Civil, valeu-se impropriamente do disposto no Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, sendo oportuno transcrevê-lo:

Art. 77– A distribuição far-se-á:

I– de modo alternado, em cada classe de processo;

II– quando forem dois (2) ou mais feitos, em público e antes do início da sessão:

a) verificados os números de ordem dos processos, o Presidente escrevê-los-á em papéis destacados, colocando-os na uma, em seguida irá por sorteio, distribuindo os que for retirando da uma, na ordem de antiguidade dos Desembargadores que compuserem o Tribunal Pleno, as Câmaras Reunidas ou as Câmaras Isoladas, conforme o caso;

b) para esse efeito haverá uma escala, correspondendo a cada Classe de processos, com os nomes dos respectivos Desembargadores, na ordem decrescente de antiguidade;

c) para os efeitos de competência das Câmaras Isoladas, a distribuição far-se-á de modo que os processos venham a caber, sucessivamente, um a cada Câmara;

d) a distribuição dos feitos sorteados começará pelo Desembargador quê figurar, na escala, em seguida ao último contemplado na distribuição anterior, da mesma classe.

§1º– A CÂMARA CÍVEL que conhecer da causa ou decidir algum dos seus incidentes terá jurisdição preventa na ação e na execução, PARA TODOS OS RECURSOS POSTERIORES, cabendo a distribuição ao mesmo relator, na sua falta ao revisor e na falta deste ao Desembargador que tiver tomado parte no julgamento anterior. Destacou-se.

§2º– No caso de impedimento ao Desembargador sorteado, o Presidente, de novo distribuirá o feito, mediante compensação.

§3º – Não se fará, sempre que possível, distribuição de embargos infringentes, ação rescisória e revisão criminal a Desembargador que tiver participado do julgamento anterior.

§4º – Iniciado o sorteio, nenhum feito poderá mais ser incluído na distribuição.

De simples leitura do art.77, §1º, do Regimento Interno, constata-se que a PREVENÇÃO ali prestigiada, refere-se, *tão-somente*, aos RECURSOS que sucederem a uma mesma causa, previamente distribuída àquela CÂMARA CÍVEL.

Destarte, *não* é preciso o desenvolvimento de grande exercício intelectual para se contatar, ao menos, a incoerente interpretação dada ao disposto no art.77, §1º, do Regimento Interno, pela empresa Agravante, na medida em que o referido dispositivo se refere à *prevenção* de CÂMARA CÍVEL para conhecer dos RECURSOS que sucederem a ação antes distribuída, *não* atingindo, portanto, ações diversas, ajuizadas em momentos distintos.

Como de sabença, a livre distribuição mostra-se como instrumento de *garantia da imparcialidade do magistrado*, a qual é, inclusive, *pressuposto de validade da decisão judicial*. Daí sua importância, na aguda observação de MONIZ DE ARAGÃO:

"Não faz sentido, em face dos modernos postulados do Direito Processual Civil, considerar irrelevante a ausência de distribuição. A adoção de tal tese - facultando-se ao autor, em conseqüência, a possibilidade de se dirigir diretamente ao juízo de sua preferência - importa em subordinar ao poder dispositivo da parte matéria que é de ordem pública e para acima da própria intervenção dos juízes, que não a podem modificar para atender quaisquer interesses. Juiz que concorda em despachar assunto que não lhe foi previamente distribuído estará sempre sujeito a parecer suspeito de parcialidade aos olhos da parte contrária e do público." (apud CARNEIRO, Athos Gusmão. O Litisconsórcio Facultativo

Ativo Ulterior e Os princípios do juiz natural e do devido processo legal. RePro, RT, 96/201). Destacou-se.

Nesse mesmo sentido expõe JOSÉ IGNÁCIO MESQUITA.

Leia-se:

“É preciso reprimir as fraudes que comumente ocorrem na distribuição de processos, até para que se restaure a legitimidade moral do Poder Judiciário. Afinal, dispensar a distribuição, permitindo que a parte escolha o juiz de seu agrado, é transformar a justiça pública em negócio particular, num trágico retrocesso de vários séculos na história do processo (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Competência – distribuição por dependência. RePro nº 19, 1980, p. 218). Grifou-se.

Em face de todo o exposto, necessário se afigura o reconhecimento da *violação ao princípio do juiz natural*, ocorrida ao se redirecionar os autos do recurso de agravo interposto, originalmente distribuídos ao Exmo. Dr. Desdor. MANUEL NEUZIMAR PINHEIRO para o Exmo. Desdor. UBIRAJARA FRANCISCO DE MORAES, que atuou como relator do feito, em evidente transgressão a comezinhos normas que positivam a garantia de livre e aleatória distribuição.

Assim, espera-se sejam os presentes embargos recebidos e providos, outorgando-se-lhes *efeitos infringentes* de modo a:

1). Declarar a *nulidade* de todos os atos que sucederam ao encaminhamento dos autos ao Exmo. Dr. Desdor. Ubirajara Francisco de Moraes – 2ª Câmara Cível, porque não configurada a *prevenção* articulada pela empresa Agravante;

2). Determinar o retorno dos autos ao Exmo. Dr. Desdor. Manuel Neuzimar Pinheiro ou, então, ordenar nova distribuição dos autos, tudo para que seja possível a realização de novo julgamento do Agravo de Instrumento aparelhado pela mencionada empresa.

Acaso não sejam acolhidos os pedidos antes formulados, PREQUESTIONA-SE - para fim de apreciação e manifestação expressa desse Órgão Julgador - a violação ao *princípio do juiz natural*, insculpido nos art.5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição da República, e arts.251 e 252, da Lei Federal nº 5.869, de 11/01/1973 - Código de Processo Civil pátrio.

DA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Conforme sucintamente relatado, a *CONSTRUTORA COLMÉIA S/A*, nos autos da Execução Fiscal nº 0121056846-0, apresentou exceção de pré-executividade, cujo mérito não foi sequer conhecido ou apreciado pelo D. Juízo Monocrático, ao argumento de que a comprovação das articulações da dita empresa careceriam de dilação probatória, fato este que não se coaduna com a exceção.

Ora, ao ser acolhido in limine o pedido formulado pela empresa no bojo da exceção de pré-executividade, cujo mérito sequer foi apreciado em primeiro grau de jurisdição, houve uma *usurpação flagrante de instância* por parte do Tribunal *ad quem*, violando-se num só ato o *princípio do duplo grau de jurisdição* e o do *devido processo legal* (art.5º, LIV, da Magna Carta). Neste sentido a jurisprudência, em casos análogos:

“PROCESSUAL CIVIL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - LIMITES DO ACÓRDÃO RECORRIDO - SUPRESSÃO DE INSTANCIA. - Extinto o processo sem julgamento do mérito, não pode o tribunal de apelação apreciando o “*meritum causae*”, decidir a lide, sob pena de supressão de instancia. - Recurso conhecido e provido.” (RESP-39976, STJ, 5ªT, Rel. Cid Flaquer Scartezzini, ac. un., DJ 30/06/1997, p.31047).

“PROCESSUAL CIVIL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 515, CPC. 1. Afastada pelo Tribunal de origem a carência de

ação reconhecida pela sentença, não lhe é permitido adentrar o mérito, pena de supressão de instância, com ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição. 2. Recurso provido." (RESP-196160, STJ, 1ª T, Rel. Milton Luiz Pereira, ac. un., DJ 17/06/2002, p.195).

"PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE DE PARTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Limitando-se o Tribunal de origem a extinguir o feito ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa ad causam, não pode o Superior Tribunal de Justiça se manifestar sobre o mérito da questão, sob pena de supressão de instância. Agravo regimental não provido." (AGRESP-196510, STJ, 2ªT, Rel. Paulo Gallotti, ac. un., DJ 11/06/2001, p.167).

Considerando-se as argumentações expendidas, faz-se imperioso o reconhecimento da violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, de modo a expurgar-se a mácula que envolve a decisão de fls. 130/132, com a necessária cassação do despacho liminar, no que ponto em que indevidamente acolheu a exceção de pré-executividade sustentada pela Construtora Colméia e determinou o recolhimento do mandado de citação e penhora.

Importante é gizar que, acaso não seja acolhida a pretensão aqui sustentada, perpetuar-se-á a violação ao princípio do devido processo legal (art.5º, inc.LIV, da CF/88) e ao princípio do duplo grau de jurisdição, o que se explicita, desde logo, com o fito de se PREQUESTIONAR a matéria, atendendo-se, desta forma, o requisito específico para a interposição de eventuais recursos extraordinários – *lato sensu*.

DO NÃO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM SEDE DE EXECUTIVO FISCAL

À luz do princípio do contraditório, o instrumento legalmente previsto para defesa do executado é a ação autônoma impugnativa

denominada: *embargos do devedor*, que possui como pressuposto de admissibilidade específico a prévia segurança do juízo.

Consistem os embargos no instrumento processual destinado à oposição do devedor ao processo executivo, sendo uma ação autônoma, devendo sujeitar-se à distribuição, registro e autuação próprios, e ainda obedecer aos requisitos de admissibilidade, quer genéricos, quer específicos.

Trata-se, pois, de instrumento adequado para que o devedor possa alegar matéria de defesa na execução, admitindo-se, para tanto, a realização de atividade cognoscitiva plenária.

A seu turno, a *exceção de pré-executividade*, instituto preconizado por PONTES DE MIRANDA, constitui defesa que se exerce no processo de execução, independentemente da oposição de embargos e da prévia segurança do juízo, por meio da qual se ataca diretamente o próprio título exequendo, quer por ele não se revestir dos requisitos mínimos previstos na lei, quer por haver vícios de ordem pública a macular a relação jurídica instaurada com a propositura da ação executiva.

A exceção de pré-executividade é cabível nas hipóteses em que incumbiria ao juiz, *ex officio*, conhecer da matéria, mesmo sem provocação da parte interessada, *mais* especificamente aquelas que importem em ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de execução.

Assim discorre NELSON NERY JÚNIOR sobre a matéria, *in verbis*:

"Mesmo antes de opor embargos do devedor, o que somente pode ocorrer depois de seguro o juízo pela penhora, o devedor pode utilizar-se de outros instrumentos destinados à impugnação no processo de execução, notadamente no que respeita às questões de ordem pública por meio da impropriamente denominada exceção de pré-executividade (...). A possibilidade de o devedor, sem oferecer bens à

penhora ou embargar, poder apontar a irregularidade formal do título que aparelha a execução, a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo, o impedimento do juiz e outras questões de ordem pública, é manifestação do princípio do contraditório no processo de execução". (*in* Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, pp. 129/130).

Não é passível de acolhimento uma exceção de pré-executividade arguindo vício que demande realização de atividade probatória, vez que a objeção *somente* é admitida em se tratando da arguição de vícios verificáveis *prima facie*, sem a necessidade de uma dilação probatória. De outro modo, estar-se-ia, assim, convertendo o processo executivo em novo processo ordinário, desvirtuando toda a sistemática processual vigente, bem como a própria finalidade do processo de execução.

O instrumento adequado para alegar irregularidade que demande produção de provas é, nos termos da lei posta, os embargos executivos, pois nestes se admite atividade cognoscitiva ampla.

E, ainda, tendo em vista os qualificativos inerentes ao título executivo que dá azo à execução fiscal, *incabível* é sua impugnação por meio de mero incidente de objeção processual, *in casu*, pela exceção de pré-executividade.

Tal assertiva se baseia na interpretação do art. 3º da Lei de Execução Fiscal, bem como do art. 204 do CTN, que estatuem:

Art. 3º da Lei de Execução Fiscal:

"A dívida regularmente inscrita goza de presunção de certeza e de liquidez e tem efeito de prova pré-constituída.

Parágrafo único: a presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite".

Art. 204 do Cód. Tributário Nacional:

“Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.”

De fato, referidos preceitos, que tratam da presunção de legitimidade de que se reveste a dívida ativa regularmente inscrita, conduzem à conclusão de que, em se tratando de execução fiscal, descabe o oferecimento de exceção de pré-executividade, na medida em que se já ajuizada a execução fiscal, a presunção de liquidez e certeza que reveste o título, de regra, só poderá ser afastada pela via dos embargos do devedor, devidamente seguro o juízo da execução, na forma do art. 9º da Lei de Execuções Fiscais.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao tratar da exceção de pré-executividade na execução fiscal, proferiu julgado em que afastou a possibilidade de desconstituir o título executivo fiscal por meio de mera exceção. Tendo em vista a adequação do aresto daquele Superior Soldalício com o caso ora submetido ao crivo deste dd. Colegiado, pede-se vênha para se transcrever a seguinte ementa:

“Processual. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Admissão antes de efetivada a penhora. Impossibilidade.

I – O sistema consagrado no art. 16 da Lei 6.830/80 não admite as denominadas exceções de pré-executividade.
II – O processo executivo fiscal foi concebido como instrumento compacto, rápido, seguro e eficaz, para a realização da dívida ativa pública. Admitir que o executado, sem a garantia da penhora, ataque a certidão que o instrumenta, é tornar insegura a execução. Por outro lado, criar instrumentos paralelos de defesa é complicar o procedimento, comprometendo-lhe a rapidez.

III – Nada impede que o executado – antes da penhora – advirta o juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento ex officio. Transformar, contudo, essa possibilidade em defesa plena, com produção de provas, seria fazer 'tábula rasa' do preceito contido no art. 16 da LEF. Seria emitir um convite à chicana, transformando a execução fiscal em ronceiro procedimento ordinário.

Por unanimidade, negar provimento ao recurso". (Resp 143.571/RS, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 1/3/99)

Em que pese a possibilidade de se alertar o julgador a respeito de vícios conhecíveis ex officio, mesmo no âmbito da execução fiscal, de tal não se trata o pedido da Construtora ora agravada, eis que esta suscita questões que, como bem observou o MM. Juiz de primeiro grau, desafiam a cognição exauriente, a qual não se coaduna com o rito da execução fiscal.

Oportuno transcrever o entendimento dos tribunais acerca do assunto:

"PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. O procedimento peculiar à execução fiscal, previsto pela LEI-6830/80, repele a admissibilidade da exceção de pré-executividade." (AG 9604476890, TRF 4ª Reg, 1ª T, ac. un., Juiz Gilson Dipp, DJ 16/04/1997, p.24662).

"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - NÃO CABIMENTO. I - O executado deve alegar, no prazo dos embargos, toda a matéria útil à sua defesa. II- A exceção de pré-executividade somente tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência quando flagrante a nulidade do título ou da execução. III- Agravo de instrumento improvido". (AG 136507, TRF 3ª Reg., 3ª T, Rel. Juíza Cecília Marcondes, ac. un., DJ 10/04/2002, p.312).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. 1. Alegações que dependem de prova e referentes a excesso de execução não configuram hipótese de cabimento da exceção de pré-executividade. 2. Agravo de instrumento improvido." (AG 9704541783, TRF 4ª Reg, 1ª T, ac. un., Juiz Fabio Rosa, DJ 03/02/1999, p.420).

"EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTORIEDADE. CABIMENTO. É inadequado o ajuizamento de exceção de pré-executividade se o devedor pretende provar, através de instrução, irregularidades na inscrição do débito em dívida ativa". (AGA 9604543270 , TRF 4ª Reg, 2ª T, ac. un., Juiz Jardim de Camargo, DJ 28/05/1997, p.35586).

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EMBARGOS. A exceção de pré-executividade só deve ser admitida se a matéria alegada é apreciável de ofício pelo Juiz e os vícios capazes de elidir a presunção de liquidez e certeza da CDA forem demonstráveis de pronto, sob pena de fraudar o processo executório que prevê os embargos como único meio de defesa do executado." (AG 9604543288, TRF 4ª Reg, 1ª T, ac. un., Juiz Vladimir Freitas, DJ 19/03/1997, p.16048).

Desse modo, espera-se que este dd. Colegiado revoque a r. decisão liminar ora agravada, a qual, desbordando das normas legais aqui mencionadas, deferiu o efeito ativo no agravo de instrumento interposto, acolhendo a exceção de pré-executividade formulada perante do Juízo Monocrático.

Explicita-se que o agravo regimental ora interposto tem por fulcro a manutenção da interpretação harmônica do direito federal, *bem como* o cumprimento das normas federais positivadas no art. 3º da Lei de Execução Fiscal, bem como no art. 204 do Código Tributário

Nacional, as quais restarão malferidas acaso se mantenha a r. decisão liminar ora increpada.

PEDIDO

Um vez que a concessão de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento está condicionada à presença do periculum in mora e do *fumus boni iuris* (art.558, do CPC), ao se demonstrar aqui a ausência do *fumus boni iuris* em razão da inaplicabilidade da Exceção de Pré-executividade em sede de Execução Fiscal, *bem como* da impossibilidade de se acolher a exceção oposta diante da necessidade de dilação probatória para a aferição de sua procedência, tudo o que se espera, Ínclitos Julgadores, é a cassação do despacho liminar que conferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, por isso evidenciar, *permissa vênia*, a melhor Justiça.

Manaus, 10 de setembro de 2002.

MARÍLIA GURGEL R. DE PAIVA
Procuradora do Estado

EXMO SR. MINISTRO PRESIDENTE DA 5ª TURMA DO COLENDOTST.

EMBARGOS À SDI 673563/2000.0

RECORRENTE: ESTADO DO AMAZONAS - SECRETARIA DE
ESTADO DA EDUCAÇÃO E QUALIDADE DO ENSINO

RECORRIDO: MARIA CLEIDE DE SOUZA SANTOS

O ESTADO DO AMAZONAS – SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO E QUALIDADE DO ENSINO, Pessoa Jurídica de Direito Público, representado pela Procuradoria Geral do Estado, e esta pelos Procuradores ao final firmados, conforme Decreto de nomeação anexo, inconformado, concessa *venia* com a r. Decisão proferida no *RR 673563/2000.0* e tendo em vista a *infrutífera interposição de embargos de declaração* vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência ajuizar **EMBARGOS À SDI**, com fulcro no art. 3º, alínea b da Lei 7701/88, e art. 342 do Regimento Interno desse C. TST, no Enunciado nº 4 da Súmula do C. TST, e no Decreto-Lei nº 779, de 21.08.69, solicitando à Vossa Excelência que digno-se a enviar o presente à apreciação do Colegiado competente, como de direito, a fim de ser admitido e provido, ante os justos e jurídicos motivos expostos a seguir:

I-BREVE HISTÓRICO

O ESTADO DO AMAZONAS ajuizou Recurso de Revista em face de acórdão do E. TRT da 11ª Região alegando em síntese: a) a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar o conflito de interesses entre o sócio cooperado e o tomador de serviços; b)

descabimento da multa do art.538, parágrafo único do CPC, aplicada pelo Regional; c) nulidade do contrato de trabalho, em face da ausência de concurso público, após a Constituição de 1988.

A Revista foi conhecida somente no que pertine à tese da nulidade do contrato de trabalho. Assim, a E. Turma deu provimento ao Recurso para *"reconhecida a nulidade da contratação ocorrida após a Constituição de 1988, julgar totalmente improcedente o pedido inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência."* (fls.152). Manteve-se, pois, a condenção na multa por interposição de embargos de declaração ditos protelatórios.

Inconformado, o ora agravante ajuizou embargos de declaração, por entender que o fato de julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial se contradiz com a manutenção da multa por procrastinação.

O Excelentíssimo Sr. Ministro Relator acolheu os embargos de declaração apenas para prestar esclarecimentos, por entender que a multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC não tem seu cabimento vinculado à solução de mérito conferida à lide.

Ainda inconformado, resta ao ESTADO DO AMAZONAS a interposição de Embargos à SDI por VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL e POR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

II – DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO.

A decisão do Recurso de Revista foi publicada em 14.06.2002. Contra essa decisão, protocolou-se embargos de declaração em 24.06.2002, interrompendo o prazo para os Embargos à SDI (art.538 do CPC).

A decisão dos embargos de declaração foi publicada em 06.09.2002, passando então a fluir novo prazo para o regimental. Tendo em vista tratar-se de Pessoa Jurídica de Direito Público, combina-se o art.1º, III do Dec. Lei 779/69 com o art.342 do Regimento Interno do TST, obtendo-se o prazo de 16 dias, a esgotar-se em 24.09.2002.

Sendo assim, tem-se como demonstrada a tempestividade do presente recurso.

III - DOS FUNDAMENTOS PARA A REFORMA DA DECISÃO ATACADA.

a) Violação ao parágrafo único do art. 538 do CPC

Em que pese o não conhecimento do Recurso de Revista no tocante à multa, a decisão do Excelentíssimo Sr. Relator resulta em outra situação que, *concessa venia*, viola o *parágrafo único do art. 538 do CPC*

Ocorre que, conforme restou decidido, os pedidos formulados pela reclamante foram julgados totalmente improcedentes. Assim, o ESTADO DO AMAZONAS, acabou tornando-se vencedor da demanda.

A questão é: mesmo sendo vencedor, é justo que o ora Agravante seja condenado a pagar uma multa *em razão de embargos protelatórios*? Entende-se, *data maxima venia*, que a resposta deva ser negativa.

Com efeito, o que são embargos protelatórios?

Analisando a obra da professora Sonia Marcia Hase de Almeida Baptista, "embargos de declaração", percebemos que ao discorrer sobre o "uso patológico" dos embargos de declaração, a ilustre mestra conclui que são protelatórios os embargos que, *destituídos de fundamento*, são utilizados com o único intuito de procrastinar o feito¹.

Com efeito, diz a professora que a para que se aplique a sanção [multa], é necessário:

'que os embargos não encontrem justificação alguma (...).
E mais: que visem à protelação, a retardar o andamento do

¹ BAPTISTA, Sônia marcia hase de Almeida. *Dos embargos de declaração*. São Paulo: RT, 1991, p. 176-180

processo, a empecer-lhe a marcha, a ganhar tempo com o embaraço oposto ao desimpedimento feito, e a beneficiar-se indevidamente com a suspensividade do prazo para outros recursos.”²

No caso vertente, como entender serem os embargos declaratórios desfundamentados se a tese neles defendida, sagrou-se vencedora?

Na verdade, o próprio fundamento desta multa, sua razão de ser, passa a não mais existir. Com efeito, a multa constitui-se numa sanção ao recorrente malicioso, que se vale do expediente apenas para evitar a justa aplicação da lei. No caso em tela, no entanto, não se pode dizer que o Estado estava procurando retardar a correta aplicação da Lei. Ao contrário, estava apenas tentando, de todas as formas, assegurar que fosse vencedor o entendimento predominante nos Tribunais, o que acabou ocorrendo.

O que se conclui é que o Estado do Amazonas ao embargar de declaração esperava apenas que o TRT da 11^a Região se pronunciasse sobre todas as questões levantadas na causa, de modo a propiciar a análise da revista por essa Corte Superior.

Em consonância com o até aqui afirmado, registre-se que a SBDI I e II tem conhecido e provido embargos com o objetivo de afastar a multa anteriormente aplicada, uma vez se percebe a intenção de apenas prequestionar a matéria constitucional. É o que se demonstra com os seguintes arestos:

EMENTA EMBARGOS. MULTA IMPOSTA NO JULGAMENTO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. Não se afigura pertinente a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC se, a despeito da inexistência do vício imputado ao acórdão, REVELAM-SE

² *Id. ibid.* p. 177

SUSTENTÁVEIS AS PONDERAÇÕES LANÇADAS PELA PARTE QUANTO À RIGOROSA EXIGIBILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA NO ACÓRDÃO RECORRIDO, SOBRETUDO CONSIDERADO O TEMA CONSTITUCIONAL EM DEBATE, alusivo à vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, conforme disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal. Embargos providos para exclusão da multa. (grifei) (ORIGEM TRIBUNAL: TST DECISÃO:08.02. 2000 TIPO: ERR NUM: 217866 ANO: 1995 REGIÃO: 09 EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA TURMA: D1 ÓRGÃO JULGADOR - SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS FONTE DJ DATA: 18-02-2000 PG: 16 PARTES EMBARGANTE: ESTADO DO PARANÁ. EMBARGADOS: HUMBERTO BERNARDES JÚNIOR E OUTROS. RELATOR MINISTRO ANTÔNIO JOSÉ DE BARROS LEVENHAGEN)

EMENTA 1. (...) 2. MULTA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROCRASTINATÓRIOS. MÁ-FÉ. HIPÓTESE EM QUE NÃO FICA CARACTERIZADA. NÃO SE PODE TER POR MÁ-FÉ O EXERCÍCIO PELA PARTE DO DIREITO DE PROVOCAR O ÓRGÃO JULGADOR, VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, COM O INTUITO DE OBTER ESCLARECIMENTOS ACERCA DOS TERMOS DO JULGADO. REVESTINDO-SE A COMINAÇÃO IMPOSTA AO EMBARGANTE DE RIGOR EXCESSIVO. O QUAL DEVE SER REPUDIADO. A previsão legal tem por escopo coibir os abusos flagrantemente caracterizados mediante oposição indiscriminada de diversos embargos declaratórios, o que não ocorreu na hipótese em comento. (grifei) (ORIGEM TRIBUNAL: TST DECISÃO: 11 04 2000 TIPO: ROAR NUM: 482890 ANO: 1998 REGIÃO: 08 RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA TURMA: D2 ÓRGÃO JULGADOR - SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS FONTE DJ DATA: 26-05-2000 PG: 377 PARTES RECORRENTE: EMPRESA DE TRANSPORTES RÁPIDO DOM MANOEL LTDA. RECORRIDO: DORIVAL GOMES DE OLIVEIRA. RELATOR MINISTRO FRANCISCO FAUSTO)

Vale frisar que este TST, na rigidez da aplicação da lei processual, tem exigido o prequestionamento explícito, e era este o objetivo almejado pelo ora embargante, quando da interposição dos declaratórios, Assim, insurge-se o embargante em face da aplicação de pena de multa, o que, *data vênia*, prejudica o interesse público e o Erário.

b) Divergência Jurisprudencial

Compulsando a jurisprudência do TST encontramos acórdão da 3ª Turma que acolhe a tese aqui sustentada, qual seja, *a de que a improcedência do pedido conduz necessariamente à exclusão da multa*. Vejamos:

DECISÃO

Por unanimidade, não conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema "Competência da Justiça do Trabalho – Cooperativa de Trabalho – Relação de Emprego configurada"; conhecer quanto ao "Vínculo Empregatício – Inexistência – Contratação de Trabalhador por empresa interposta – Nulidade contratual", por contrariedade ao Enunciado nº 331, II, desta Corte e por violação ao artigo 37, II e § 2º, da Constituição da República, e, no mérito, *dar-lhe provimento para, declarando a inexistência de vínculo empregatício com o Estado do Amazonas, julgar improcedente a Reclamação Trabalhista, invertendo o ônus da sucumbência e isentando a Reclamante do pagamento das custas processuais, na forma da lei. RESULTAM PREJUDICADAS AS ANÁLISES DOS TEMAS "MULTA DO ARTIGO 538. PARÁGRAFO ÚNICO. DO CPC" e "Responsabilidade Subsidiária – Aplicação aos Entes Públicos".*

EMENTA

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COOPERATIVA DE TRABALHO. RELAÇÃO DE EMPREGO CONFIGURADA. Evidenciado nos autos o descumprimento das condições preestabelecidas na Lei nº 5764/71, que define

a Política Nacional de Cooperativismo, bem como a caracterização do trabalho pessoal, subordinado, habitual e oneroso, elementos caracterizadores da relação de emprego, é a Justiça do Trabalho competente para conhecer e julgar a Ação.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO - INEXISTÊNCIA - CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR POR EMPRESA INTERPOSTA - NULIDADE CONTRATUAL. Evidenciado nos autos que a Reclamante prestou serviços ao *Estado do Amazonas* (tomador de serviços) por meio da COOTRASG, "utilizada somente como intermediadora de mão-de-obra, com a única finalidade de fraudar a aplicação da legislação de proteção ao trabalho subordinado" (fl. 154). A contratação foi feita sem prévia aprovação em concurso público, sob a égide da atual Constituição Federal. Ficou estabelecido vínculo empregatício diretamente com o *Estado do Amazonas*, e a *Cooperativa de Trabalho e Serviço em Geral Ltda. - COOTRASG* foi excluída da lide.

Todavia, a contratação nesses moldes é irregular e não gera vínculo de emprego com o Reclamado, pois não atendida a exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público, para investidura em cargo ou emprego público. Desta forma, não há como estabelecer vínculo de emprego com o Estado do Amazonas, integrante da Administração Pública Direta. Recurso parcialmente conhecido e provido. (ORIGEM TRIBUNAL: TST DECISÃO: 03 10 2001 PROC: RR NUM: 694917 ANO: 2000 REGIÃO: 11 RECURSO DE REVISTA TURMA: 03 ÓRGÃO JULGADOR - TERCEIRA TURMA FONTE DJ DATA: 09-11-2001 PG: 806 PARTES RECORRENTE: ESTADO DO AMAZONAS - SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO, RECURSOS HUMANOS E REVIDÊNCIA - SEAD. RECORRIDA: MARIA DE JESUS LOPES DE OLIVEIRA. RELATORA MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI)

E para dirimir qualquer dúvida, no inteiro teor do acórdão

acima transcrito ao analisar o tema da- MULTA DO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, escreve a insigne relatora: "PREJUDICADO, EM FACE DO PROVIMENTO DADO AO PRESENTE RECURSO, E CONSEQÜENTE IMPROCEDÊNCIA DA "RECLAMAÇÃO TRABALHISTA."

Em que pese não configurar divergência, por porvir da mesma turma que prolatou o acórdão ora guerreado, a título de ilustração colacionamos também outro julgado da 5ª Turma que acolhe a tese aqui defendida:

DECISÃO: por unanimidade, conhecer do recurso por violação do art. 37, inciso II, § 2º, da Carta Magna, e no mérito, dar-lhe provimento para, reconhecida a nulidade da contratação reclamante, ocorrida após a Constituição de 1988, sem a realização de concurso público, **JULGAR IMPROCEDENTE A RECLAMAÇÃO, INVERTENDO-SE O ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, DO QUAL FICA ISENTA A RECLAMANTE. POR CONSEQÜÊNCIA, JULGAR INSUBSISTENTE A MULTA APLICADA AO RECLAMADO POR OCASIÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.**

Ementa:

I. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SERVIDORA ADMITIDA SOB O REGIMA DE LEI ESTADUAL. ESTADO DO AMAZONAS. A revista, nesse aspecto, esbarra no óbice do Enunciado 297/TST e na Orientação Jurisprudencial nº 62, da Eg. SDI/TST. II. NULIDADE DA CONTRAÇÃO. OFENSA AO ART. 37, II, § 2º, DA CARTA MAGNA. CONDENAÇÃO EM VERBAS RESCISÓRIAS. Para que possa ser reconhecida a existência de relação de emprego com pessoa jurídica integrante da administração direta, indireta ou fundacional, necessário se faz que sejam observados os princípios da Administração Pública. O art. 37, II, da Carta Magna estabelece que a investidura em cargo ou emprego público

se dará mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, e prevê o § 2º do mesmo dispositivo a nulidade do ato que não observe estes princípios. Assim, nulas são as contratações ocorridas após a promulgação da Carta de 1988, sem a observância do art. 37, II, da Constituição Federal. Revista conhecida por ofensa ao art. 37, II e § 2º da Lei Maior, e provida (ORIGEM Tipo: RR Número: 668174 Ano: 2000 PROC. Nº TST-RR-668.174/00.1 C: A C Ó R D Ã O 5ª Turma LFG/lc Rel. Juiz Convocado Luiz Francisco Guedes de Amorim DJU de 16.08.2002, p. 609)

7

IV - DO PEDIDO

Ex positis, o ESTADO DO AMAZONAS espera que conhecido e provido o presente recurso de sorte a excluir da condenação a multa pela interposição de embargos declaratórios.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília/DF, 19 de setembro de 2002.

RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
Procurador do Estado

**EXMO. SR. JUIZ DO TRABALHO TITULAR DA MM. 1ª VARA DO
TRABALHO DE MANAUS – AM**

**ESTADO DO AMAZONAS, SECRETARIA DE ESTADO DA
ASSISTÊNCIA SOCIAL E DO TRABALHO/SETRAB, sucessora da
FUNASC**, pessoa jurídica de Direito Público interno, nos autos da
Reclamação Trabalhista de nº *R – 02182/1993-01-MAO* que lhe move
o(a) Sr.(a) *ELZIRA DA SILVA DUTRA*, representado pela Procuradoria
Geral do Estado, e esta pelo Procurador infra-assinado, vem com o
respeito e acatamento habituais, perante V. Exa., com base na alínea
“a” do Art. 897 da CLT, interpor o presente

AGRAVO DE PETIÇÃO

para que dele tome conhecimento o Egrégio Tribunal Regional do
Trabalho da 11ª Região e, ao julgá-lo, dê-lhe o esperado provimento
pelas razões expostas em memorial anexo.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Manaus (AM), 15 de abril de 2002.

RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
Procurador do Estado

RAZÕES DO AGRAVANTE**PROCESSO Nº R - 01282/1993-01-MAO****AGRAVANTE: ESTADO DO AMAZONAS – SETRAB/FUNASC****AGRAVADO: ELZIRA DA SILVA DUTRA****EMÉRITOS JULGADORES :**

Merece ser reformado o r. despacho prolatado pela MM. 1ª Vara do Trabalho de Manaus, tendo em vista os fatos e as condições a seguir demonstrados:

1 – BREVE RELATO

Conforme consta dos autos, a MM. 1ª Vara do Trabalho de Manaus solicitou, através do Ofício Nº 00784/2002, que o Estado do Amazonas procedesse à quitação de seu débito, no prazo de 60 dias, sob pena de bloqueio da quantia relativa aos cálculos de atualização da presente execução, considerando tal crédito uma *obrigação de pequeno valor*, segundo o que dispõe o § 3º do art. 100 da Constituição da República.

Tal injunção decorreu da aplicação analógica, *data venia* indevida, de duas leis federais: a 10.099/2000, que fixava tal valor para questões previdenciárias; e a 10.259/2001, que o fez relativamente aos juizados especiais federais.

A analogia foi aplicada em virtude de não haver sido editada lei específica que atenda ao comando do mencionado art. 100, § 3º da Constituição Federal:

“Art. 100 - *omissis*.

§ 3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no §3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.”

Esta Procuradoria demonstrará, com o presente instrumento de Agravo, o equívoco cometido, de boa fé, pelo MM. Juízo recorrido, fazendo-o nos seguintes tópicos:

- II - Da incompetência do juízo de primeiro grau para a requisição do pagamento do precatório – Afronta ao § 2º do art. 100, da CF e Negativa de vigência do art. 730, i, do CPC
- III – Art. 100 § 3º da CF – Norma de eficácia limitada (não auto-aplicável)
- IV – Inaplicabilidade das Leis nº 10.099 e 10.259 – Necessidade de regulamentação por lei específica e estadual
- V - Necessidade de estabelecer procedimento específico em face da indisponibilidade dos bens públicos e do princípio da programação orçamentária
- VI - Ad argumentandum tantum, necessidade de lei nacional, não lei federal
- VII - Ad argumentandum tantum, inconstitucionalidade de lei que não estabeleça valores diferenciados segundo as diferentes capacidades dos entes públicos
- VIII - Dos danos irreparáveis ao erário público – violação à Lei de Responsabilidade Fiscal
- IX - Ofensa à Lei nº 4.320
- X - Das violações constitucionais

II - PRELIMINARMENTE

DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA A REQUISIÇÃO DO PAGAMENTO DO PRECATÓRIO – AFRONTA AO § 2º DO ART. 100, DA CF. E NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 730, I, DO CPC

Data venia Excelências, mas o r. Juízo a quo não poderia ter requisitado o pagamento da execução diretamente à Administração

Pública Estadual face à ausência de competência para determinar tal pagamento, uma vez que tal atribuição está adstrita ao Presidente do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, conforme determina o art. 730, I, do CPC, *verbis*:

“Art. 730 - *omissis*

I - O juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente.”

Tal é a opinião colhida da maestria dos ensinamentos de Nelson Nery Júnior, *in* Código de Processo Civil Comentado, notas ao art. 93, p. 507, *verbis*:

“Precatórios. Competência para decidir sobre atualizações. *A competência para conhecer das reclamações, com pedido que couber contra o cumprimento equívoco, insatisfatório, irregular, ou de incidentes relativos à execução, incluindo atualizações geradas pela inflação verificada durante seu cumprimento, é do Presidente do Tribunal de Justiça, como juiz da execução de todos os precatórios, que se processe em feixe ou coletivamente em relação a cada entidade devedora (CF 34, VI, 35, IV, e 100, §2º; CPC 730 e 731; CE-SP 75, I e II; TJSP, Arg 195/91, 5º, IV, VI e VII). A simples atualização do débito não altera o valor da dívida, nem modifica o critério da liquidação homologada.*

Em obediência à CR 100, o requisitório, ao dar entrada no Tribunal, forma um processo autônomo, perante novo juízo. *O juiz da ação de conhecimento, a quem cabe julgar extinta a execução após a satisfação do débito requisitado, não é o juiz de execução do precatório, este é o Presidente do Tribunal que exerce ato jurisdicional, recorrível por meio de Ag Rg (TJSP, Ag 184491-2, Réu. Des. Sabino Neto, j 5.12.1991, v. u., Bol. AASP 1744/168)”.*

Nessa mesma linha de raciocínio, vale destacar o seguinte aresto:

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO JUIZ PRESIDENTE DO TRT EM EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DESCABIMENTO. O processo de execução contra a Fazenda Pública é, acima de tudo, de natureza judicial. Os arts. 730 e 731 do CPC preceituam que a execução contra Órgãos de Direito Público é uma das formas de execução estabelecidas no Direito Positivo. Trata-se portanto, de processo judicial. *Terminada a fase de fixação do valor do título judicial, que se esgota com a citação para oposição dos embargos e demais atos processuais consecutórios, o foro da execução transmuda-se do primeiro para o segundo grau onde é realizada a requisição mediante precatório.*

O ato requisitório, por fim, não tem caráter administrativo. *É uma ordem judicial, expedida pelo Presidente de um Tribunal, consoante o rito previsto em lei e contra um dos litigantes. Uma vez formulado o requisitório pelo Juiz da Junta, passa a ser o Juiz Presidente do Tribunal o Juiz da Execução.*

Desta forma, é cabível a interposição de Agravo de Petição contra os atos praticados pelo Juiz Presidente do Tribunal, em Execução. De acordo com o §3º do supracitado dispositivo legal, o próprio Tribunal presidido pelo prolator da decisão será competente para apreciar o Agravo. Recurso desprovido. (Proc. nº TST-RO-MS 100389/93.6-Pag. 01/03-Ac. SDI-454/95- Rel. Armando de Brito)."

Assim, resta demonstrado o quanto é incabível a requisição de pagamento ao ente público estadual através do juízo de 1º grau, por não possuir competência para determinar o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito, cuja competência pertence ao Presidente do Tribunal Regional, conforme § 2º do art. 100, da CF.

III – ART. 100 § 3º DA CF – NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA (NÃO AUTO-APLICÁVEL)

Desde muito tempo, a teoria do Direito Constitucional desenvolveu a classificação das normas da *Lex Mater* segundo suas

diversas eficácias, isto é, segundo a necessidade ou não de tais normas sofrerem regulamentação por normas infra-constitucionais para produzir seus efeitos concretos. É a expressão de um processo que o professor *José Joaquim Gomes Canotilho*, um dos maiores constitucionalistas vivos, denomina de densificação de regras e princípios constitucionais, e que significa

“Preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.”¹

Desenvolvendo tal classificação em uma fórmula hoje clássica, o mestre José Afonso da Silva subdividiu as normas constitucionais em: a) de eficácia plena; b) de eficácia contida; c) de eficácia limitada. Por concisão, lembre-se apenas a definição dada à última:

“(As normas de eficácia limitada) são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.”²

Não há dúvida de que os §§ 3º e 4º do artigo 100 da Constituição da República se enquadram nessa categoria de normas, pois que expressamente o constituinte remete ao legislador infra-constitucional a “densificação” da norma, ao referir que “lei” definirá “pequeno valor” e que “poderá definir valores diferentes”.

Por fim, mencione-se o seguinte julgado, que corrobora a inclusão de tais dispositivos como de eficácia limitada:

¹ In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra-Portugal: Editora Almedina, 4ª ed., 2000, pág. 1.165.

² In *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora Malheiros, 3ª ed., 1998, pp. 82-83.

EMENTA: FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. PRECATÓRIO. *O preceito contido no parágrafo 3º, do artigo 100, da Constituição Federal classifica-se como "norma com eficácia relativa dependente de complementação legislativa" (Maria Helena Diniz). Depende, portanto, de lei regulamentadora específica, não se aplicando, quanto às verbas trabalhistas, o disposto no artigo 128, da Lei nº 8.213, com a redação dada pela Lei nº 10.099/00, específica para créditos previdenciários. Agravo conhecido e provido. (TRT-10ª Região, Tipo: AP, NUM: 1257, Ano: 2000 – Relator José Ribamar O. Lima Júnior)*

**IV - NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO
POR LEI ESPECÍFICA E ESTADUAL
INAPLICABILIDADE DAS LEIS Nº 10.099 E 10.259**

IV - A) COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA LEGISLAR

Bem entendido que o art. 100, § 3º, da Constituição da República necessita de regulamentação infraconstitucional, cabe indagar: que normas seriam?

Em primeiro lugar, de ver-se que a matéria contida no mandamento em tela não toca apenas em questões processuais, mas também tem dramáticas implicações no que se refere a orçamento público e as normas pátrias sobre Direito Orçamentário.

Nesse diapasão, a Constituição Federal estabelece as competências na matéria da seguinte forma:

“Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrente mente sobre:

(...)

II – orçamento;

(...)

§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

Ora, considerando-se tal preceito, não é possível outra interpretação: lei federal jamais poderia violentar, em sede de orçamento público, as competências e capacidades dos demais entes federados, sob pena de se agredir o pacto federativo e os princípios constitucionais que, implícita ou explicitamente, o consagram.

Portanto, quanto à competência para a elaboração de lei que regulamente o § 3º, art. 100 da CF/88, é imprescindível ressaltar que a cada ente federativo cabe definir de acordo com suas particularidades, as obrigações tidas como de pequeno valor.

A própria CF/88, em seu art. 100, §4º, prevê que a lei, *tendo em vista as diferentes capacidades das entidades de direito público*, poderá fixar valores distintos para o fim do §3º do mesmo dispositivo constitucional.

A Lei Nº 10.099/2000 foi elaborada tendo em vista a realidade existente no âmbito de uma instituição específica e acerca de matéria restrita à Previdência Social. Não se pode, portanto, aplicar de maneira extensiva seu entendimento a qualquer caso, unicamente por analogia.

Por sua vez, não obstante a Lei Nº 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, definir, em seu art. 17, § 1º, o que venham a ser obrigações de pequeno valor a serem pagas independentemente de precatório, não pode ser aplicada no caso em tela por tratar-se de lei federal.

A competência, neste caso, para a elaboração de legislação regulamentadora do art. 100, § 3º deverá ser do Estado do Amazonas, de acordo com o predito art. 24, inciso II, que complementa nos seus §§ 1º e 2º que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais, de forma que estas não excluam a competência suplementar dos Estados.

União, Estados e Municípios deverão, com base em suas

realidades e peculiaridades, estipular quais obrigações podem ser tidas como de pequeno valor legislando sobre a matéria em foco, possibilitando, desta forma, a regulamentação exigida constitucionalmente.

Mas não é só.

Não basta seja lei estadual. É mister se trate, outrossim, de lei específica. É o que já ficou assentado em julgados, como já mostrado:

EMENTA: FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. PRECATÓRIO. *O preceito contido no parágrafo 3º, do artigo 100, da Constituição Federal classifica-se como "norma com eficácia relativa dependente de complementação legislativa" (Maria Helena Diniz). Depende, portanto, de lei regulamentadora específica, não se aplicando, quanto às verbas trabalhistas, o disposto no artigo 128, da Lei nº 8.213, com a redação dada pela Lei nº 10.099/00, específica para créditos previdenciários. Agravo conhecido e provido. (TRT-10ª Região, Tipo: AP, NUM: 1257, Ano: 2000 – Relator José Ribamar O. Lima Júnior)*

Pois bem, considerando-se imprescindível lei específica, claro está que fica afastada a aplicação da analogia no presente caso, até porque é absurda a "regulamentação" de uma norma constitucional de eficácia limitada por tal meio, já que a Constituição prevê remédio próprio para sanar tais problemas, qual seja, o *Mandado de Injunção*.

IV-B) INAPLICABILIDADE DAS LEIS Nº 10.099 E 10.259

De tudo o que ficou assentado, extrai-se que são inaplicáveis as leis em epígrafe.

Quanto à aplicação analógica da Lei Nº 10.099/2000, senhores julgadores, ressalte-se que tal legislação nem sequer se aplica ao presente caso, referindo-se tão-somente à regulamentação do que

seriam as obrigações de pequeno valor no âmbito da Previdência Social, ficando, portanto, restrita às causas sobre as quais pesam débitos relativos à seguridade social.

Tanto é assim que a própria "ementa" desta lei diz expressamente "*definindo obrigações de pequeno valor para a Previdência Social*".

A Constituição Federal é objetiva ao exigir a elaboração de regulamentação específica para aplicação de seu art. 100, § 3º, portanto, torna-se inadmissível a utilização analógica da Lei Nº 10.099/2000. Neste sentido, já foi jurisprudencialmente decidido:

EMENTA:TRT-2000-05-26

INDISPENSABILIDADE DE PRECATÓRIO. OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. Apesar da Constituição prever hipótese de pagamento de valores independentemente de precatório, dita hipótese constitucional é limitada nos seguintes termos:...definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. O art. 128 da Lei nº 8.213-91 fixa tal valor apenas para as demandas judiciais que tiverem por objeto as questões reguladas nesta Lei, ou seja, para valores devidos pela Previdência Social. *Há, portanto, definição legal de pequeno valor somente para as demandas previdenciárias.* Estando agora a questão expressamente prevista na própria Constituição Federal, poderá o legislador ordinário editar norma regulamentando a matéria amparado pelo próprio texto fundamental. Todavia, tal norma não foi editada, até o momento, impossibilitando o acolhimento do pedido formulado pelo exeqüente. (TRT-PR-AP-4055/1999-PR-AC 10949/2000-3a.T - Relatora Rosalie Michaele Bacila Batista-D J P r . T R T - 2 6 - 0 5 - 2 0 0 0)

EMENTA: EXECUÇÃO CONTRA ENTE PÚBLICO. CRÉDITO DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DE PRECATÓRIO.

IMPOSSIBILIDADE. ADIN Nº 1252-2. ORDEM CRONOLÓGICA. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.197/91. *A expedição de precatório, em sede de execução de obrigação de pagar, oriundo de sentença trabalhista, faz-se necessária, sempre, independentemente do valor, em face da decisão prolatada na ADIN nº 1252-2, julgada em 28.05.97, que declarou a inconstitucionalidade da expressão: "e liquidadas imediatamente, não lhes aplicando o disposto nos arts. 730 e 731 do CPC", consignados no citado art. 128 da Lei Federal nº 8.213, de 24.07.91. Agravo de Petição a que se nega provimento. (TRT: 13ª Região, Acórdão: 061898, Decisão: 06 12 2000, Tipo: AGPE, Num.: 0638, Ano: 2000, Relator: Aluisio Rodrigues)*

Com relação à Lei Nº 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, tem-se que apesar de esta definir, em seu art. 17, § 1º, o que venham a ser obrigações de pequeno valor a serem pagas independentemente de precatório, não pode, igualmente, ser aplicada no caso em questão porque, como visto, volta-se para os juizados especiais cíveis e criminais federais.

Havendo necessidade de lei estadual e específica, como foi demonstrado, despicando repisar que uma lei federal e voltada somente para determinados órgãos judicantes não se presta para regulamentação da matéria em questão.

**V-NECESSIDADE DE ESTABELECEER PROCEDIMENTO
ESPECÍFICO EM FACE DA INDISPONIBILIDADE
DOS BENS PÚBLICOS E DO PRINCÍPIO
DA PROGRAMAÇÃO ORÇAMENTÁRIA**

É até tautológico dizer que a Administração Pública e as coisas do Domínio Público se sujeitam a um regime estrito de Direito Público. Nada obstante, quer-se com isso evidenciar que os bens e

rendas públicas devem, sempre e sempre, receber cuidadoso tratamento por todos, mormente os agentes públicos.

Assim é que se impõe questionar: se se prevê exceção ao regime dos precatórios, então qual o regime aplicável? Pois os precatórios não surgiram como privilégio diabólico da Fazenda Pública, mas sim como decorrência natural de princípios ínsitos ao Direito Público, que nada mais são que diretivas moralizadoras, exigências do respeito para com a *res publica*.

Parece razoável crer que não foi intenção do constituinte derivado demolir princípios moralizadores essenciais, até porque não poderia fazê-lo.

Não é que não se possa implantar regime diferente dos precatórios nas execuções contra a Fazenda Pública, mas sim que os princípios de Direito Público envolvidos, máxime o da programação orçamentária, impõem que, no mínimo, houvesse dotação orçamentária prévia e específica para atender os casos de execuções que previsivelmente ocorressem no exercício fiscal.

VI - AD ARGUMENTANDUM TANTUM, NECESSIDADE DE LEI NACIONAL, NÃO LEI FEDERAL

Apenas para argumentar, caso não se considerasse necessária lei estadual para regulamentar a matéria, nem por isso seria lícito a uma lei federal regulá-la.

É que no Brasil teima-se em confundir-se as figuras da União com a do Estado Federal, esquecendo-se uma lição valiosa dada há já muitos anos pelo saudoso e eminente professor Geraldo Ataliba.

Desse modo, quando a Constituição Federal estatui que à União compete estabelecer normas gerais, estas devem ter caráter nacional, ficando as minúcias para as leis federais (no âmbito da União) e estaduais (no âmbito dos Estados-membros).

Não poderiam, pois, as leis *federais* sob comento invadir as competências dos demais entes da federação. Ainda que uma lei federal se atrevesse a fazê-lo, deveria (e não poderia) tomar o cuidado de considerar as diferentes capacidades dos demais entes, sob pena de se agredir o pacto federativo, que é entendido como o equilíbrio e harmonia que deve haver entre as diversas pessoas políticas de uma federação.

Com efeito, é o que se extrai das preleções do insigne mestre Geraldo Ataliba, em preciosas e esclarecedoras linhas³:

“As normas gerais (...) são, por definição e pela sistemática constitucional, leis nacionais; leis que não se circunscrevem ao âmbito de qualquer pessoa política, mas os transcendem aos três. Não se confundem com a lei federal, estadual ou municipal e têm seu campo próprio e específico, excludente das outras três e reciprocamente.

(...)

Há leis federais (ou da União), estaduais (ou dos Estados) e municipais (ou dos Municípios) (...). E há leis nacionais, leis brasileiras, voltadas para todos os brasileiros, indistintamente (...).

(...)

Esta nova pessoa (a União), criada pela reunião das diversas pessoas federadas, tem atribuições, competências e finalidades próprias, distintas das dos entes que a compõem. Daí a necessidade de ser dotada de órgãos e instrumentos capazes de habilitá-la ao desempenho de seu múnus constitucional próprio, que se não confunde com o das demais.

Deve-se, nela, entretanto, distinguir a feição ou o aspecto nacional do aspecto federal – em oposição a federado. Seus órgãos são alternativa ou cumulativamente nacionais (vale dizer, brasileiro) e federais (vale dizer, da União), pessoa que se não confunde com estado federado algum. Seus instrumentos, entre os quais a lei, não são, concomitantemente, nacionais e federais. São-no exclusivamente uma ou outra coisa.

³ ATALIBA, Geraldo. *Estudos e pareceres do Diretor Titular*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 3, 1980, pp. 15-41.

A grande dificuldade, pois, demora-se exatamente aqui: o órgão é o mesmo – no que interessa ao nosso tema, o Congresso – e o fruto de sua ação formalmente idêntico, embora substancialmente tão diverso: lei federal e lei nacional. Leis que o Congresso edita enquanto órgão do Brasil – Estado Federal – e leis da União, perspectiva de direito interno do Estado Federal.

A distinção entre norma nacional (geral, global, total) e norma simplesmente federal (parcial, central) é melhor compreendida da meditação sobre a argumentação de Kelsen (...).

(...)

A razão da falsa suposição de que a união detém a supremacia decorre da confusão gerada pelo fato de que ordinariamente os órgãos da união dispõem não só da constituição da ordem parcial, em que ela mesma se consubstancia, como da constituição da ordem total na qual ela está inserida.

(...)

Donde se vê que a federação, sendo o fenômeno da associação de estados, engendra uma pessoa com tríplice capacidade: a União. Capacidade de direito internacional, que é o reverso da capacidade nacional (na qualidade de estado interno – por assim dizer, nacional). Capacidade mais restrita, no âmbito interno, já em réplica às capacidades das entidades federadas.

Capacidade de direito internacional, capacidade de estado central e capacidade estrita de União, em oposição aos estados federados.

(...)

(...). A federação compreende três ordens jurídicas distintas; a coletividade central, as coletividades-membros e a comunidade total. As duas primeiras ordens são juridicamente iguais, porque estão, na mesma medida, subordinadas à ordem jurídica superior – a da comunidade total. Elas são ordens jurídicas parciais, pois as suas

competências se circunscrevem somente a certas matérias que lhes foram conferidas pela ordem jurídica total.

(...)

A chamada constituição federal pode ser desdobrada em duas cartas distintas: a constituição total e a constituição da união. A constituição total compreende a verdadeira constituição federal e regula, portanto, os poderes do Estado federal. A constituição da união dispõe somente sobre as competências da coletividade central, delegadas pela constituição total. Ela se encontra em plano idêntico ao das constituições dos Estados-membros, que regem as competências outorgadas pela Constituição total às coletividades parciais. Desse modo se evitam confusões como as que quotidianamente ocorrem entre a União – uma das coletividades parciais – e o Estado federal – a comunidade total (O. A. Bandeira de Mello, *Natureza Jurídica do Estado Federal*).

Fica bem ressaltada a relação de coordenação, de paridade – de igualdade, pois – entre as leis federais e estaduais que, por estarem no mesmo plano, não se confundem, mas se acomodam às leis nacionais, nos limites dos respectivos campos constitucionais. Bem evidente e claro que as “coletividades central e regionais” formam sistemas harmônicos “encerrados” na coletividade total. Patente, assim, que o “central” não é “total” nem com ele se confunde. O estado federal por sua vez não é o central, “mas o total, compreendendo, pelo contrário, o central e os regionais”. Claro resulta que o exegeta deve saber distinguir, na constituição federal, duas cartas distintas: a constituição total e a constituição da união, sendo total a constituição do estado federal, compreensiva do central. Esta, ordenatória dos poderes e competências da União, enquanto aquela, reguladora do estado federal (total). (...).

Ora, é nítido que a União, pessoa parificada aos Estados federados, criatura do pacto federal, ordem central e não total, não se confunde com o Estado Federal e não é conhecida, como aquele, pelo direito das gentes, perante o qual não tem expressão.

Pelo contrário – como mera ordem parcial – juridicamente parificada aos Estados federados se encontra perante o Estado Federal (ordem total, global) na mesma situação que eles.

A primeira notável conseqüência desta circunstancia é a absoluta paridade da lei simplesmente federal – lei da ordem jurídica parcial da União – com as leis dos Estados. Donde a impossibilidade lógica de hierarquia entre elas. A diferença recíproca está na diversidade de matérias e campos sobre que incidem e não – como já dito e repisado – em níveis hierárquicos diversos".

VII - AD ARGUMENTANDUM TANTUM, INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI QUE NÃO ESTABELEÇA VALORES DIFERENCIADOS SEGUNDO AS DIFERENTES CAPACIDADES DOS ENTES PÚBLICOS

Ressalte-se que o parágrafo quarto do artigo 100 da Constituição da República padece de infeliz redação. Com efeito, este dispositivo se utiliza do verbo "poder" no que se refere ao estabelecimento de valores diferenciados segundo as diferentes capacidades dos diversos entes públicos.

Ocorre que a boa interpretação constitucional, pelo *Princípio da Unidade da Constituição*, exige que se considere o texto constitucional como um sistema harmônico e sem contradições.

Ora, nesse sentido, salta aos olhos a aplicação do *Princípio da Isonomia* na questão em tela, isonomia essa que se exprime pela fórmula clássica de Aristóteles de justiça distributiva: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Não há negar, aplicar, por analogia, normas baseadas nas capacidades da União, sobre ser teratológico é de uma profunda iniquidade, evidente quebra da isonomia constitucional.

Por fim, tanto é verdade que se impõe um tratamento diferenciado que tramita no Congresso Nacional, mais precisamente na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 860 *QUE ESTABELECE TAIS VALORES DIFERENCIADOS*.

VIII - DOS DANOS IRREPARÁVEIS AO ERÁRIO PÚBLICO – VIOLAÇÃO À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL:

Por outro lado, caso seja mantida a decisão do Juízo de Primeiro Grau, inevitavelmente gerar-se-ão precedentes para outros processos que se encontram pendentes nessa Especializada, o que poderá acarretar para o Agravante danos financeiros graves e irreparáveis, haja vista que ficará comprometido o orçamento anual feito pelo Estado, podendo, inclusive, causar sérios prejuízos na implementação do planejamento e realização de atividades essenciais ao atendimento da coletividade.

Vale ressaltar que aquela MM. Vara já vem praticando procedimento idêntico em relação aos demais processos ajuizados contra o Estado e, caso não seja coibida a medida adotada, certamente outros valores poderão ser acumulados, comprometendo o orçamento do Estado, bem como agravando o pagamento do pessoal ativo e inativo, e, dessa forma, ferindo frontalmente o que dispõe o art. 169 da CF/88, *in verbis*:

“Art. 169 – A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.”

Ademais, em caso de manutenção da medida adotada pelo Juízo de primeiro grau, poderá se dar ensejo à violação, pelos agentes políticos do Estado, dos seguintes dispositivos da Lei Complementar N. 101, de 04.05.00 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

“Art. 1º...

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação

planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por emancipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”

“Art. 5º ...

Todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão, constarão da lei orçamentária anual.”

“Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita líquida, a seguir discriminados:

A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, dos Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar(art. 160 CF)

I - *omissis*

II - Estados, 60%(sessenta por cento).”

Fica, portanto, com o devido respeito, a advertência: *a Justiça Laboral não pode ter dois pesos e duas medidas. Se adotar a analogia pura e simples para o Estado do Amazonas, obriga-se, por questão de coerência, a aplicar também em qualquer outro ente público, leia-se, os paupérrimos municípios amazonenses.*

Se, ao revés, intenta praticar percentuais diferenciados, estará extrapolando de suas funções, legislando ilegítimamente.

Este é o nó górdio que se apresenta à questão, cuja única solução possível é a negativa da bizarra aplicação analógica de leis ao caso sob comento.

IX - DESRESPEITO À LEI Nº 4.320

Com efeito, não é razoável admitir-se, em tese sequer, a aplicabilidade imediata da lei regulamentadora específica, ainda que já houvesse sido elaborada.

Ocorre que Orçamento Público não é peça de ficção, mas instrumento essencial à transparência do uso de recursos públicos em fins igualmente públicos, que podem ser prejudicados caso não se dedique o devido respeito à peça orçamentária.

É exatamente por tais motivos que rígidos princípios moralizadores regem a área do Direito Orçamentário, e um deles é o *Princípio da Universalidade*, que se consubstancia no mandamento de que toda despesa e toda receita devem constar obrigatoriamente da peça orçamentária. Porque se assim não fosse, não haveria necessidade de orçamento, visto que este não passaria de mera intenção de despesas.

É o que consta do art. 4º da Lei nº 4.320, que estatui:

Art. 4º A Lei do Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da Administração centralizada, ou que por intermédio deles se devem realizar, observado o disposto no artigo 2º.

Por tais motivos, a lei que institísse de fato a dispensa de precatórios para causas de pequeno valor teria, imperativamente, de entrar em vigor só no exercício fiscal seguinte ao que fosse publicada, para possibilitar sua inclusão no orçamento como despesa prevista e com as devidas dotações de créditos orçamentários.

X - DAS VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Diante de tudo o que foi argüido nas presentes razões de Agravo de Petição, tem-se que os atos praticados pelo MM. Juízo a quo violam os seguintes dispositivos constitucionais:

"Art. 100 - *omissis*.

§ 3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público."

"Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrente mente sobre:

(...)

II - orçamento;

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados."

"Art. 5º - *omissis*.

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"

(...)

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

(...)

LIII - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"

LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"

DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer seja o presente Agravo provido, para o fim de, anulando-se o despacho ora recorrido, seja determinada a expedição do competente Precatório-Requisitório, nos termos do art. 100, *caput*, da Constituição da República, visto não haver lei específica que regulamente o parágrafo 3º do mesmo artigo.

Ita speratur justitia.

Manaus (AM), 15 de abril de 2002.

RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES

Procurador do Estado

Nºdo A.: o presente Agravo de Petição teve o objeto de suas razões parcialmente superado pela Promulgação da Emenda Constitucional nº 37, de 13/06/2002, que trouxe inovações à matéria.

DOCTRINA**CONTEÚDO E ALCANCE DA EXPRESSÃO “RENÚNCIA DE RECEITA” PARA FINS DE APLICAÇÃO DO ART. 14 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LC Nº 101/2000) ¹**

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da SEFAZ. Pós-Graduado (Especialista) em Direito Tributário e em Direito Civil pela Universidade do Amazonas. Professor de Direito Financeiro e Direito Tributário e de Direito Econômico no Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor de Direito Tributário na Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM).

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, publicamente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, foi editada com a intenção de imprimir um novo modelo de gestão das finanças públicas de nosso País, baseado na prudência, na transparência e na responsabilização.

Para uma ação fiscal planejada – eleita pela LC 101/2000 como um dos pressupostos da responsabilidade na gestão fiscal (art. 1º, § 1º, LRF) – nada mais lógico e coerente do que precisar,

¹ Tese aprovada no XXVIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em Gramado/RS, de 1 a 5 de setembro de 2002.

exatamente, quanto se arrecadará num exercício financeiro (receitas), e somente depois de se dispor desses dados estipular com “o que” irá se gastar (despesas).²

Daí a preocupação da LRF em regular o tema das receitas públicas, ainda que este não tenha merecido o mesmo tratamento minucioso dispensado pela referida lei complementar às despesas públicas.

O presente trabalho busca analisar o regramento dado pela LRF ao instituto da “renúncia de receita”. Objetiva, mais precisamente, traçar os contornos jurídicos da mencionada expressão (empregada pelo art. 14 da LRF) a fim de identificar as figuras que nela se encontram compreendidas – e que, por conseguinte, subordinam-se ao estatuído no art. 14 da LRF – e aquelas que devem ser afastadas da incidência do retrocitado dispositivo legal.

2. “RENÚNCIA DE RECEITA”: NOÇÕES GERAIS

Segundo o art. 11 da LRF, constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal “a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação”.

Infere-se da leitura do dispositivo retrotranscrito que a regra, em matéria de receita pública (notadamente a tributária), é a arrecadação: cada esfera de governo deverá explorar adequadamente sua base tributária e, conseqüentemente, ter capacidade de estimar qual será a sua receita, o que auxiliará o cumprimento das metas fiscais e a alocação das receitas para as diferentes despesas de sua competência.

² Com efeito, o levantamento dos meios ou recursos disponíveis com os quais se pretende levar a cabo um plano é tarefa básica que precede a colocação no planejamento dos objetivos a serem atingidos. Dito de outro modo, a gestão fiscal responsável pressupõe o planejamento eficiente das receitas da competência do ente, bem como o esforço condizente para a efetivação de sua arrecadação. Portanto, a chamada “política de consecução”, ou seja, a escolha de procedimentos e meios mais adequados a se atingir o objetivo, reclama um prévio conhecimento das disponibilidades existentes em termos de recursos, ou o estabelecimento das quantias necessárias para supri-los, caso se pretenda alcançar a meta quantificada no prazo indicado. Vide, nesse sentido: Fernando Lourenço Fernandes, *Introdução ao planejamento da administração tributária*, p. 179.

A "renúncia de receita" constitui exceção à sobredita regra e diz respeito aos chamados "incentivos fiscais", que são instrumentos adotados pelo Estado com a finalidade de criar melhores condições para o desenvolvimento de certas regiões geográficas ou determinados setores da atividade produtiva, que não se desenvolveriam se não houvesse sua concessão. Tais estímulos, em seu variado espectro (isenções, remissões, anistias etc.), são a forma mais usual de o Estado utilizar os tributos com fins extrafiscais, i.e., como instrumento para intervenção no domínio econômico ou social, sendo secundária a intenção de simples arrecadação de recursos financeiros.³

Concedido um incentivo, é evidente que o ente concedente se vê privado da soma daquela receita que renunciou – daí falar o art. 14 da LRF em "renúncia de receita", porquanto conduz à diminuição da arrecadação tributária.⁴ Esta evasão de receita, no entanto, é compensada por vários fatores como, por exemplo, o desenvolvimento do parque industrial, absorção de mão-de-obra ociosa, a captação de maiores receitas pela renda ou consumo daqueles que passaram a exercer uma atividade profissional etc.⁵

3. A 'RENÚNCIA DE RECEITA' SEGUNDO A LRF E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A LRF disciplinou o tema da renúncia de receita em seu art. 14, o qual exige:⁶

1) que a dita renúncia esteja acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois exercícios seguintes;

³ *"A atividade financeira do Estado, para os adeptos da extrafiscalidade, é um método pelo qual se exerce a influência da ação estatal sobre a economia (regulatory effects); visa atingir escopos extrafiscais de intervencionismo estatal sobre as estruturas sociais"* (José Souto Major Borges, Introdução ao direito financeiro, p. 51).

⁴ Fabio Fanucchi, Curso de direito tributário brasileiro, v. 1, p. 199.

⁵ Luiz Celso de Barros, Ciência das finanças, p. 64.

⁶ Tais exigências, consoante o § 3º do art. 14 da LRF, não se aplicam: a) às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; b) ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

2) que a renúncia atenda ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a pelo menos uma das seguintes condições:

a) demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da Lei Orçamentária Anual (LOA) e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da LDO;

b) demonstração pelo proponente de que esta renúncia de receita será compensada por aumento de receita proveniente de elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, aumento ou criação de tributo ou contribuição, caso em que o ato que implique em renúncia só entra em vigor quando estiver assegurada a compensação pelo aumento de receita (art. 14, § 2º).

O art. 14 da LRF, segundo nos parece, não contraria o § 6º do art. 150 da CF/88, o qual, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, assim dispõe: "Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g".⁷

Com efeito, a LC 101/2000 não proibiu a renúncia de receita nem dispensou a lei – ou os convênios interestaduais, no caso do ICMS – como único instrumento hábil à concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios fiscais – por ela batizados genericamente de "renúncia de receita" –, mas apenas consagrou novas exigências para tanto.⁸

⁷ A ressalva constante da parte final do dispositivo constitucional transcrito refere-se ao ICMS, cujas isenções e demais incentivos fiscais somente poderão ser concedidos (e revogados) mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal. É que, no caso do ICMS, a lei ordinária (estadual ou distrital) não pode conceder isenções, como também não pode conceder incentivos e benefícios fiscais.

⁸ Nesse sentido: Pedro Lino, Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal, p. 63; Reinaldo Chaves Rivera, "Tributos e renúncia fiscal – Lei Complementar 101 – a lei de gestão fiscal responsável", p. 115. Em sentido contrário é a lição de Botina Treiger Gruppenmacher, que entende ser inoperante o art. 14 da LRF, "pois ao invadir as competências legislativas e administrativas dos Estados e Municípios encerra comando inconstitucional" ("Lei de Responsabilidade Fiscal, competência tributária, arrecadação e renúncia", p. 23).

Estes novos requisitos para a concessão de incentivos que importem em renúncia de receita, aliás, devem ser observados anteriormente àquele mencionado pela Constituição. Dito de outro modo, antes da elaboração da lei específica (ou convênio, no caso do ICMS) a que alude o § 6º do art. 150 da CF, deverá ser verificado pelo proponente o atendimento às condições do caput e dos incisos I e II do art. 14 da LRF, sem o que restará prejudicada a edição daquela.

4. "RENÚNCIA DE RECEITA": ALCANCE E SENTIDO DA EXPRESSÃO

Passamos, nesse tópico, a buscar uma definição do que deva se entender por "renúncia de receita" para os fins de aplicação do art. 14 da LRF.⁹

4.1 Incentivos de natureza tributária

O art. 14 da LRF, conforme se infere de sua leitura, não regula todo e qualquer tipo de renúncia de receita, mas apenas aquelas decorrentes da "concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária" (grifamos).

É o que seria um incentivo ou benefício "de natureza tributária"? A resposta, segundo nos parece, deflui do § 1º do art. 14 da LRF, assim redigido: "*A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado*" (grifamos).

Percebe-se da leitura do dispositivo transcrito que o mesmo procura delimitar a abrangência do conceito de "renúncia de receita", sendo facilmente constatado que o mesmo é exemplificativo, já que

⁹ Registre-se, por oportuno, que o conceito dado pelo legislador ao termo *renúncia de receita* (art. 14, LRF) é amplo, abrangendo casos de exclusão (v.g., isenção, anistia) e extinção do crédito tributário (v.g., remissão).

esclarece que abarca também, além daqueles instrumentos mencionados expressamente – anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que importe em torná-lo menos oneroso –, “outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”.

Assim, para fins do art. 14 da LRF, incentivo de natureza tributária seria aquele que implica “tratamento diferenciado”.

Relativamente ao que possa ser considerado como “tratamento diferenciado”, entendemos que deva ser referida expressão compreendida no contexto das relações jurídicas tributárias, porquanto a norma de cada parágrafo deve ser interpretada em consonância com a regra do caput do dispositivo de que trate.¹⁰

Assim, para identificarmos se estamos diante de um incentivo de natureza tributária devemos fazer o seguinte questionamento: determinado benefício está reduzindo (ou eliminando) uma obrigação de conteúdo tributário? Se a resposta for afirmativa – isto é, se o Estado estiver deixando de receber valores a título de tributo –, tratar-se-á de incentivo fiscal (e, pois, subordinado às prescrições do art. 14 da LRF); do contrário – isto é, se as obrigações que se beneficiam do desconto ou exclusão não têm natureza fiscal por não se enquadrarem no conceito de tributo do art. 3º do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966)¹¹ – não pode o referido benefício, igualmente, ser qualificado como um incentivo fiscal.

Portanto, se não implicar “tratamento diferenciado” (em matéria tributária), a concessão de determinado benefício não

¹⁰ José Souto Maior Borges, *A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e sua inaplicabilidade e incentivos financeiros estaduais*, p. 96.

¹¹ CTN, art. 3º: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

¹² É o que ocorre, v.g., com os seguintes incentivos: vendas – ou mesmo doações – de terrenos a preços subsidiados, obras de complemento, construção de portos, participações acionárias, etc. Nesse sentido: Pedro Lino, *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, p. 62.

configurará incentivo fiscal (isto é, tributário), escapando, por conseguinte, da incidência do art. 14 da LRF.¹²

4.2 ISENÇÃO EM CARÁTER NÃO GERAL

A "isenção" – espécie mais usual do gênero "incentivos fiscais" – é definida pela doutrina clássica como um favor legal concedido pelo Estado, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido.¹³ O fato jurídico (fato gerador, fato imponível) ocorre, nascendo a obrigação tributária, operando-se, no entanto, por força de norma isentante, a dispensa do débito tributário.¹⁴

De registrar, por outro lado, a existência de concepção doutrinária diversa, a qual define o fenômeno isentivo como hipótese de não-incidência legal qualificada, entendendo como não-ocorrente o fato gerador da respectiva obrigação.¹⁵

Qualquer que seja a concepção adotada, os efeitos da isenção são sempre os mesmos: a não-arrecadação do tributo.¹⁶

No que tange às isenções, a leitura do art. 14 da LRF deixa claro que o mesmo somente se aplica àquelas concedidas "em caráter não geral".¹⁷

E é sobre o conceito do que sejam isenções "de caráter geral" – conceito sobre o qual, mediante sua negação, o art. 14 da LRF chegou ao de isenções de caráter "não geral" – que passamos a tecer as considerações que se seguem.

¹² Rubens Gomes do Sousa, *Compêndio de legislação tributária*, p. 97. Conceito semelhante é o fornecido por José Jayme de Macêdo Oliveira, que apenas discorda da definição de isenção como sendo um favor fiscal, "pois o interesse social que a inspira é bem mais importante que o benefício auferido pelo contribuinte. Muita vez, ela se impõe para aliviar o rigor da lei, que prevê a incidência tributária genericamente" (*Código tributário nacional: comentários, doutrina e jurisprudência*, p. 518).

¹³ Nesse sentido: Rubens Gomes do Sousa, *Compêndio de legislação tributária*, p. 97; Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *Manual de direito financeiro e direito tributário*, p. 611; José Jayme de Macêdo Oliveira, *Código tributário nacional: comentários, doutrina e jurisprudência*, p. 518; P. R. Tavares Paes, *Comentários ao código tributário nacional*, p. 389-390.

¹⁴ Nesse sentido: Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 539 e 562; Zeilmo Denari, *Curso de direito tributário*, p. 160; Hugo de Brito Machado, *Curso de direito tributário*, p. 150-151; Pedro Roberto Decoreain, *Anotações ao código tributário nacional*, p. 692-693.

¹⁵ *Aparta-se a isenção da arístia, pois esta diz respeito às penalidades pecuniárias (multas) decorrentes da prática de infrações tributárias.*

¹⁶ *Em sentido contrário é o entendimento de Reinaldo Chaves Rivers, para quem as isenções em caráter geral também devem ser consideradas como renúncia de receita para os efeitos do art. 14 da LRF ("Tributos e renúncia fiscal – Lei Complementar 101 – a lei de gestão fiscal responsável", p. 114).*

Por não ter, a respeito, formulado a LRF um conceito próprio, exclusivo, entendemos deva ser aplicada, à hipótese, a definição consagrada pelo Código Tributário Nacional.

Com efeito, dita expressão não foi empregada pela primeira vez no texto da LRF, tendo antes sido utilizada pelo CTN que, em seu art. 179, assim dispõe, *in verbis*: "A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previsto em lei ou contrato para sua concessão" (grifamos).

O dispositivo legal retrotranscrito não define o que seja uma isenção concedida "em caráter geral", preferindo, ao contrário, esclarecer como se efetiva uma isenção de caráter "não geral" (ou específico).

A doutrina pátria, no entanto, fornece subsídios para uma correta compreensão da matéria sob exame.

Pedro Roberto Decomain ensina: "A isenção pode ser concedida em caráter geral. Nesse caso, o benefício aproveita aos seus destinatários independentemente de qualquer decisão prévia de autoridade administrativa. Se a isenção abrange, por exemplo, o IPI incidente sobre determinado produto industrializado, não há necessidade de que o sujeito passivo requeira à autoridade administrativa o reconhecimento da isenção. Poderá deixar de recolher o tributo a cada operação envolvendo aquele determinado produto. Todavia, se a isenção exigir, para que se opere, o atendimento de determinadas exigências por parte do sujeito passivo (como isenção de imposto de renda ou IPI a quem realize investimentos em tecnologia, por exemplo), o deferimento do benefício poderá ficar condicionado ao prévio exame, pela autoridade administrativa, do adimplemento dessas condições. É exatamente isso o que se acha previsto pelo caput do art. 179 do CTN".¹⁸

¹⁸ Pedro Roberto Decomain, *Anotações ao código tributário nacional*, p. 695-696.

Preleciona, a respeito, José Jayme de Macêdo Oliveira: "À semelhança da moratória (art. 152) e da anistia (art. 181), a isenção pode ser concedida em caráter geral, i.e., sem intervenção da autoridade competente, ou sob controle prévio administrativo, em que o agente público examina o atendimento dos requisitos básicos, frente a requerimento do interessado, devidamente instruído conforme dispuser a lei".¹⁹

Não discrepando desse entendimento, Hugo de Brito Machado assevera: "Pode a isenção ser concedida em caráter geral ou específico. Na primeira hipótese, decorre diretamente da lei. Não depende de requerimento do interessado nem de qualquer ato administrativo. Na segunda hipótese, a isenção se efetiva mediante despacho da autoridade administrativa em requerimento do interessado, com o qual este comprove o preenchimento das condições e requisitos previstos em lei (CTN, art. 179)".²⁰

Cabe registrar, ainda, a lição de P. R. Tavares Paes: "As isenções de caráter especial devem ser seguidas pelo interessado e as de caráter geral são incondicionais, sem exigirem o requerimento do interessado e preenchimento de certos pressupostos".²¹

A jurisprudência de nossos tribunais assim enquadra dita matéria:

"As isenções de caráter geral são as que beneficiam certas pessoas, coisas, atos ou situações, sem exigir do interessado nelas o atendimento a requisitos particulares" (Ap. 293.630. 1ª TACivSP, 7ª C, Rel. Juiz Carlos Antonini, RT 573/161).

"A lei que desonera do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana imóveis localizados em determinada área do

¹⁹ José Jayme de Macêdo Oliveira, *Código tributário nacional: comentários, doutrina e jurisprudência*, p. 530.

²⁰ Hugo de Brito Machado, *Curso de direito tributário*, p. 154.

²¹ P. R. Tavares Paes, *Comentários ao código tributário nacional*, p. 392. No mesmo sentido é a lição de Luiz Emygdio F. de Rosa Júnior (*Manual de direito financeiro e direito tributário*, p. 615).

Município, não todos mas apenas aqueles que reúnam determinadas características, subordinando o deferimento do favor fiscal ao reconhecimento prévio da autoridade administrativa cria espécie de isenção a ser concedida caso a caso, sem caráter de generalidade, dependente do implemento das condições exigidas (CTN, art. 179)" (REsp. 13.568/RJ. STJ, 2ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 18.12.1995).

Conclui-se, de tudo quanto foi exposto, que isenção geral (ou "concedida em caráter geral", no dizer do art. 179 do CTN) é aquela que beneficia certas pessoas, coisas, atos ou situações, sem exigir do interessado nela a observância de requisitos particulares, enquanto a isenção especial (ou "em caráter não geral", para utilizarmos da expressão do art. 14 da LRF) é aquela efetivada, em cada caso, "por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previsto em lei ou contrato para sua concessão", consoante o disposto no art. 179 do Código Tributário Nacional.

4.3 ISENÇÕES AUTÔNOMAS

O art. 14 da LRF, segundo entendemos, não se aplica às isenções heterônomas, i.e., aquelas concedidas pela União, de imposto estadual e/ou municipal, as quais, em princípio, são vedadas pelo texto constitucional (art. 151, III, CF/88), mas que, excepcionalmente, são cabíveis nos casos do art. 155, § 2º, XII, e, e do art. 156, § 3º, II, ambos da Constituição Federal. É que não há, em tais casos, benefício fiscal, no sentido específico da doutrina do Direito Tributário, sentido este empregado pelo art. 14 da LRF.

Com efeito, se considerarmos a mens legis da LRF, notaremos que o art. 14 da mesma só terá aplicação àqueles casos em que o benefício for concedido pelo próprio ente tributante e a esta conclusão chegamos ao verificar que o retrocitado dispositivo emprega o termo "renúncia de receita".

Ora, partindo da premissa de que só possa "renunciar" a

algo – no caso, à receita pública – aquele que figure como “titular” do direito renunciado, e levando em consideração que as providências dos incisos I e II do art. 14 da LRF só podem ser tomadas quando o ente cujo tributo é “renunciado” é o proponente da medida, conclui-se que o art. 14 da LRF somente se aplica no âmbito das isenções autônomas, i.e., aquelas em que o ente tributante é o mesmo que isenta.

4.4 REDUÇÃO DE ALÍQUOTA PELO SENADO FEDERAL

A redução de alíquotas é um incentivo que ocorre sobre o modo de calcular o conteúdo pecuniário do dever tributário, determinando uma forma de pagamento que implica, necessariamente, uma redução do quantum tributário, em relação à generalidade dos contribuinte (ou em relação à situação impositiva imediatamente anterior).²² Persiste o dever tributário, reduzindo-se, todavia, o quantum a pagar.

A redução das alíquotas do ICMS pelo Senado Federal (art. 155, § 2º, IV e V, CF/88), segundo nos parece, não se subordina às disposições do art. 14 da LRF, porquanto não configura benefício fiscal, no sentido empregado pelo citado dispositivo legal.

Com efeito, pelos motivos anteriormente delineados (item 4.3., supra), e levando em consideração que as providências dos incisos I e II do art. 14 da LRF só podem ser tomadas por pessoas políticas (União, Estados, DF e Municípios), conclui-se que o Senado, ao reduzir alíquotas de impostos, não está, efetivamente, renunciando à receita, não estando, destarte, subordinado às regras do art. 14 da LRF.

4.5 ANISTIA

A anistia é um benefício que visa excluir, total ou parcialmente, o crédito tributário na parte relativa à multa aplicada

²² *Sacha Calmon Navarro Coelho, Teoria geral do tributo e da exoneração tributária, p. 173-174.*

pelo sujeito ativo ao sujeito passivo, por infrações cometidas por este anteriormente à vigência da lei que a concedeu (art. 180, CTN).

Entendemos que a concessão de anistia – diversamente do que ocorre relativamente às isenções –, pelo silêncio do art. 14 da LRF, deverá atender, em qualquer caso, o disposto no referido artigo, ainda quando for a anistia concedida em caráter geral (art. 181, I, CTN).

4.6 DIFERIMENTO

A substituição tributária para trás ou diferimento é a transferência da responsabilidade de cumprimento das obrigações tributárias para uma fase posterior à ocorrência do fato imponível. Ocorrendo o diferimento, atribuir-se-á responsabilidade pelo pagamento do ICMS diferido, v.g., ao adquirente ou destinatário da mercadoria ou ao tomador do serviço.

A primeira característica do diferimento consiste, pois, em transferir o pagamento da obrigação tributária para um momento posterior àquele em tal obrigatoriedade surgiria, se não fora diferido o tributo. Com efeito, em decorrência do diferimento, o ICMS que, na sua ausência, deveria ser pago num certo estágio do processo econômico circulatório, relativamente a determinada operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte ou comunicação, deverá ser pago em etapa posterior, ou seja, relativamente a operação ou prestação antecedente.²³ Ocorre, portanto, no diferimento, adiamento da receita.²⁴

Em regra, a legislação elege como momento de pagamento do imposto diferido uma saída posterior, ocorrida numa fase mais próxima do final do ciclo de comercialização do bem, ou outros eventos tais como o abate (das diversas espécies de gado) e a perda do bem.

²³ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito financeiro e de direito tributário*, p. 261-262; Fernando A. Brockstedt, *O ICMS: comentários interpretativos e críticos*, p. 202.

²⁴ Zeimo Denari, *Curso de direito tributário*, p. 299.

A segunda característica do diferimento é a atribuição a um terceiro da responsabilidade pelo pagamento do imposto devido em operações anteriores, afastando da respectiva relação jurídico-tributária a(s) pessoa(s) que praticou(aram) essas transações.²⁵

O diferimento não importa em retardamento da ocorrência do fato gerador do ICMS, mas em uma dilatação na época do pagamento deste tributo, que fica postergado, a cargo do próprio contribuinte ou de terceira pessoa, investido na condição de substituto tributário. Com efeito, no diferimento não se adia a incidência da norma impositiva, mas apenas os efeitos da incidência, um dos quais é o pagamento do imposto.²⁶

Vê-se, destarte, que diferimento não configura incentivo fiscal, pois não retira as operações anteriores do campo de incidência do imposto, não reduz a carga tributária incidente sobre pessoa ou objeto nem cria tratamento diferenciado que implique em benefício, pois apenas transfere para etapa futura da circulação o momento do seu pagamento,²⁷ não sujeitando-se, por conseguinte, aos comandos do art. 14 da LRF. De fato, como bem observa Sacha Calmon Navarro Coêlho, "diferimento não é exoneração"; é "técnica de tributação" (grifos no original).²⁸

4.7 RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO

A devolução de tributo a título de incentivo consiste na operação pela qual a entidade tributante restitui ao contribuinte, total ou parcialmente, o valor equivalente ao próprio imposto por este devido e pago.

²⁵ José Jayme de Macêdo Oliveira, *Código tributário nacional: comentários, doutrina e jurisprudência*, p. 518.

²⁶ Fernando A. Brockstedt, *O ICMS...*, p. 201. Nesse sentido dispõe o Código Tributário do Estado do Amazonas (Lei Complementar n. 19, de 29 de dezembro de 1987), art. 24, caput: "Der-se-á o diferimento quando o lançamento e o pagamento do ICMS incidente sobre determinada operação ou prestação forem adidos para etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculada a etapa posterior".

²⁷ O STJ já decidiu que: "Pagamento diferido e isenção do ICMS são institutos diferentes que se não confundem" (Ag. 57.065, em 30.11.1994, Rel. Min. Peçanha Martins).

²⁸ Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Teoria geral do tributo e de exoneração tributária*, p. 230.

Evidentemente, a devolução cogitada é aquela de tributo corretamente pago, feita por razões extrafiscais, visando exonerar o sujeito passivo do ônus tributário ao qual já fora submetido, recompondo o seu patrimônio pecuniário.²⁹

Enquanto na isenção o tributo não é pago – seja porque não houve a incidência das norma impositiva (teoria moderna) seja porque houve, após aquela, a incidência de uma norma isentante (teoria clássica) – na hipótese da restituição de tributo a título de incentivo, o contribuinte paga o valor do imposto devido que lhe será, posteriormente, restituído pelo sujeito ativo.³⁰

Nesse sentido é a lição de Ricardo Lobo Torres, que ao tratar da restituição de tributos como modalidade de incentivo, assim enquadra a matéria: “A restituição de tributo a título de incentivo não é, a rigor, um incentivo tributário ou fiscal, mas um incentivo financeiro, a operar na vertente da despesa e sujeito à prévia inclusão no orçamento. A importância restituída já não é tributo, categoria exclusiva da receita, mas uma prestação de direito público idêntica a qualquer outra obrigação do Estado” (grifamos).³¹

No mesmo diapasão é o entendimento de Sacha Calmon Navarro Coêlho, que, traçando um paralelo entre a remissão e a devolução de tributo pago, leciona: “Sob o aspecto jurídico formal, a remissão encontra regulação no campo do Direito Tributário (receita derivada) enquanto a devolução de tributo pago é regida pelo Direito Financeiro (que se ocupa das demais receitas, da despesa, do orçamento e do crédito público)” (grifos no original).³²

De fato, enquanto o Direito Financeiro é composto pelo plexo

²⁹ Sacha Calmon Navarro Coêlho, *ICM: competência exonerativa...*, p. 74. Os pagamentos tributários indevidos, por seu turno, são repetíveis por força de lei em razão do princípio da legalidade de tributação.

³⁰ Um dos motivos que não permite a perfeita distinção entre a restituição do tributo e a isenção é o fato de a legislação de incentivos de certos Estados, como o caso do Amazonas (art. 2º, § 1º, Decreto n. 12.814-A, de 23 de fevereiro de 1990), determinar que a restituição do ICMS se faça simultaneamente ao efetivo recolhimento do imposto, o que a torna praticamente idêntica à isenção.

³¹ Ricardo Lobo Torres, *O orçamento na Constituição*, p. 201.

³² Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Teoria geral do tributo e de exoneração tributária*, p. 231.

de normas que disciplinam a parcela da atividade financeira do Estado relativa aos campos da despesa pública, receita pública, orçamento público e crédito público – observando que a receita pública retrocitada diz respeito à destinação das receitas tributárias, podendo dispor, outrossim, sobre todos os aspectos no tocante às demais receitas³³ –, o Direito Tributário regula o campo restrito da obtenção das receitas derivadas provenientes dos tributos (receitas tributárias).³⁴

Assim, é evidente que a devolução de tributo a título de incentivo é prática situada já na área da administração da despesa pública, matéria regulada pelo Direito Financeiro e, pois, estranha ao Direito Tributário, porquanto, como bem destacado por Sacha Calmon Navarro Coêlho, “não envolve nenhum elemento estrutural da obrigação tributária, ou se se prefere, porque não envolve qualquer aspecto do tributo, quer da hipótese quer da consequência”.³⁵ Devolver imposto já pago, conclui o citado autor, “não afeta a obrigação que se formou e se extinguiu normalmente com o pagamento”.³⁶

Com efeito, com o pagamento do tributo, extingue-se o vínculo obrigacional tributário e rende-se espaço às relações meramente financeiras, de sorte que as relações doravante interpostas entre fisco e contribuinte revestem natureza extratributária.³⁷ A importância restituída já não é tributo, categoria exclusiva da receita, tendo em vista que, uma vez misturados os recursos recebidos pelo Estado (entidade tributante), já no “Caixa” do Tesouro, perdem o rótulo que lhes conferia a causa jurídica da sua percepção.³⁸ A partir desse instante, todo gasto é despesa, assunto, como exposto, estranho ao Direito Tributário.

O incentivo financeiro da restituição do tributo pode,

³³ Eduardo Marçal Ferreira Jardim, *Manual de direito financeiro e tributário*, p. 7.

³⁴ Rubens Gornas de Sousa, *Compêndio de legislação tributária*, p. 40.

³⁵ Sacha Calmon Navarro Coêlho, *ICM: competência exonerativa...*, p. 74.

³⁶ *Op. cit.*, p. 74.

³⁷ José Souto Maior Borges, “A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e sua inaplicabilidade a incentivos financeiros estaduais”, p. 84.

³⁸ Sacha Calmon Navarro Coêlho, *ICM: competência exonerativa...*, p. 75.

assim, ser definido como aquele no qual, após o pagamento do mesmo, numa relação financeira (extratributária, portanto) entre o contribuinte e o fisco, implica supressão ou redução da exação. Ou seja, haverá o pagamento do tributo e posterior retorno da quantia paga ao particular, no todo ou em parte, observando que os recursos saem do Tesouro não como imposto devolvido, mas como despesa do ente tributante.³⁹

Considerando que o art. 14 da LRF aplica-se, segundo suas próprias palavras, à “concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária” (grifamos), conclui-se que o citado dispositivo não incide sobre os incentivos de natureza financeira, ainda que tenham origem tributária, como na hipótese da restituição de tributo a título de incentivo.⁴⁰ Por não configurar incentivo fiscal – mas financeiro – escapa a restituição da incidência do art. 14 da LRF.

4.8 A “RENÚNCIA DE RECEITA” DO ICMS: OS EFEITOS DA LRF SOBRE A LC 24/75

A ressalva constante da parte final do § 6º do art. 150 da Constituição Federal de 1988, anteriormente transcrito, refere-se ao ICMS, cujas isenções e demais incentivos fiscais somente poderão ser concedidos (e revogados) mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal. É que, no caso do ICMS, a lei ordinária (estadual ou distrital) não pode conceder isenções, como também não pode conceder incentivos e benefícios fiscais.

Com efeito, ao contrário de todos os demais tributos em relação aos quais a mesma pessoa que tributa é a pessoa competente para conceder isenções e demais benefícios fiscais, em matéria de ICMS, para que isso possa ser feito, precisa haver uma autorização dos demais Estados (mediante convênios).⁴¹ Tal medida, como é sabido, objetiva a contenção do ânimo das entidades tributantes no

³⁹ Sacha Calmon Navarro Coelho, ICMS: competência exonerativa..., p. 75.

⁴⁰ No mesmo sentido: José Souto Maior Borges, “A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e sua inaplicabilidade a incentivos financeiros estaduais”, p. 81-99.

⁴¹ STJ - 1ª T., REsp Acórdão n. 5.431-MG, j. em 13.03.1991, Unânime, Rel. Min. Garcia Vieira.

tocante à concessão unilateral de vantagens fiscais, a fim de impedir a utilização do ICMS como incentivo de cada Estado, procedimento permissivo de disputas entre as Unidades da Federação, pela localização industrial ou na "guerra fiscal" por maior arrecadação.⁴²

Os convênios são acordos multilaterais que se originam de uma reunião de Estados-membros, a qual comparecem representantes de cada Estado, indicados pelo chefe do Executivo.

Tais convênios podem ser impositivos ou autorizativos, isto é, quando obrigam ou não as Unidades da Federação a adotar as medidas por eles aprovadas.⁴³ Os convênios impositivos geralmente consignam: "É concedida isenção nas operações..." ou "Ficam isentas as operações...". Os autorizativos contêm texto diferente: "Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção nas operações...".

Os Convênios ratificados obrigam todas as Unidades da Federação, inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião (observado se se trata de ato impositivo ou apenas autorizativo) (art. 4º, § 1º, Lei Complementar 24/75).

O disposto no art. 14 da LRF, segundo nos parece, aplica-se aos atos de renúncia de receita relativos ao ICMS, porquanto seu § 3º, ao excepcionar de sua abrangência certos impostos, somente o fez relativamente aos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, e, quanto a estes, somente no que se refere às alterações das alíquotas pelo Presidente da República na forma do § 1º do citado dispositivo constitucional.

Fica, então, um questionamento: se a concessão de incentivos do ICMS depende, em regra⁴⁴, da deliberação conjunta de

⁴² Fernando A. Brockstedt, *O ICM...*, p. 183.

⁴³ José Cassiano Borges e Maria Lúcia Américo dos Reis, *O ICMS ao alcance de todos*, p. 30.

⁴⁴ A Zona Franca de Manaus é excluída de tal regime, conforme art. 15 da Lei Complementar 24/75.

todos os Estados-membros da Federação, e para aprovação, da manifestação unânime de todos eles – inclusive os que, regularmente convocados, não se tenham feito representar na reunião –, como aplicar as disposições do art. 14 da LRF, que leva em consideração a situação econômica peculiar de cada Unidade da Federação?

Admitir que todos os representantes dos Estados pudessem assinar o convênio concessivo do benefício e que, posteriormente, aqueles que verificassem a impossibilidade de atendimento dos comandos do art. 14 da LRF não incorporassem dito convênio às suas respectivas legislações tornaria letra morta o disposto no § 2º do art. 14 da LC 24/75, *in verbis*: "Considerar-se-á rejeitado o convênio que não for expresso ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação ou, nos casos de revogação a que se refere o art. 2º, § 2º, desta Lei, pelo Poder executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação".

A solução que nos parece mais adequada é que cada Convênio seja dirigido somente àquelas Unidades da Federação que declarem a possibilidade – previamente constatada – de cumprir o disposto no art. 14 da LRF.

Com efeito, devemos atentar para o fato que muitos dos Convênios celebrados são dirigidos somente a determinadas Unidades da Federação, caso em que somente estas deverão (ou poderão – no caso de ato autorizativo) adotar as suas disposições.

Assim, verificado que certos entes não terão como aplicar em seus territórios o incentivo fiscal por estarem impossibilitados de cumprir o disposto no art. 14 da LRF, os mesmos deverão se manifestar por ocasião da reunião do CONFAZ e esclarecer tal situação, para que, caso concordem os demais representantes, referido Convênio seja dirigido somente àquelas Unidades da Federação que declararam a possibilidade de cumprir o disposto no art. 14 da LRF (convênios nominativos).⁴⁵

⁴⁵ Em sentido contrário é a lição de Roque Antonio Carrazza, que entende não se aplicar o art. 14 da LRF aos Estados-membros (e ao Distrito Federal), mas, apenas e tão-somente, à União ("Responsabilidade fiscal: Convênios-ICMS e artigo 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Sua inaplicabilidade – Questões conexas", p. 146).

5. CONCLUSÕES

De todo o exposto, conclui-se que:

a) a expressão “renúncia de receita”, empregada no art. 14 da LRF, diz respeito aos chamados “incentivos fiscais”, em seu variado espectro (isenções, remissões, anistias etc.);

b) as normas do art. 14 da LRF somente alcançam os incentivos de natureza tributária, assim entendidos aqueles que implicam “tratamento diferenciado” (art. 14, § 1º, LRF), expressão que, por seu turno, deve compreendida no contexto das relações jurídicas tributárias (art. 14, caput, LRF);

c) o conceito dado pela LRF à expressão “renúncia de receita” (art. 14) abrange casos de exclusão (v.g., isenção, anistia) e extinção do crédito tributário (v.g., remissão);

d) relativamente às isenções, o art. 14 da LRF somente se aplica àquelas concedidas em caráter particular (ou “em caráter não geral”, para utilizarmos a expressão do art. 14 da LRF), assim entendidas aquelas que se efetivam, em cada caso, mediante despacho da autoridade administrativa em requerimento do interessado, com o qual este comprove o preenchimento das condições e requisitos previstos em lei (CTN, art. 179);

e) o art. 14 da LRF não se aplica às isenções heterônomas, até porque as providências dos incisos I e II do referido dispositivo legal só podem ser tomadas quando o ente cujo tributo é “renunciado” é o proponente da medida;

f) a redução das alíquotas do ICMS pelo Senado Federal (art. 155, § 2º, IV e V, CF/88) não se subordina às disposições do art. 14 da LRF, porquanto não configura tal medida “benefício fiscal” nem implica em “renúncia de receita”, no sentido específico da doutrina do Direito Tributário;

g) a concessão de anistia, pelo silêncio do art. 14 da LRF, deverá atender, em qualquer caso, o disposto no referido artigo, ainda quando for concedida em caráter geral (art. 181, I, CTN);

h) os institutos que não constituem incentivo (v.g., diferimento) e os que configuram incentivo, mas não de natureza fiscal (v.g., restituição de tributo), excluem-se da incidência do art. 14 da LRF;

i) as normas do art. 14 da LRF alcançam as isenções e demais benefícios fiscais concernentes ao ICMS, devendo cada convênio interestadual dirigir-se somente às Unidades da Federação que declarem a possibilidade – previamente constatada – de cumprir o disposto no art. 14 da LRF, caso em que somente estas deverão (ou poderão – no caso de ato autorizativo) adotar as disposições do convênio.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARROS, Luiz Celso de. *Ciência das finanças*. 5. ed - São Paulo: Edipro, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BORGES, José Cassiano; REIS, Maria Lúcia Américo dos. *O ICMS ao alcance de todos*. 3. ed - Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. 2. ed - São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. "A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e sua inaplicabilidade a incentivos financeiros estaduais". *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 63, P. 81-99, São Paulo: Dialética, dez.2000.

BROCKSTEDT, Fernando A.. *O ICM: comentários interpretativos e críticos*. Porto Alegre: Rotermond, 1972.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 13. ed - São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. "Responsabilidade fiscal: Convênios-ICMS e artigo 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Sua inaplicabilidade – Questões conexas". *Revista de Estudos Tributários*, nº 16, p. 140-158, Porto Alegre: Síntese, nov.-dez.2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. 2. ed - Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *ICM: competência exonerativa: convênios de Estados, imunidades, isenções, reduções e diferimentos*. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Anotações ao código tributário nacional*. - São Paulo: Saraiva, 2000.

DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 6. ed - Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. - São Paulo: Resenha Tributária, 1971.v.1

FERNANDES, Fernando Lourenço. *Introdução ao planejamento da administração tributária*. Brasília: ESAF, 1983.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. "Lei de Responsabilidade Fiscal, competência tributária, arrecadação e renúncia". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*, São Paulo: Dialética, 2001. p. 7-24.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 4. ed - São Paulo: Saraiva, 1999.

LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: Lei Complementar nº 101/2000*. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 10. ed - São Paulo: Malheiros, 1995.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed - São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. *Código tributário nacional: comentários, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAES, P. R. Tavares. *Comentários ao código tributário nacional*. 5. ed - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

RIVERA, Reinaldo Chaves. "Tributos e renúncia fiscal – Lei Complementar 101 – a lei da gestão fiscal responsável". *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 77, p. 109-116, São Paulo: Dialética, fev. 2002.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 12. ed - Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1981. Edição Póstuma.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 4. ed - Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O orçamento na constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET

ADRIANA SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
Procuradora do Estado

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, I, "b", ampliou o campo de incidência do imposto de competência dos Estados, ao dispor que o serviço de comunicação é fato gerador do ICMS.

A proposta do presente trabalho é analisar se o serviço de acesso à Internet é de comunicação e, como tal, tributado pelo ICMS.

Inicialmente, é importante frisar que nos termos do dispositivo constitucional mencionado, o ICMS incide sobre a prestação de serviços de comunicação, o que implica uma atividade remunerada por meio da qual alguém fornece a outrem condições materiais para ocorrer a comunicação.

A comunicação se verifica pela transmissão ou recebimento de sons, imagens, papéis etc, por qualquer processo técnico.

Neste passo, constata-se que a comunicação propriamente dita não é o fato gerador do ICMS, pois pouco importa o conteúdo da mensagem. O que se tributa é a transmissão da mensagem.

Feitas essas primeiras considerações de caráter genérico, passaremos a analisar, de forma individualizada, o serviço de acesso à Internet.

1. O ICMS e os serviços de comunicação

O ICMS incide sobre prestações onerosas de serviços de comunicação por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 12, VII), inclusive quando prestado por concessionária ou permissionária que forneça ficha, cartão ou assemelhados com que o serviço é pago (art. 12, §1º), substituindo o extinto ISTC (imposto sobre transporte e comunicação).

A faculdade para a tributação dos serviços de comunicação está prevista no artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988, o qual prescreve que: "Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre as prestações de serviços ... de comunicação, ainda que ... as prestações se iniciem no exterior".

O núcleo dessa hipótese reside no fato "prestar serviço de comunicação". A *regra-matriz* desse ICMS é, pois, prestar serviços de comunicações.

A expressão "prestar serviço" denota a idéia de uma ação humana positiva, em que alguém realiza um esforço humano a terceiros, em caráter negocial. Portanto, como lembra CLÉLIO CHIESA, "para que se configure a hipótese de prestação de serviço é indispensável que haja um negócio jurídico, em que alguém se vincule a uma obrigação de fazer." (in ICMS: sistema constitucional tributário: algumas inconstitucionalidades da LC 87/96, São Paulo: LTr, 1997, p. 97).

Cumpra destacar que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita - assim entendida a transmissão ou o recebimento de mensagens e informações -, mas sobre a "relação comunicativa", isto é, "a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra". O fato gerador do ICMS, portanto, não é simplesmente realizar a comunicação, mas a "prestação de serviço de comunicação", como bem destaca a doutrina pátria. Vejamos o que diz, a respeito, o mestre HUGO DE BRITO MACHADO:

"O conceito de comunicação é excessivamente amplo. Não é, porém, a comunicação que integra o âmbito de incidência do ICMS, mas o serviço de comunicação. Isto quer dizer que o fato relevante, o fato que pode ser colhido pelo legislador para definir a hipótese de incidência desse imposto, é o serviço de comunicação, e não a comunicação em si mesma. O fato de alguém comunicar-se com outrem não pode ser definido como gerador do dever de pagar o imposto." (in *Aspectos fundamentais do ICMS*, São Paulo: Dialética, 1997).

Também nesse sentido, são providenciais os ensinamentos do Prof. ROQUE ANTONIO CARRAZZA:

"Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a "relação comunicativa", isto é, a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra. Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, radiotransmissores etc. Tudo, enfim, que faz parte da infra-estruturas mecânica, eletrônica e técnica necessárias à comunicação." (in *ICMS*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 115).

Nesse diapasão é a lição de CLÉLIO CHIESA que, a respeito da matéria, escreve:

"Impende destacar que o imposto não incide sobre a comunicação em si, mas na prestação de serviço de comunicação. Por outras palavras, incide nos negócios jurídicos que têm por objeto uma obrigação de fazer, consistente em realizar a comunicação ou oferecer condições para que ela se efetive. O termo "comunicação" não pode ser dissociado da expressão "prestar serviço", pois, senão, haveria uma distorção da hipótese prevista constitucionalmente." (in *ICMS: sistema constitucional tributário: algumas inconstitucionalidades da LC 87/96*, cit., p. 97)

A idéia de que é necessário que haja um negócio jurídico para que ocorra a hipótese sob análise, como vimos, não suscita maiores dúvidas; todavia, o mesmo não se dá quanto à significação do que se deve entender por comunicação, para efeito de tributação por meio do ICMS.

A Constituição Federal de 1988 utiliza o termo "comunicação" sem fazer nenhuma delimitação, donde concluir-se que o vocábulo deve ser acolhido em seu sentido amplo, como destaca WALTER GASPAR:

"(...) o ICMS incidirá sobre os serviços de comunicação em sentido o mais amplo possível. Toda operação relativa a comunicação, por qualquer processo ou natureza, é fato gerador do ICMS. As ressalvas correm por conta da própria lista de serviços da Lei Complementar nº 56, que determina a incidência do ISS sobre as "comunicações telefônicas de um para outro aparelho dentro do mesmo município" (item 98). (in ICMS Comentado, 4ª ed., São Paulo: Lumen Juris, 1996, p. 43).

Vejamos o que diz, a respeito, CLÉLIO CHIESA:

"A Constituição Federal, por sua vez, não faz alusão quanto ao sentido em que utiliza o termo "comunicação". Portanto, em tese, a hipótese de incidência pode abranger tudo o que estiver relacionado ao fato comunicacional, vale dizer, qualquer dos elementos que integram a relação comunicativa." (in ICMS: sistema constitucional tributário: algumas inconstitucionalidades da LC 87/96, cit., p. 99).

Saliente-se, pois, que toda operação relativa a comunicação, por qualquer processo ou natureza, é fato gerador do ICMS, ainda que iniciada ou prestada no exterior (art. 2º, §1º, II, da LC 87/96), exigindo-se, apenas, que tal prestação seja onerosa (art. 11, III, e art. 12, VII da LC 87/96), o que se dá nos serviços prestados pelos provedores de acesso à internet, à exceção dos gratuitos. Atinge, em outras

palavras, tão-somente o público elitista, pagante e vinculado à celebração do contrato.

2. DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DAS EMPRESAS PROVEDORAS DE ACESSO À INTERNET

Entendo que o primeiro aspecto que deve ser observado, está respaldado no exame da natureza jurídica do serviço prestado e, por consequência na sua exata distinção, para que sejam identificados os campos de incidência tributária. Como se sabe, nos termos da Carta Constitucional de 1988, cumpre a União Federal estabelecer as normas gerais em matéria de natureza tributária, definindo assim, os tributos, suas espécies, os respectivos fatos geradores, as bases de cálculo, os sujeitos da relação jurídico - tributária e outros. Competência essa, que até então não foi exercida no que tange a internet. E, enquanto isso, nascem rapidamente, novos provedores de acesso, novos sites, novos negócios, enfim inúmeras atividades estão sendo desenvolvidas no campo do " *world wide web*".

Questão muito debatida, é a natureza jurídica da prestação de serviços das empresas denominadas provedoras, que possibilitam o acesso à Internet mediante o pagamento de uma mensalidade pelo usuário.

Cumprir verificar, primeiramente, se os serviços prestados por tais empresas configuram serviço de comunicação, pois, em caso positivo, deverá incidir o ICMS.

Para tanto, é importante a análise, ainda que breve, das características do serviço prestado por um provedor.

Para que o serviço possa ser prestado, é necessário que o usuário do serviço tenha, pelo menos, um modem, um computador e uma linha telefônica. A partir daí, ele contrata os serviços de um provedor que lhe possibilitará a conexão com a "rede das redes".

Por isso, é correta a observação de René Bergmann Ávila, no sentido de que o usuário participa de duas relações jurídicas:

“ Para que o usuário final tenha acesso à internet, é necessário – usualmente – que participe de duas relações jurídicas. A primeira, com uma concessionária de telecomunicações (CRT, TELESP, TELESC, ETC.) um valor em contrapartida ao serviço de conexão (comunicação de dados (comunicação de dados via telefônica) entre o usuário e o provedor.

A Segunda relação jurídica, por sua vez, tem como contratantes o mesmo usuário final e o provedor de acesso. Firma-se, então, um contrato de prestação de serviços segundo o qual o usuário final, mediante o uso de uma senha alfanumérica, através do provedor e dos links e backbones por esses postos à sua disposição, terá acesso à internet. Em contraprestação, pagará o usuário final ao provedor o preço do serviço (usualmente proporcional ao número de horas de acesso).

Vê-se, pois, que o serviço cobrado pelo provedor consiste exatamente na recepção de dados enviados pelo usuário final – tomador do serviço – e na sua retransmissão à rede através dos links e backbones de que dispunha; na contramão, o provedor recebe as informações da rede e as retransmite ao usuário final.” (“in” “Lei Complementar nº 87/96 – Comentada e Anotada. Ed. Síntese. pags. 57 e 58).

Portanto, é certo que a prestação de serviços do provedor é feita a partir da prestação de serviços da concessionária de telecomunicações. Porém, também é certo que existem duas prestações de serviços absolutamente bem identificadas, que constituem relações jurídicas diversas, com sujeitos diversos.

Logo, o fato de o serviço do provedor ser prestado com base no serviço telefônico da concessionária não impede que sofra a incidência do ICMS.

Esclareça-se, por oportuno, que para a incidência do ICMS

o serviço de acesso à internet deve ser oneroso, eis que assim estarão presentes todos os elementos necessários à caracterização de uma prestação de serviços, quais sejam - o prestador, o tomador, o preço do serviço e o próprio serviço prestado.

Resta saber, portanto, se a natureza do serviço sob exame é de comunicação.

Os provedores de acesso são empresas que dispõem de infraestrutura de comunicações ofertada ao usuário final, para que possa conectar-se à *internet* e comunicar-se com o mundo todo, pois todas as facilidades encontradas na rede mundial estão voltadas à mais amplas e geral comunicação. Destarte, trata-se de prestação de serviço oneroso de comunicação, sujeito à incidência do ICMS.

3. DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INCIDÊNCIA DO ICMS NOS SERVIÇOS PRESTADOS PELAS EMPRESAS PROVEDORAS DE ACESSO À INTERNET

3.1 – SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO

Um dos pontos de apego, talvez o mais importante, para os que repelem a subsunção, pelo ICMS, da prestação do serviço de acesso à Internet é alegar que tal serviço é considerado Serviço de Valor Adicionado.

A Norma 004/95, baixada pela Portaria MINICOM 148, de 31.05.1995, anteriormente referida neste trabalho, já definia, desde aquela época, o que vem a ser Serviço de Valor Adicionado:

“ Serviço de Valor Adicionado: serviço que acrescenta, a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações;”

De modo semelhante, a Lei 9.472, de 16.07.1997, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, traz, no caput do seu art. 61, o que se segue:

"Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações."

E acrescenta (art. 61, § 1º):

"Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição."

É bem visível que, através do serviço de acesso à Internet prestado pelos provedores, os seus tomadores transmitem e recebem informações pela grande rede mundial de computadores. Comunicam-se via Internet.

Configura-se, incontestavelmente, que os provedores de acesso à Internet oferecem a seus clientes, mediante remuneração, condições materiais para que a comunicação ocorra.

Desses tomadores, cobra-se uma taxa mensal, não só pela disponibilização dos meios, como pela sua efetiva utilização, prova é que muitos contratos, como já se afirmou, têm seu preço fixado proporcionalmente às horas utilizadas.

Porém, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emitiu parecer acerca da matéria, em 14 de novembro de 1997, concluindo que o serviço de acesso à *internet* é serviço de comunicação (Parecer PGFN/Nº 2042/97).

Do aludido parecer é importante transcrever o seguinte trecho:

“ 19. A interligação entre o usuário e o seu provedor é efetivada através da rede pública de telecomunicações. Por sua vez, o prestador de serviços da internet se utiliza de canal contratado da Embratel e esta faz a ligação internacional, possibilitando o acesso à internet. A utilização da rede pública de telecomunicações, através do telefone já está no campo de incidência do ICMS. Com efeito, todos pagamos a alíquota de 25% pelo uso deste meio de comunicação. O que se propugna agora não é mais uma tributação sobre o serviço de telecomunicações, trata-se, na verdade, do aparecimento de um novo fato imponible na relação jurídico-tributária. Essa nova etapa correspondente ao elo que permite a comunicação. É o fornecimento das condições materiais para que a comunicação ocorra, conforme Carraza, com supedâneo em uma relação comercial entre usuário e prestador de serviço, in casu, o provedor, possibilitando a comunicação.

20. O Ministério das Comunicações informou que o provedor realiza um serviço de valor adicionado que, segundo a Lei nº 9295/96 não é serviço de telecomunicações mas que se caracteriza por acrescentar a este recursos, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, ou seja, o provedor possui os meios que possibilitam o perfazimento da comunicação (...)

21. Toda a estrutura que o provedor possui é voltada unicamente à finalidade de realização de comunicação via internet (...) O serviço oferecido pelo provedor é absolutamente necessário para que a comunicação ocorra por intermédio desse meio.

22. Dessa forma, chegamos à conclusão via internet está alcançado pela norma do art. 155, II, da Constituição (...).

23. Diante de todo o exposto é forçoso concluir que o serviço prestado pelos provedores de acesso ou informações, desde que tenham caráter oneroso (negocial/comercial), estão incluídos na hipótese descrita no inciso III, do art. 2º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, na

modalidade de serviço de comunicação" (Dra. CLÁUDIA REGINA GUSMÃO, procuradora da Fazenda Nacional)."

Pelo simples fato de se considerar que os serviços prestados pelos provedores em estudo são Serviços de Valor Adicionado, não dá a ninguém o condão de pretender afastar a hipótese de incidência do ICMS sobre a prestação dos serviços de comunicação quando do provimento de acesso à Internet.

Destarte, pelo fato de que se capte da letra da lei que o serviço de valor adicionado prestado pelos provedores de acesso à Internet não constitui serviço de telecomunicações, não se pode deduzir daí que não prestam esses provedores serviços de comunicação. Poderão não prestar serviços de telecomunicação, mas outros serviços de comunicação prestarão, nada importando serem classificados como serviços de valor adicionado. Para o caso em questão, serviço de valor adicionado não impede de ser também serviço de comunicação, e vice-versa. Eles não se excluem necessariamente.

3.2 O serviço de acesso à internet não se trata de serviço de telecomunicação

Outro argumento contrário à incidência no ICMS sobre o serviço prestado pelo provedor é o de que não se trata de serviço de telecomunicação, pois a própria lei 9472/97 tratou de ressaltar isso em seu artigo 61.

Interessante frisar que, quando, desde a Constituição da República, de 1988, foi prevista, como um dos aspectos materiais da hipótese de incidência do ICMS, a prestação de serviço de comunicação, esta não se restringiu apenas aos serviços de telecomunicações. Telecomunicação, como é cediço, é espécie do gênero comunicação.

A referida lei nada mais fez do que explicitar que o serviço de telecomunicação somente pode ser prestado por empresas desse ramo de atividade, que são as concessionárias de serviço público.

Porém não afasta a característica principal do serviço de

acesso à internet, que é possibilitar ao usuário manter comunicação com o mundo todo e das mais variadas formas: correio eletrônico, visitas a *sites*, salas de bate-bapo, etc...

Logo, tratando-se de serviço de comunicação, deve incidir o ICMS por força do disposto no artigo 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96, pois é fato gerador do imposto a prestação onerosa de comunicação de qualquer natureza.

Por sinal, na r. decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 1467 foi salientado que o ICMS deve incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação, em face do disposto na Lei Complementar nº 87/96.

Não se sustenta, por argumentos frágeis, para justificar a não-subsunção ao ICMS dos serviços que ora clamam a atenção, o fato de que já são tributados pelo imposto estadual em tela os serviços prestados pelas concessionárias de serviços telefônicos: 1. quando possibilitam a relação comunicativa entre os clientes dos provedores e esses, para acesso à Internet; 2. quando dão suporte aos serviços prestados pelos provedores a seus clientes.

Trata-se de duas relações distintas: 1. a primeira faz parte de um contrato entre a operadora telefônica e seu cliente, devido à prestação de telecomunicações envolvida; 2. a segunda, entre o provedor e a concessionária de telecomunicações. Nos dois casos, há a prestação de serviço de comunicação de dados pela operadora telefônica. Incide, não havendo polêmica, o ICMS.

A tributação estudada supra não obsta o surgimento de uma terceira relação onerada, também, por aquele mesmo imposto, qual seja, a relação provedor e seu cliente, tomador dos serviços de valor adicionado consistentes na conexão do cliente com a rede das redes (Internet). É um plus tributável que não quer ser percebido pelos que não aderem à incidência do ICMS na prestação desses serviços.

Vê-se, pois, que o serviço cobrado pelo provedor consiste

exatamente na recepção de dados enviados pelo usuário final – tomador do serviço – e na sua retransmissão à rede através dos links e backbones de que disponha; na contramão, o provedor recebe as informações e as retransmite ao usuário final.

4. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ISS

A Lei Maior não deixa qualquer margem de dúvidas quando distingue que os serviços cuja prestação é gravada pelo tributo municipal ISS não podem ser aqueles compreendidos no campo de incidência do tributo estadual ICMS, quais sejam, os “serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, (...)”; aqueles do art. 155, II.

Veja-se o texto constitucional, *ipsis litteris*:

“Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
(...)”

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;
(...)”

Destarte, os serviços onerosos de comunicação prestados pelos provedores de acesso à Internet, a seus clientes, não podem, por determinação constitucional, ser gravados pelo ISS; devem ser tributados pelo ICMS.

Quaisquer que sejam as razões, por mais bem fundamentadas que sejam, no sentido de enquadrar um serviço como de prestação com subsunção ao ISS, não serão suficientemente convincentes para elidir a regra-matriz de incidência do ICMS, que sempre prevalece.

A exegese jurídica não pode ser aplicada tão-somente à Lista de Serviços do ISS isoladamente. Não se pode querer gravar com o ISS um serviço sob um ponto de vista alheio a todo um

ordenamento jurídico, sob pena de se turvar a verdadeira incidência emanada da matriz constitucional, que, no campo da prestação do serviço de comunicação, pertine ao ICMS.

A espúria intromissão da esfera municipal na competência tributária estadual faz com que, em última análise, os Princípios Constitucionais da Autonomia Municipal e do Federalismo tombem em solo estéril. Os Municípios extrapolam a competência que lhes outorgou a Constituição Republicana de 1988, arrepiando, assim, o primeiro princípio; contra o outro, os Estados-membros sentem-se atingidos frontalmente por aquele excesso.

Com o forte argumento pelo não-cabimento do ISS quando da incidência do ICMS, na prestação dos provedores de acesso, não cabe discutir se: a) a Lista de Serviços sujeitos ao ISS seria taxativa, exemplificava ou sugestiva; b) os serviços prestados pelos provedores de acesso seriam serviços de processamento de dados, intermediação ou outros.

5. DA DECISÃO DO STJ

Em recente julgamento, a 1ª Turma, do STJ, manifestou seu entendimento no sentido de que a atividade de provedor de acesso à Internet está sujeita à incidência do ICMS, por considerá-la um serviço de comunicação. Muito embora tal decisão não seja definitiva e não tenha o condão de pacificar a discussão acerca dessa matéria, trata-se do primeiro posicionamento de um Tribunal Superior que constitui, inegavelmente, importante precedente.

A Sercomtel S.A., empresa de telecomunicações e provedora de serviços da Internet, em Londrina (PR), entrou com pedido de informação junto à Delegacia Regional da Receita Estadual de Londrina. Na consulta, a empresa questionou a delegacia se deveria ou não pagar o ICMS. Para a Sercomtel, como não seria a prestadora do serviço principal para o acesso à Internet (ligação física), e sim, de um serviço adicional, não deveria recolher o imposto.

A Delegacia da Receita respondeu à empresa afirmando que

o imposto deveria ser recolhido. Diante da afirmação da DRR, a Sercomtel entrou com um mandado de segurança preventivo para evitar a cobrança do tributo. Segundo a empresa, seu provedor seria, na verdade, um usuário do serviço de telecomunicações que estaria lhe dando suporte.

O Juízo da Sexta Vara Cível de Londrina acolheu o pedido da provedora. A decisão proibiu a cobrança pelo Estado do Paraná do ICMS referente à atividade da empresa com relação à Internet. O Estado apelou, mas o Tribunal de Justiça local manteve a sentença. Com a decisão desfavorável, o Estado recorreu ao STJ. De acordo com o recurso, a atividade da Sercomtel seria, sem dúvida, "fato gerador do ICMS". Segundo a Procuradoria do Estado, "a atividade do provedor da Internet é de valor adicionado, sem descaracterizar-se, contudo, como serviço de comunicação, razão da constitucionalidade do ICMS sobre tal atividade".

Citando diversos estudos sobre o assunto, o ministro José Delgado acolheu o recurso do Estado do Paraná, autorizando a cobrança do imposto à Sercomtel. "A relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza comercial visando a possibilitar a comunicação desejada. Isso é suficiente para constituir fato gerador de ICMS", enfatizou o relator. E, segundo o ministro, mesmo quando o provedor necessita subcontratar outra empresa para transmitir os dados via Internet (canal físico, como por exemplo os locados pela Embratel), "não quer dizer que deixou de servir de 'mensageiro' na relação comunicacional entre usuário e Internet" – continua devendo o imposto.

Em seu voto, José Delgado também registrou entendimento de Paulo de Barros Carvalho concluindo que o provedor de acesso não presta apenas um serviço de valor adicionado, como alegado pela Sercomtel. "Antes de tudo, é parte integrante do processo comunicacional; está relacionado com o canal físico, sendo o responsável por levar um dado do seu cliente à Internet, bem como por manter a comunicação entre o emissor (Internet) e o receptor (usuário) através de seus computadores".

A cobrança do ICMS, no entanto, alcança apenas os provedores que cobram o acesso à Internet. "Fica fora do âmbito da

tributação a comunicação gratuita, que não guarda correlação comercial", destacou José Delgado citando a resposta do Fisco à consulta feita pela Sercomtel. "A comunicação objeto da tributação, conforme já explicitado, é aquela que acarreta ônus ao usuário, ou seja, aquela em que o terceiro paga para poder emitir, transmitir e receber mensagens", concluiu o relator.

Com efeito, através do Convênio nº 78, do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), ratificado pelo Decreto nº 45.928, de 18/07 p.p., pretende-se fiscalizar, a partir de então, o recolhimento do ICMS incidente sobre a atividade de provedores de acesso à *Internet*.

O referido Convênio autoriza os Estados e o Distrito Federal a:

- concederem redução de base de cálculo do ICMS incidente nas prestações de serviços de acesso à *Internet*, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5%³ do valor da prestação, em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos do imposto; e
- não exigirem, total ou parcialmente, os débitos a título de ICMS incidente sobre os serviços prestados até a data de ratificação nacional do mencionado Convênio.

Com esta redução, os Estados igualaram a carga tributária do imposto estadual à alíquota que os Municípios cobram dos provedores a título de ISS.

CONCLUSÃO

Depois de muito meditar sobre o assunto, ora sob a influência dos defensores da incidência do ICMS, ora sob o influxo das teses da não-incidência da tributação estadual e também da municipal, concluímos que a atividade está inserida na área de atuação do legislador tributário estadual.

ADRIANA SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
Procuradora do Estado

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES ENTRE EMPREENDEDOR DE SHOPPING CENTER E LOJISTA

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO

Procurador do Estado

INTRODUÇÃO

À guisa de preâmbulo cumpre dizer que a escolha do tema nasceu de provocação lançada pelo Professor Gladstone Mamede na obra intitulada *Contrato de Locação em Shopping Center – Abusos e Ilegalidades*, onde discute a possibilidade de aplicação do CDC nas relações entre o empresário empreendedor de shopping center e o lojista titular de unidade autônoma.

Para o desenvolvimento do trabalho serão analisadas e desenvolvidas questões relacionadas à origem e evolução da indústria de shopping center; o shopping center e a nova concepção do comércio varejista; o que é um shopping center; aspectos jurídicos sobre shopping center e as relações entre empreendedor e lojista; contrato-modelo; natureza jurídica do contrato celebrado entre lojista e empreendedor; a polêmica sobre a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor nas relações entre lojista e empreendedor; pessoa jurídica consumidora; relação de consumo e destinação final; vulnerabilidade cognitiva e econômica; práticas abusivas e contrato de adesão.

O desafio que me propus realizar exige, inicialmente, indispensável pesquisa na área econômica e no campo do direito, para colher dos doutos que se ocuparam do assunto, contribuição e esclarecimento sobre a sofisticada indústria de shopping center e a sua revolução do comércio varejista.

Consultando o acervo da Associação Brasileira de Shopping Center - ABRASCE, encontrei farto material produzido por economista que granjearam respeito e admiração no mundo acadêmico, destacando-se, dentre outros, os professores CARLOS GERALDO LANGONI, MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN e JOÃO PAULO DOS REIS VELOSO. No campo do direito, os pareceres e estudos pioneiros dos Mestres ORLANDO GOMES, RUBENS REQUIÃO, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.

Estabelecido o campo inicial da pesquisa, vejamos a seguir os comentários, opiniões e análises dos primeiros a ousarem dissertar sobre instigante tema.

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES ENTRE EMPREENDEDOR DE SHOPPING CENTER E LOJISTA

O shopping center e a nova concepção do comércio varejista

Colho das palestras proferidas pelos professores João Paulo dos Reis Veloso e Mário Henrique Simonsen, sobre o tema "Shopping Center e a Economia" e "Shopping Center e Sociedade Moderna" os apontamentos oportunos e pertinentes sobre os aspectos sociais e econômicos surgidos com o advento da indústria de shopping center.

Dissertando sobre a escassez do tempo que precisa ser administrado inteligentemente na sociedade moderna e o prazer da compra na sociedade de consumo, afirma que certos tipos de atividades, que antigamente eram consideradas inclusive como atividades puras de lazer, no mundo moderno transformaram-se em atividades pró-forma. Este fato os indivíduos esqueceram, o exemplo

mais clássico é o fato de ir às compras; ir às compras no passado sempre foi classificado como objeto de lazer, houve então uma espécie de divisão dicotômica das atividades do indivíduo – de um lado as atividades que geravam renda e de outro as atividades extremamente agradáveis em que se gastava a renda. Hoje, gastar a renda já não é necessariamente tão agradável quanto no passado, pura e simplesmente por esse consumo do tempo, que é fator escasso.

Existem também vários outros desdobramentos da sociedade moderna. Começa a haver uma certa despersonalização no tratamento entre comprador e vendedor. Numa pequena cidade todo comprador conhece o vendedor, de alguma forma eles são amigos, e esse conhecimento também gera uma forma de outros relacionamentos paralelos. O indivíduo que conhece profundamente bem o seu fornecedor, num relacionamento pessoal, não tem muitas dúvidas quanto à qualidade do produto que ele está comprando, ou, se tem dúvida, são dúvidas também partilhadas pelo vendedor. Há pelo menos uma simetria de informações do lado do vendedor.

O que acontece na sociedade moderna é que essa despersonalização do relacionamento comprador-vendedor gera, pelo menos potencialmente, a capacidade que tem um vendedor de saber muito melhor do que o comprador aquilo que está vendendo, o que gera por sua vez um potencial de desconfiança no comprador, que por esta simetria de informações potencialmente pode ser logrado. É claro que as sociedades modernas desenvolveram condições para isso: as tradições de grandes firmas, de marcas e garantias são muito grandes, precisamente para amenizar esse tipo de diferença de informação sobre a qualidade do produto disponível do lado do comprador e do lado do vendedor, mas ainda assim é claro que o problema subsiste em princípio. Há também um outro problema que nenhum tratado clássico de economia jamais observou, mas que houve no Rio de Janeiro e é um problema de mais alta frequência: é o problema da segurança individual tanto do comerciante quanto do comprador. Verdade que o número de assaltos que vemos na crônica policial diária que ocorrem nas lojas e a compradores dessas lojas é alguma coisa que transcende daquela marginalidade, que poderia ser colocada

nas exceções que têm importância e que apenas confirmam as regras, mas passaram a ser fator importante na sociedade moderna.

Creio que o "shopping center" constitui uma resposta extremamente inteligente a todos esses conjuntos de desafios criados pelas economias urbanas. Em primeiro lugar, é claro, há uma grande diferença entre a concepção de um "shopping center" e uma simples concepção de um aglomerado de lojas. "shopping center" se destina a atender a um determinado segmento da população, de determinado público-alvo. Essa concepção é absolutamente essencial na definição da localização, de um lado, e, por outro lado, é preciso que em princípio nesse "shopping" seja possível atender não só a totalidade, à virtual totalidade das necessidades médias de seus compradores, dentro desse princípio de poupar tempo nas compras. Por outro lado, o "shopping center" admite um fato que se tornou trivial na sociedade moderna: é que o automóvel é um meio de transporte individual, não apenas das classes abastadas, hoje bastante condenadas como instrumento de deslocamento individual da casa ao trabalho, pela crise de combustível, pela congestão do tráfego; mas cada vez mais não apenas como instrumento de lazer, mas como instrumento de transporte das compras individuais: é muito difícil conceber alguém fazendo compras numa soma razoavelmente grande e depois sair pendurado em um ônibus com todas aquelas compras. Outra característica extremamente importante no "shopping center" é a solidariedade implícita que se desenvolve entre seus participantes; num "shopping" é importante que cada um vá bem para que todos vão bem.

Nesse sentido eu diria que o "shopping center" talvez seja um dos raros exemplos de geração de economias externas positivas nas sociedades modernas. Nós estamos muito habituados hoje a conviver com desenconomias externas, em que o que um faz prejudicar o outro tem que pagar por isso, a poluição do ar, a poluição das águas, a congestão dos serviços públicos e assim por diante. O "shopping center" gera o contrário: uma economia externa positiva, o sucesso do indivíduo, o sucesso como participante, ajuda o sucesso de seu vizinho pela proximidade geográfica e assim por diante. É claro que dentro desse princípio de solidariedade implícita é muito importante

que o "shopping center" não se transforme naquilo que ele não pretende se transformar, que é um aglomerado heterogêneo de lojas comerciais. Isto é a razão de ser de alguns princípios fundamentais de um "shopping center" e esse princípio fundamental, o princípio que deve haver nas áreas de estabelecimento, já que o automóvel vai ser o meio, por excelência, de realização de transporte das compras individuais. Em princípio, no "shopping center", as lojas devem ser alugadas e nunca vendidas porque principalmente a venda tornaria irreversível ou de diferente irreversibilidade o eventual aparecimento de uma ovelha negra que, no caso comprometeria toda a família.

Em terceiro lugar, os "shopping centers" prevêm normalmente em seus contratos de locação uma participação sobre o faturamento dos resultados dos empreendimentos. Por quê? Porque é importante para a organização em conjunto que todos os rendimentos de uma loja de pior qualidade obviamente compromete as outras e é preciso que esta solidariedade provoque aquilo que se deseja: o consumidor efetuar as suas compras com mais rapidez e garantia quase total da boa qualidade de produtos que ali são comercializados, inclusive num sistema de segurança, que é extremamente importante, tanto para os compradores como para os comerciantes. Afinal, assaltar um "shopping center", onde as entradas e saídas são limitadas, é bem mais difícil do que assaltar uma loja comum de bairro.

Evidentemente não vamos pensar que o "shopping center" é a forma certa para todos os problemas do mundo. Em particular sempre vai haver um lugar ao sol para o comércio tradicional, mas o fato é que eles se firmam cada vez mais no mundo moderno, como o típico ideal do processo de comercialização em grande escala de uma série de bens para atender apenas às necessidades familiares.

Creio, portanto, em primeiro lugar, descabido imaginar que os "shopping centers" sejam como às vezes se pensa, alguma entidade elitista. Ao contrário, acho que o "shopping" é, por excelência, um instrumento de barateamento e de verdadeira qualidade dos serviços que são prestados à classe média. Em segundo lugar, parece-me que é um instrumento de desenvolvimento importante e cujos méritos na

sociedade moderna devem ser chamados à atenção e devidamente divulgados, sobretudo para as autoridades governamentais. Afinal de contas, mais uma vez eu insisto, nós vivemos numa era em que as pessoas em uma cidade, em geral, atrapalham as outras – pela congestão, pela poluição e tudo o mais. O “shopping center” é um sistema de ajuda ao outro.

Da mesma forma que o metrô não é apenas um trem subterrâneo – ele representa uma nova tecnologia, pelo menos uma geração à frente do trem de subúrbio – o “shopping center” não é simplesmente um centro comercial grande.

O “shopping center” constitui um novo conceito e uma nova tecnologia, em matéria de sistema de comercialização ao nível de consumo final. Sua concepção – um conjunto orgânico, sob a polarização das lojas âncora, com o acesso garantido ao automóvel e a outros sistemas de transportes urbanos – destina-se a prover conforto e o máximo de alternativas, num certo local, ao consumidor urbano. É, talvez, a tentativa de mostrar que nem tudo na vida urbana são desvantagens.

De um lado, ele estabelece uma necessária solidariedade de interesses entre o empreendedor, que faz o investimento, e os arrendatários (lojas âncoras e lojas de apoio), porque o bom resultado destas é essencial para o bom resultado daquele (pela participação no faturamento).

De outro lado, há um equilíbrio entre grandes e pequenas empresas, seja pela convivência necessária – não sendo ao grande permitido avançar na área dos pequenos –, seja pelo fato de que estudos de mercado e inúmeros outros serviços ficam à disposição das pequenas empresas, dentro das características próprias desse tipo de empreendimento.

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE SHOPPING CENTER E AS RELAÇÕES ENTRE EMPREENDEDOR E LOJISTA

Demonstrada a importância da indústria de shopping center

na economia e seus reflexos numa sociedade capitalista, cumprenos, adentrando no campo do direito, ressaltar alguns aspectos da natureza jurídica do shopping center e as relações entre lojista e empreendedor.

Mestre ALFREDO BUZAID desenvolve com argúcia e autoridade o assunto em debate, observando que à mingua de legislação que reja no Brasil esta matéria, depara o estudioso com uma categoria jurídica sem precedentes, que abre novos rumos nas relações entre o empresário que cria o shopping center e os comerciantes que neles se instalam, parecendo-nos baldado e vão o esforço de ir buscar-lhe a solução recorrendo a institutos tradicionais, bem elucidados na doutrina e na jurisprudência, mas pouco prestádios para a inteligência da questão.

Percorre o tema, que serve ao propósito do trabalho e dele me utilizarei, indagando o que é um shopping center?, elucidando controvérsias sobre o contrato-modelo, colhendo as opiniões de outros autores e finalmente propondo nova doutrina sobre a natureza jurídica do contrato entre o empresário e o titular de unidade autônoma no shopping center.

O QUE É UM SHOPPING CENTER?

Na ausência de subsídios que não podem ser ministrados pelo direito comum, cumpre verificar o significado de shopping center, precisando-lhe a natureza, a estrutura e as peculiaridades. O shopping center não é um simples edifício, dividido em numerosas lojas, com cinemas, boutiques, armazéns, restaurantes, área de lazer, cedidas a comerciantes de atividades diversificadas. E tampouco é uma variedade de estabelecimentos comerciais, que expõem à venda tudo ou quase tudo que uma pessoa possa necessitar a fim de satisfazer às suas necessidades, comprando e levando em seu automóvel, que estacionou em lugar próprio, todas as mercadorias adquiridas. Isto, que se apresenta em seu aspecto exterior, é apenas uma visão superficial de um fenômeno muito mais profundo, que alterou

substancialmente conceitos clássicos. Surge aí um elemento novo, que é o empresário, o investidor do shopping center, que não assume apenas as vestes de um locador de imóvel, mas de um criador de um novo fundo de comércio, cujas características ainda não foram definidas.

O empresário, que projeta a implantação de um shopping center, não se cinge a definir as linhas arquitetônicas do edifício, a demarcar as áreas onde se estabelecerão os comerciantes, a determinar a largura dos corredores, a funcionalidade da circulação, a distribuição racional das lojas, a contratar funcionários, a manter a ordem, o asseio e a segurança dentro e fora do edifício. A organização de shopping center é uma atividade muito complexa, porque requer uma clara visão do empresário na escolha e seleção de unidades, no equilíbrio da competição, no esmero, na decoração e no estilo. O estabelecimento comercial que nele se instale, há de estar em harmonia e correspondência com a alta clientela que frequenta o shopping center.

A organização de um shopping center é, a um tempo, econômica, estrutural e administrativa. Sob o primeiro aspecto, o shopping center difere de mercados e galerias. O mercado é o lugar, a que o público tem acesso, onde se promove a venda de roupas, alimentação e quaisquer outras mercadorias. Nele tem cada comerciante seu repartimento, onde deposita e expõe víveres, vestuários e outros gêneros. Nos mercados públicos paga o comerciante uma taxa de ocupação. A galeria é geralmente um corredor comprido e pouco largo, aberto dentro de um edifício, onde se instalam pequenas lojas. A relação jurídica que se forma entre o proprietário do imóvel e o comerciante é, de ordinário, de locação.

O shopping center é, ao contrário, um grande edifício, dividido racionalmente em numerosos compartimentos, que integram a unidade do conjunto; compõe-se de vários andares, modelados por admiráveis linhas arquitetônicas, ornados de lustres monumentais, revestidos por pintura agradável aos olhos e distribuídos a comerciantes qualificados, que dotam os seus estabelecimentos com requinte, elegância e até luxo, tornando o ambiente aprazível até para simples passeio. A variada

disposição do shopping center estimula a economia de consumo, porque, dentro dessa cidade em miniatura, tudo se pode comprar sem esforço e sem sacrifício, sem pressa e sem longas locomoções. As lanchonetes, os restaurantes e os cinemas são um convite para permanecer no shopping center por largo tempo, conciliando as necessidades individuais com o lazer.

Sob o segundo aspecto, regem o shopping center normas gerais estabelecidas em convenção. Tomando um modelo da referida convenção, convém ressaltar-lhe, preliminarmente, os conceitos que o definem para melhor ilustração das idéias. Shopping center é um centro de compras incorporado pelo empresário ou proprietário a ser construído com a planificação técnica adequada por ele estabelecida. *Mall* são as galerias, praças ou corredores para os quais se abrem as lojas e destinadas à circulação do público. *Condômino* é o proprietário ou promitente comprador de qualquer unidade autônoma do prédio, excetuando-se o empresário ou desenvolvedor que, embora também condômino, por sua situação peculiar de incorporador e proprietário de shopping center, tem essa designação específica. *Administradora* é a empresa contratada pelo desenvolvedor para exercer a administração, total ou parcial, do shopping center.

Além das normas gerais que figuram na convenção, a qual regula a organização e o funcionamento do shopping center, há ainda um regimento interno e um estatuto, que criam a associação dos lojistas, dispondo circunstanciadamente sobre as relações entre estes e o proprietário ou desenvolvedor.

Descritas, mui resumidamente, as cláusulas que regem a organização do shopping center sob o aspecto econômico, estrutural e administrativo, importa saber agora que contrato celebra o empresário, proprietário ou desenvolvedor com os lojistas que vão instalar nele suas unidades comerciais, o tempo de sua duração e o regime jurídico que está sujeito.

CONTRATO-MODELO

O contrato-modelo é, de regra, um instrumento particular de contrato de locação e outras avenças em que figura como locador, de

um lado, o shopping center com sua qualificação específica e, de outro lado, como locatário, o lojista. O seu objeto é a área localizada em determinado andar, definido-se sua porção em planta, que menciona o número de metros quadrados ocupados. Fixa-se o prazo de duração da locação. O aluguel, que se divide em duas partes: aluguel mínimo mensal reajustável e aluguel percentual.

Outro ajuste denominado Cessão de Uso é também celebrado com o lojista ou estabelecido em forma cláusula denominada *res sperata* em razão das vantagens que a localização no shopping center proporcione ao inquilino e como forma de usufruir o direito de participar da sua estrutura organizacional, com o desfrute constante dos seus benefícios durante o prazo do contrato e como contraprestação pelo gozo dos seus bens imateriais durante aquele período, assume a locatária a obrigação de pagar à locadora, além do aluguel o pagamento da coisa esperada que dará direito, durante o prazo da locação, à fruição do fundo de comércio composto pelos seus bens imateriais.

NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO CELEBRADO ENTRE O LOJISTA E O EMPREENDEDOR

Não obstante a controvérsia estabelecida na doutrina sobre a caracterização jurídica do contrato, estou na companhia daqueles que mesmo reconhecendo o caráter de locação, concluem por sua atipicidade, sintetizado no pensamento do Prof. JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR que "num único instrumento negocial encontra-se um contrato de locação especial coligado a outros de prestação de serviços de administração, publicidade e promoção do conjunto ao qual se integra a unidade do locatário, com remissão a outros instrumentos a serem por este respeitados."

Para ALFREDO BUZAID, rejeitando a idéia de locação e, modificando entendimento anteriormente esposado, sustenta que se trata na verdade, de um contrato de estabelecimento, e por isso, não se subsumem a nenhuma lei de locação. Conclui afirmando que a realidade dos fatos, como soi acontecer, antecipou-se de muito ao

legislador que, segundo supomos, ainda não disciplinou o novo instituto. Enquanto isso não se dá, cinge-se o problema à interpretação do novo fenômeno na conformidade dos contratos celebrados.

Postas tais considerações em derredor dessa verdadeira revolução no comércio varejista, provocado pelo surgimento do shopping center, analisemos passo seguinte à questão central do trabalho.

POLÊMICA SOBRE A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES ENTRE LOJISTA E EMPREENDEDOR

O interesse pelo tema nasceu, como dito atrás, de provocação suscitada pelas judiciosas observações de Gladston Mamede, a respeito do assunto, destacando, desde de logo, o que denomina de uma relação de consumo imprópria.

O empreendedor/administrador de *shopping center*, diz o autor, é um fornecedor de serviços, antes de mais nada. Ele possui o conhecimento das estruturas administrativas e mercadológicas para a concretização de uma organização desta envergadura e é capaz de levantar o capital necessário para fazer frente às exigências dos investimentos.

Nesse contexto, coloca o autor uma questão interessante para o debate: estariam as relações entre lojista e empreendedor/administrador protegidas pelo Direito do Consumidor? A dificuldade explica-se pela pluralidade de relações envolvidas em um empreendimento de tal natureza, como reconhece a própria Associação Brasileira de *Shoppings Centers* (Abrasce): "em um shopping center, o serviço ao cliente pode-se dar em três níveis: do empreendimento ao lojista, do empreendimento ao cliente final, e do lojista ao cliente final.

Adverte que em princípio dever-se-ia reconhecer que a relação entre lojista e empreendedor/administrador não se insere no

estereótipo pensado pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor. Porém, a disseminação da impessoalidade em situações contratuais de mera adesão que polvilharam a vida moderna determinou uma posição privilegiada do fornecedor, marcada não apenas pela estipulação das condições do ato bilateral, mas, igualmente, pelo fato deste conservar o conhecimento de todos os detalhes e todas as faces do negócio, restando à parte contrária apenas o dever de pagar; e, mesmo ao pagar, em muitas situações, como as bancárias ou as aqui analisadas (adesão a empreendimentos de shoppings centers), não compreendem como se forma o valor que lhe é imposto, produto de um emaranhado de cláusulas que definam um cipoal de incidências monetárias diversas. Ademais, o surgimento de grandes organizações econômicas contribui para mitigar, ainda mais, o poder de irrisignação do indivíduo. Como tal situação econômica tendeu na geração de abusos, legislações de diversos países passaram a regulamentá-la, no esforço de nivelar os direitos e deveres dos partícipes de tais contratos.

É assim que não se pode perder de vista que um dos pilares sobre os quais se assenta a legislação que compõe o Direito do Consumidor é “a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Tanto o é que, entre nós, a tal vulnerabilidade atribuiu-se a qualidade de princípio jurídico, conforme colhe-se do artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor. A mesma situação de vulnerabilidade que se verifica na adesão de lojistas a estes gigantes do empreendimento capitalista que são os shopping centers, diga-se de passagem.

Transpondo essas regras para as situações aqui examinadas, faz-se necessário concluir existir uma relação de consumo imprópria na relação entre lojista e a administração do shopping. Afinal, para o empreendedor, grande capitalista, o lojista (exceto aqueles que se encaixam no contexto de “lojas-âncoras”) não é mais do que um consumidor, entre tantos, de seus serviços. Fora da proteção da Lei e do Judiciário, nenhum, poder tem esse lojista contra o império do grande capital e das prestações do empreendedor.

Montado o cenário e identificado os protagonistas e suas complexas relações, penso que o desafio para se chegar à conclusão pela aplicação ou não do CDC nas referidas relações, impõe cuidadosa análise sobre o conceito de pessoa jurídica consumidora, relação de consumo, vulnerabilidade cognitiva e eventual prática abusiva diante da pessoa jurídica consumidora.

PESSOA JURÍDICA CONSUMIDORA: RELAÇÃO DE CONSUMO E DESTINAÇÃO FINAL

Importa para início de conversa, ressaltar entendimento unânime da doutrina que a pessoa jurídica se enquadra como consumidora pela lei, quando adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final e terá essa condição negada quando estiver na condição de empregado de bens e serviços com a finalidade de intermediação ou mesmo como insumos de matérias-primas para transformação ou aperfeiçoamento.

Para alinhar os argumentos que pretendo desenvolver e, à mingua de material disponível para pesquisa, lanço mão da apostila distribuída em sala de aula para o propósito do estudo.

O conceito de consumidor inscrito no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Em princípio a questão se afigura de simplicidade franciscana, para tanto basta que a pessoa jurídica venha a utilizar ou adquirir um produto ou serviço na condição de destinatário final, para que tenha a seu favor a proteção legal.

Todavia, é de bom alvitre para melhor compreensão, entender o que significa à luz do Direito do Consumidor "destinatário final" e, aí sim, balizar com argumentos adequados a polêmica relacionada à pessoa jurídica consumidora.

Nesse sentido, para estabelecer o significado de destinação final, impõe-se seja precedida de análise econômica ou análise com base na teoria da causa, ou ainda, utilizando a tese desenvolvida pelas chamadas correntes minimalistas e maximalistas que apresentam soluções diversas na questão da destinação final.

Na primeira – minimalista – restringe o conceito de consumidor, como sendo “aquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável”.

Para a segunda corrente – maximalista – vislumbram nos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, “o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadoras para proteger sempre o consumidor não-profissional e o Código abrangeria toda a sociedade de consumo, instituindo normas e princípio para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores e consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fins de lucro quando adquire um produto ou um serviço. (extraído das lições de Cláudia Lima Marques. Fls 4 da Apostila)

Quanto à destinação final do produto ou serviço, colhe-se do receituário de MARIA ANTONIETA ZANARDO DONATO a lição segundo a qual despontam duas correntes doutrinárias: a corrente finalista que entende que a tutela protecionista existe em razão de consumo, devendo-se restringir a interpretação conferida ao art. 2º em harmonia aos princípios dispostos nos arts. 4º e 6º do CDC e excepcionalmente admitem que a tutela protecionista deveria ser outorgada aos consumidores profissionais e às pessoas jurídicas.

Estabelecendo contraponto às razões acima articuladas, parte expressiva da doutrina entende que a vulnerabilidade, sem dúvida alguma, é um traço universal do consumidor e afirmam até que, sua inexistência, impede a relação de consumo, ainda que ocorrida a destinação final, pois o art. 4º, I do CDC deve ser interpretado em

conjunto com o art. 2º da mesma lei e talvez aí resida o equívoco da corrente maximalista.

Sustentam, também, que os adeptos da corrente finalista pecam pelo excessivo rigor na exclusão indevida da pessoa jurídica, mesmo que essa seja vulnerável por atuar fora de sua especialidade.

Lecionando sobre o consumo e destinação final do bem ou serviço adquirido ou contratada pela pessoa jurídica consumidora, extrai-se do pensamento de FÁBIO ULHÔA COELHO que, no caso, identifica-se duas tendências na legislação ao conceituar o consumidor: a primeira seria a tendência objetiva em que o conceito enfatiza a posição do elo final da cadeia de distribuição de riqueza, a segunda tendência é a subjetiva, na qual a ênfase do conceito jurídico recai sobre sua qualidade de não-profissional em relação com profissional. Ressalta, ponto finalizando que o Brasil optou pelo conceito objetivo de consumidor.

Pondera o Jurista que a opção do legislador brasileiro pela concepção objetiva possibilita a inclusão da empresa no conceito de consumidor, o que não ocorreria se houvesse a adoção da concepção subjetiva. Todavia, a questão da possibilidade de o empresário invocar a tutela dos consumidores em seu favor, nas relações com outros empresários, não se encontra por si resolvida.

Tanto que a dúvida acerca da aplicabilidade da legislação de tutela dos consumidores nos atos interempresariais circunscreve-se à hipótese em que não se verifica a intermediação física do bem ou serviço.

Bem por isso sustenta NEWTON DE LUCCA que, a redução conceitual da noção de consumidor determinada pela expressão "destinatário final", constante da parte final do art. 2º, *caput*, era mesmo necessário, pois não se pretende a proteção ao chamado "consumo intermédio", em que o utilizador é uma empresa ou um profissional.

Nesse giro, imagino que o comerciante lojista de shopping

center se enquadra no conceito de consumo intermédio por ser o elo entre o fabricante e o consumidor final que adquire o bem colocado a venda pelo comerciante para a sua satisfação e de seus familiares.

Assim, não consigo enxergar a pessoa jurídica consumidora aplicada ao lojista de shopping center porque sem dúvida a aquisição do produto ou serviço, para a realização do seu negócio não é consumido ou utilizado por ele como destinatário final, não encontrando, pois neste caso, abrigo na Lei de Proteção ao Consumidor.

Acresça-se ainda, a tendência da jurisprudência nacional no sentido de rejeitar a aplicação do CDC no contrato de locação celebrado entre os empresários-lojistas e empreendedor de shopping center, remetendo o eventual conflito de interesses às regras estabelecidas na Lei do Inquilinato.

VULNERABILIDADE: COGNITIVA E ECONÔMICA/PRÁTICAS ABUSIVAS E CONTRATO DE ADESÃO

À vulnerabilidade atribui-se qualidade de princípio jurídico, consoante reza o art. 4º, I do CDC, onde encontra seu fundamento legal e, mais adiante no Inciso III do art. 6º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao dispor sobre as hipóteses de inversão do ônus da prova, estabelece que são direitos do consumidor a facilitação da defesa, com inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

Dissertando sobre a matéria, CLÁUDIA LIMA MARQUES identifica dois tipos de vulnerabilidade: a vulnerabilidade cognitiva, que atinge a todos os consumidores, independentemente de sua condição econômica, pois o consumidor não conhece suficientemente (sob o aspecto técnico ou jurídico) o bem de consumo que adquire e a vulnerabilidade econômica, que agrava ainda mais a situação do consumidor, pois é somada à primeira, consistindo na ausência de recursos econômicos por parte do consumidor.

Na classificação desenvolvida pela consagrada professora de Direito Civil e Direito do Consumidor, são apontadas em relação ao consumidor três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

Para os propósitos que se destina o trabalho, importa conhecer melhor as duas últimas: a vulnerabilidade jurídica ou científica como sendo a falta de conhecimento jurídico específico, conhecimento de contabilidade ou de economia, sendo tal vulnerabilidade presumida para o consumidor não-profissional e para a pessoa física e quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados ou profissionais especializados antes de se obrigar.

A vulnerabilidade fática ou sócio-econômica, em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, pelo seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, nesta última, há a presunção para o consumidor não-profissional, mas não se presume para o profissional, nem a presume para o consumidor pessoa jurídica.

Os que advogam essas vulnerabilidades em favor do lojista – pessoa jurídica – sustentam que o comerciante adere à proposta de integrar um shopping center apenas sabendo que estar fora dele representa dificuldades de atingir a clientela com a competitividade necessária, na medida em que são pólos de atração de consumo, mormente nos grandes centros urbanos. Pede explicação sobre o negócio, mas jamais entende a completa extensão do empreendimento, cuja tecnologia da administração organizacional, gerenciamento e engenharia de consumo é de ponta e guardada a “sete chaves”.

Os defensores desta tese, não deixam de ter razão quando afirmam que os shoppings centers se tornaram pólos de grande atração de consumo. Isso não foi por acaso, certamente fruto de estudos de viabilidade, planejamento estratégico e grande investimento, visando, evidentemente auferir lucros resultantes do seu trabalho.

Todavia, não é possível concordar que transcorrido mais de quarenta anos da implantação e desenvolvimento da indústria no Brasil, o comerciante-lojista de shopping center desconheça sua estrutura e funcionamento.

É por isso e também porque seria razoável admitir que o comerciante antes de investir seu capital proceda análise e avaliação sobre a possibilidade de lucro ou, então seria manifesta aventura, o que não é próprio do comércio. Talvez considerando esses argumentos, o legislador sabiamente não presume a vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica.

Assim, tenho que, *in casu*, não há de prevalecer a vulnerabilidade jurídica e a vulnerabilidade fática do lojista nas suas relações com o empreendedor, pelo atual desenvolvimento e absoluta compreensão daqueles lojistas que ingressam nos modernos e revolucionários centros de compras, principalmente quando se sabe que a maioria das lojas ali estabelecidas resultam de contratos de franchising de pleno conhecimento dos que operam nesse complexo mundo dos negócios.

No que diz respeito as prática abusivas resultantes do contrato de adesão, ao argumento de que os contratos de shopping center são contratos de adesão e, portanto, comportam interpretação que seja favorável ao aderente, ou seja, o lojista, tendo por fundamento a ausência de discussão preliminar das condições contratuais e, conseqüentemente a determinação unilateral do conteúdo contratual pela parte economicamente mais forte, prestando-se a prática de abusos por parte do estipulante, que se utiliza de recursos tendentes a reforçar a sua posição economicamente dominante.

Nas relações entre lojista e empreendedor, destacam com sendo abusivas as cláusulas referentes à remuneração do empreendedor fixada na cobrança de um aluguel mínimo ou percentual, tendo por base de cálculo a venda bruta do lojista; auditoria na loja com intuito de constatar eventual sonegação; pagamento do 13º aluguel no mês de dezembro; obrigação de contribuir para o fundo de promoção; filiação à associação dos lojistas; horário de funcionamento; circulação

do lojista fora do horário de funcionamento sem autorização do administrador e outras prescritas nas Normas Gerais, Regimento Interno e Estatuto da Associação dos Lojistas.

Discutindo os vários ângulos que envolvem o contrato de adesão, assevera com autoridade FÁBIO ULHÔA COELHO que a tutela do Estado visando reequilibrar a relação contratual nos contratos de adesão é obviamente necessária, mas o contrato de adesão deve ser visto não como um mecanismo maléfico que tem como objetivo escravizar a vontade do aderente, mas sim como um reflexo de uma maior complexidade do mundo negocial nos dias atuais.

Prosseguindo, sustenta, ainda, que não há lugar na economia de massa, para negociações individuais. O contrato por adesão a condições gerais estabelecidas pelo empresário fornecedor é exigência do cálculo empresarial. A eliminação das margens de pactuação, caso a caso, portanto, não é maquinação de espíritos perversos movidos pela pretensão de locupletamento indevido em desfavor do aderente; é, na verdade, apenas a conseqüência inevitável da crescente complexidade dos negócios, é justo que se tutele o contratante cuja participação na definição da exigência e extensão das obrigações se reduz à adesão às cláusulas unilateralmente estabelecidas pelo outro, para se evitarem abusos.

Esse equilibrado entendimento aplica-se à relação entre o lojista e o empreendedor, na medida em que a filosofia que inspirou o modelo do centro de compras denominado shopping center, não tem por escopo subjugar o lojista, impondo-lhe cláusulas abusivas inviabilizando o exercício da atividade comercial, mas ao contrário tê-lo como co-partícipe do empreendimento.

Nesse sentido, os vários instrumentos que regulamentam a indústria de shopping center, isto é, contrato de locação, contrato de cessão de uso, normas gerais regedoras, regimento interno e estatuto dos lojistas é o que caracteriza e sustenta o empreendimento.

De mais a mais, seria precipitado timbrar o instrumento que

liga o empreendedor e lojista de contrato de adesão, porque a melhor doutrina ainda não conseguiu definir a sua natureza jurídica, mas, certamente pela forma não podem ser considerado de consumo, pois encontram-se necessariamente inseridos em relações interempresariais.

CONCLUSÃO

À luz dos argumentos deduzidos, comungo com o entendimento expendido pelo Ministro Cláudio Soares, citado por Gladstone Mamede que não considera a utilização de espaço em centro de compras como relação de consumo, pelo que não se lhe seria aplicável, a princípio, o Código de Defesa do Consumidor, mas não afasta de toda a possibilidade de aplicação de alguns de seus princípios, seja quanto a cláusulas abusivas, ou tocante aos denominados contratos de adesão.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1. BUZUID, Alfredo e cols. Shopping Centers: questões jurídicas. Coord. Roberto Wilson Renault Pinto e Fernando Albino de Oliveira. – São Paulo: Saraiva, 1991.
2. COELHO, Fábio Ulhôa. O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.
3. DE LUCCA, Newton. Direito do consumidor: Aspectos práticos: perguntas e respostas. São Paulo: RT, 1995.
4. LANGONI, Carlos Geraldo. Shopping center e a revolução tecnológica. ABRASCE, 1982. p. 22-33.
5. MAMEDE, Gladston. Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades. – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

6. MORATO, Antonio Carlos. Direito do consumidor. Apostila do curso Direito Civil e Processual Civil, módulo Direito Consumidor.
7. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo:RT, 1998.
8. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
9. SIMONSEN, Mário Henrique. Shopping center e a sociedade moderna. ABRASCE, 1982. p.12-15.
10. VELLOSO, João Paulo dos Reis. Shopping centers e a economia. ABRASCE, 1982. p. 16-17.

ASSISTÊNCIA JURÍDICA À LUZ DA CARTA MAGNA

Roberta Ferreira de Andrade Mota
Procuradora do Estado do Amazonas
Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Tributário
pela Fundação Universidade do Amazonas

Resumo: este modesto trabalho tem por objetivo tecer algumas considerações sobre a assistência jurídica à luz da Constituição Federal, acrescentando o entendimento jurisprudencial do tema.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Beneficiários. 3. Prova da necessidade. 4. Efeitos. 5. Conclusão. 6. Referência Bibliográfica.

“O deferimento do benefício da justiça gratuita, quando presentes os requisitos que autorizam a sua concessão, não é faculdade do Juiz, mas poder-dever que veda pelo princípio maior da garantia de acesso à Justiça!”¹

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Dentre as garantias fundamentais estabelecidas pela Carta Magna, em seu artigo 5º, está a prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme dicção do inciso LXXIV.

Segundo GLAUCO GUMERATO RAMOS², a idéia da assistência jurídica integral aos necessitados tem por objetivo estender aos excluídos o efetivo acesso à Justiça, significando todo e qualquer

¹ TRT-20ª Região, AI nº 2482/01-Arcaju/SE; ac. nº 66/02. Reia. Juíza Suzane Faillace L. Castelo Branco; j. 22/1/2002; v.u.) in Ementário do Boletim AASP nº 2273, p. 580.

² Assistência Jurídica Integral ao Necessitado, artigo publicado na RT 765/48-58.

auxílio jurídico, desde o aconselhamento preventivo. O articulista distingue, pois, assistência jurídica da assistência judiciária, implantada pela Lei nº 1.060, de 05/02/50, cujo objeto é apenas a isenção das despesas oriundas do processo, não abrangendo assistência prévia antes do ingresso nas vias judiciais.

ARAKEN DE ASSIS³, por sua vez, distingue três institutos: a) a assistência jurídica integral, abrangendo a consulta, representação em juízo e gratuidade do processo; b) a assistência judiciária, consistente no serviço público de defesa em juízo do necessitado; e c) a gratuidade da justiça, objeto da Lei nº 1.060/50.

Normalmente, a assistência judiciária é prestada pela Defensoria Pública, porém, por ser um serviço de interesse social, não está excluída a assistência em caráter privado, como, por exemplo, dos sindicatos ou mesmo de advogados que patrocinam ações com renúncia a honorários ou indicados pela Justiça, hipótese em que o Estado deve remunerá-lo.

De fato, nos termos do § 4º do artigo 5º da LAJ, pode a parte constituir advogado, que declarará aceitar o encargo sem a cobrança de honorários, não havendo obrigatoriedade de utilização dos serviços da Defensoria Pública.

A assistência jurídica integral, conforme concebida pela Carta Magna, refletindo a idéia de amparo jurídico amplo, compreende a orientação extrajudicial, a assistência judiciária e a gratuidade da justiça, cumprindo ao Estado o dever de zelar pela inclusão do necessitado no processo democrático.

A abordagem do tema passa, portanto, pela análise da Lei nº 1.060, de 05/02/1950, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, ainda em pleno vigor.

³ Benefício da Gratuidade, artigo publicado na *Ajuris* 73/162-200

2. BENEFICIÁRIOS

Reza o artigo 2º da Lei de Assistência Judiciária (LAJ):

“Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

Destaca Araken de Assis⁴ que “a disciplina da Lei nº 1.060/50 visa, essencialmente, às pessoas físicas. A noção de necessitado, insculpida no art. 2º, parágrafo único, a alegação de pobreza (art. 4º, § 1º) e a intransmissibilidade da gratuidade (art. 10), em razão da morte do beneficiário, revelam o espírito e a finalidade do diploma”.

Entende o citado jurista que o dispositivo legal está fundado numa equação econômica, ou seja, na inexistência de recursos financeiros para atender às despesas do processo, avaliada objetivamente a figura do necessitado.

A grande celeuma se refere à possibilidade de extensão do benefício às pessoas jurídicas, entendendo uns que a regra legal se refere exclusivamente às pessoas físicas, enquanto outros admitem a concessão do benefício apenas às entidades sem fins lucrativos:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Justiça gratuita – Extensão do benefício à pessoa jurídica – Inadmissibilidade – Inteligência do art. 2º da Lei Federal 1.060/50.

Ementa da Redação: A Lei Federal 1.060/50, estabelece as normas para a concessão da assistência judiciária gratuita. O seu art. 2º define quais os benefícios da gratuidade,

⁴ *Benefício da Gratuidade, artigo publicado na Ajuris 73/162-200.*

anotando-se então que se trata de benefício personalíssimo, não se estendendo às pessoas jurídicas.

AI 6.409-4/5 – 3ª Câm. – j. 12.03.1996 – Rel. Des. Toledo César.⁵

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Justiça gratuita – Pretendida concessão do benefício por empresas de grande porte em concordata preventiva – Fato que não é motivo suficiente para deferir o pedido – Favor legal que somente se estende, excepcionalmente, às pessoas jurídicas como microempresas e pequenas empresas familiares – Interpretação da Lei 1.060/50.

Ementa da Redação: Tratando-se de empresa de grande porte, com fins lucrativos, o simples fato de encontrar-se em concordata preventiva não é motivo suficiente para se deferir pedido de assistência judiciária gratuita, uma vez que o favor legal previsto na Lei 1.060/50 somente se estende, sempre em casos excepcionais, às pessoas jurídicas como microempresas e pequenas empresas familiares.

AgIn 93.783-4/2 – 9ª Câm. – j. 22.09.1998 – rel. Des. Franciulli Netto.⁶

Convém registrar, ainda, a posição daqueles que defendem que a aferição de necessidade traduz-se em critério objetivo, independentemente de ser o beneficiário pessoa física ou jurídica, podendo até mesmo o possuidor de imóveis gozar da isenção de custas, provando que está impossibilitado de pagá-las sem prejuízo próprio ou da família:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Justiça gratuita – Benefício concedido a pessoa proprietária de bens e com colação de grau superior – Admissibilidade, pois poderá, num dado momento, não ter rendimento que lhe permita pagar despesas do processo.

⁵ RT 729/169.

⁶ RT 760/253.

Ementa Oficial: Beneficiário de justiça gratuita não é apenas o miserável, mas sim todo aquele cuja situação econômica não lhe permite pagar custas processuais e honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Assim, é irrelevante que a parte seja proprietária de bens ou tenha colado grau superior, pois, não obstante isso, poderá, num dado momento, não ter rendimento que lhe permita pagar despesas do processo.

Ap 97.423/8 – 3ª Câ. – j. 18.06.1998 – rel. Des. Tenisson Fernandes – DOMG 23.12.1998.⁷⁷

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Justiça gratuita – Benefício pleiteado por pessoa jurídica sem finalidade lucrativa – Admissibilidade do favor legal que não decorre da simples indicação dos fins da entidade, mas da devida constatação da impossibilidade de arcar com o pagamento de despesas processuais, sem o comprometimento de sua situação econômica – Interpretação da Lei 1.060/50.

Ementa da Redação: Conforme interpretação da Lei 1.060/50, a concessão do benefício da justiça gratuita não se restringe às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas, principalmente se não têm finalidade lucrativa. Porém, a condição de necessitado para a concessão do pedido de assistência judiciária não é determinada pela simples indicação dos fins da entidade, mas da devida constatação da impossibilidade de arcar com o pagamento de despesas processuais, sem o comprometimento de sua situação econômica.

AgIn 828.929-4 – 3ª Câ. – j. 20.10.1998 – rel. Juiz Antonio Rigolin.⁷⁸

Em sendo assim, se a Lei de Assistência Judiciária adotou critério objetivo, no sentido de avaliação da situação econômica do

⁷⁷ RT 762/366.

⁷⁸ RT 763/252.

requerente, não há razão para negar o benefício às pessoas jurídicas, desde que comprovem o estado de necessidade que impossibilite o custeio das despesas processuais.

3. PROVA DA NECESSIDADE

Considerando que a assistência judiciária é mais restrita do que a assistência jurídica, Araken de Assis⁹ entende que a Carta Magna exige prova da insuficiência de recursos para concessão da assistência jurídica, porém a concessão da gratuidade da justiça prescinde dessa prova, anotando Theotonio Negrão¹⁰ a existência de decisões entendendo que, após a Constituição Federal de 1988, é preciso provar o estado de necessidade.

Inegavelmente, a Carta Magna assegurou a prestação pelo Estado de assistência jurídica integral e gratuita "aos que comprovarem insuficiência de recursos", enquanto que a Lei de Assistência Judiciária adotou a simples declaração do próprio requerente, que goza da presunção relativa de veracidade.

Nos termos do § 1º do artigo 4º da LAJ, a presunção de pobreza decorre de simples afirmação, na própria petição inicial, de que o autor não tem condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio ou de sua família, cabendo ao réu, ao impugnar o pedido de assistência judiciária, a prova contrária.

Contudo, a Carta Magna não revogou a Lei de Assistência Judiciária, razão por que, para fazer jus à assistência judiciária, a comprovação da insuficiência de recursos é feita nos moldes ali estabelecidos, bastando declaração do autor. Neste sentido é o entendimento firmado pela Suprema Corte:

⁹ *Benefício da Gratuidade, artigo publicado na Ajuris 73/162-200.*

¹⁰ *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 32ª ed., colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, São Paulo: Saraiva, nota 1b ao art. 4º da LAJ, p. 1151.*

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Justiça gratuita – Irrevogabilidade da Lei 1.060/50 em face da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXIV, da Carta Magna – Suficiência da declaração do interessado de que sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família – Inteligência do art. 5º, XXXV, da CF.

Ementa Oficial: A garantia do art. 5º, LXXIV – assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). RE 205.746-1-RS, 2ª T. – j. 26.11.1996 – rel. Min. Carlos Velloso – DJU 28.02.1997.¹¹

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Justiça gratuita – Necessidade de simples afirmação de pobreza da parte para a obtenção do benefício – Inexistência de incompatibilidade entre o art. 4º da Lei 1.060/50 e o art. 5º, LXXIV, da CF.

Ementa Oficial: O art. 4º da Lei 1.060/50 não colide com o art. 5º, LXXIV, da CF, bastando à parte, para que obtenha o benefício da assistência judiciária, a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário.

RE 207.382-2/RS – 1ª T. – j. 22.04.1997 – rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 19.09.1997.¹²

¹¹ STF-RT 740/233

¹² STF-RT 748/172

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Justiça gratuita – Concessão do benefício mediante presunção *iuris tantum* de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família – Admissibilidade – Inteligência do art. 5º, XXXV e LXXIV, da CF. Ementa da Redação: A CF, em seu art. 5º, LXXIV, inclui entre os direitos e garantias fundamentais a assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem a insuficiência de recursos; entretanto, visando facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º XXXV, da CF), pode o ente estatal conceder assistência judiciária gratuita mediante a presunção *iuris tantum* de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. RE 204.305-2-PR –1ª T. – j. 05.05.1998 – rel. Min. Moreira Alves – DJU 19.06.1998.”¹³

Por ter adotado conceito amplo da necessidade, o referido diploma legal trouxe dificuldade à impugnação da parte contrária, com vistas à descaracterização do estado de necessidade apto a gozar do benefício da gratuidade do processo, impondo-lhe o ônus probante:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Justiça gratuita - Pretendida isenção de despesas processuais por parte que possui advogado constituído - Desnecessidade de comprovação prévia de insuficiência de recursos - Suficiência, em princípio, de afirmação de estado de pobreza. Ementa da Redação: A comprovação prévia de insuficiência de recursos somente é exigida para obtenção de assistência judiciária que se destine a dar advogado e assistência jurídica ampla a quem tenha direito à gratuidade de justiça, não sendo necessária à parte que, tendo advogado

¹³ STJ-RT 755/182

constituído, pretende, tão-só, isenção de despesas processuais, hipótese em que se exige, a princípio, simples afirmação de estado de pobreza.

AglIn 987.768-7 - 4ª Câm. - j. 13.12.2000 - rel. Juiz Rizzato Nunes.¹⁴

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Justiça gratuita - Declaração de pobreza que goza de presunção *iuris tantum* de sua veracidade - Revogação do benefício que exige daquele que o requer a prova da inexistência ou do desaparecimento dos requisitos necessários à sua concessão - Inteligência dos arts. 4º e 7º da Lei 1.060/50.

Ementa Oficial - Gozando a declaração de pobreza de presunção *iuris tantum* de sua veracidade, incumbe àquele que requer a revogação do benefício de assistência judiciária provar a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos necessários à sua concessão, nos termos dos arts. 4º e 7º da Lei 1.060/50.

Ap 1997.01.00.002143-0-BA - 2ª T. - j. 18.05.1999 - rela. Juíza Assusete Magalhães - DJU 17.06.1999.¹⁵

Contudo, a moderna jurisprudência já vem se posicionando no sentido de que o juiz pode determinar ao requerente do benefício que faça prova da necessidade, como se observa das seguintes decisões:

“Não é ilegal condicionar o juiz a concessão da gratuidade à comprovação da miserabilidade jurídica, se a atividade ou o cargo exercido pelo interessado fazem em princípio presumir não se tratar de pessoa pobre” (STJ-RT 686/185. No mesmo sentido: JTJ 213/231.¹⁶

¹⁴ RT 789/280.

¹⁵ RT 768/390.

¹⁶ Theotonio Negrão, obra citada, nota 4a ao art. 4º da LAU, p. 1153.

A decisão se coaduna com o disposto no artigo 8º da LAJ, segundo o qual o juiz pode revogar de ofício o benefício, ante o desaparecimento dos requisitos, ouvido o requerente.

4. EFEITOS

Reza o artigo 3º da LAJ que a assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

- a) taxas judiciárias e selos;
- b) emolumentos e custas devidas aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça;
- c) despesas com publicações na imprensa oficial, dispensada a publicação em outro jornal;
- d) indenizações devidas às testemunhas;
- e) honorários advocatícios e periciais.

Entende Araken de Assis¹⁷ que se trata de rol exemplificativo, porque o benefício não tolera limitações, bastando aplicar o artigo 9º da LAJ, segundo o qual "os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias", excluídas, contudo, as despesas extraprocessuais.

O artigo 11 da LAJ atribuiu ao vencido o pagamento dos honorários advocatícios e periciais, das custas processuais, das taxas e dos judiciários, quando vencedor o beneficiário da assistência judiciária.

Vencido o beneficiário, deve a sentença atribuir-lhe os ônus sucumbenciais, ante a regra do artigo 20 do Código de Processo Civil, segundo a qual a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas antecipadas e os honorários advocatícios, cuja exigibilidade, todavia, está condicionada ao superveniente desaparecimento do estado de necessidade, nos moldes do artigo 12

¹⁷ *Benefício da Gratuidade, artigo publicado na Ajuris 73/162-200.*

da LAJ, segundo o qual, no prazo de cinco anos contados da sentença final, a parte beneficiada pela assistência judiciária ficará obrigada ao pagamento se puder fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

A respeito deste dispositivo legal, o Superior Tribunal de Justiça tem decisões conflitantes, já tendo se manifestado pela sua não recepção pela Carta Magna¹⁸ e também pela sua aplicação. Entendemos que o acerto está com o condicionamento da execução à mudança na situação patrimonial do beneficiário vencido, conforme decisão seguinte:

"A sucumbência é para ambas as partes, ainda que uma delas atue amparada pela assistência judiciária. Impõe-se a respectiva condenação. Em havendo mudança patrimonial do vencido, antes necessitado, cumpre efetuar o pagamento. Raciocínio contrário afetaria o princípio da igualdade jurídica entre autor e réu. Justifica-se a distinção, por fator econômico. A sentença, na espécie, não é condicional. Condicional é a execução" (RSTJ 40/547).¹⁹

A Suprema Corte também já acolheu a compatibilidade do artigo 12 da LAJ com a nova ordem constitucional:

"O beneficiário da justiça gratuita que sucumbe é condenado ao pagamento das custas que, entretanto, só lhe serão devidas se, até cinco anos contados da decisão final, puder satisfazê-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Incidência do art. 12 da Lei 1.060/50, que não é incompatível com o art. 5º, LXXIV, da Constituição" (STF-1ª Turma, RE 184.841-3-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.3.95, deram provimento, v.u., DJU 8.9.95, p. 28.400). No mesmo sentido: RSTJ 79/344.²⁰

¹⁸ Vide STJ-RF 330/302 e RT 729/159, cf. Theotonio Negrão, obra citada, nota 2 ao art. 12 da LAJ, p. 1158.

¹⁹ Theotonio Negrão, obra citada, nota 1a ao art. 12 da LAJ, p. 1157.

²⁰ Theotonio Negrão, obra citada, nota 2 ao art. 12 da LAJ, p. 1157-8.

Sendo o benefício da gratuidade da justiça concedido em razão da situação econômica do requerente, podendo, inclusive, ser concedido àqueles possuidores de bens imóveis e às pessoas jurídicas, ante a impossibilidade do custeio das despesas processuais sem prejuízo próprio ou da família, podendo, ainda, ser revogado até de ofício, ante o desaparecimento da necessidade, entendemos que a regra do artigo 12 é plenamente aplicável, ficando o vencido beneficiário da assistência judiciária sujeito ao pagamento das custas processuais e honorários se, no prazo de cinco anos, adquirir condições financeiras para suportá-las.

A condenação ao beneficiário da justiça gratuita fica suspensa enquanto perdurar a situação de necessidade, observado o prazo de cinco anos, de acordo com a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Beneficiário vencido – Gratuidade da justiça que, embora não assegure a isenção no pagamento das custas e honorários de advogado, suspende o mesmo – Garantia dada ao vencedor de cobrar o débito no prazo de 5 anos, contados do trânsito em julgado da decisão, desde que comprovada a alteração positiva na situação econômico-financeira do necessitado.

Ementa Oficial: O benefício da assistência judiciária, embora não assegure ao litigante vencido a isenção das custas e honorários de advogado, suspende o pagamento dos mesmos, garantindo ao vencedor o direito de cobrá-los no prazo de cinco (5) anos, contados do trânsito em julgado da decisão, desde que comprovada a alteração positiva na situação econômico-financeira do primeiro.

REsp 112.317-RJ – 6ª T. – j. 25.08.1998 – rel. Min. Anselmo Santiago – DJU 15.03.1999.”²¹

Embora o artigo 12 mencione somente as custas, segundo Araken de Assis²² a exegese correta é a que, aplicando o artigo 20 do

²¹ RT 766/192.

²² *Benefício da Gratuidade*, artigo publicado na *Ajuris* 73/162-200.

Código de Processo Civil, sustenta a condenação do beneficiário vencido em custas e honorários, e, conseqüentemente, cessado o benefício, ambas são exigíveis.

5. CONCLUSÃO

A assistência jurídica ampla e integral, cujo objetivo primordial é garantir o acesso à Justiça, é mais abrangente do que a assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública e o benefício da gratuidade regulado pela Lei nº 1.060/50.

Por ser um direito fundamental assegurado pela Carta Magna, a ele corresponde o dever do Estado de efetivá-lo, merecendo ser revista a forma como vem sendo prestado, ante as conhecidas dificuldades da Defensoria Pública e a necessidade de adaptação da lei de assistência judiciária à realidade social.

Inobstante, a jurisprudência vem cumprindo o papel de adequar a lei de assistência judiciária à nova ordem constitucional. Desta forma, admite-se a concessão da gratuidade da justiça às pessoas jurídicas e a possibilidade de cobrança das custas processuais e dos honorários advocatícios do beneficiário vencido, até cinco anos do trânsito em julgado da sentença, na hipótese de alteração positiva da sua situação financeira.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1. ASSIS, Araken de. Benefício da gratuidade. *AJURIS*, Porto Alegre, ano 25, v. 73, p. 112-200, jul. 1998.
2. PINHEIRO, Eduardo Bezerra de Medeiros. Breves observações acerca da Lei 1.060/50. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 733, p. 94-108, nov. 1996.
3. RAMOS, Glaucio Gumerato. Assistência jurídica Integral ao necessitado. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 765, p. 48-58, jul. 1999.

O DEVER DE CONVALIDAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO

Procuradora do Estado do Amazonas. Pós-Graduada
(Especialista) em Direito Público pelas Faculdades Nilton Lins

I. A Lei como Fator Regulador da Fundação Administrativa

As noções de função administrativas e de ato administrativas têm importância fundamental para a definição de sua validade. É inegável, e a este respeito impende reconhecer que a doutrina é unânime, a afirmativa de que no Estado de Direito a função administrativa está subordinada à lei. A divergência doutrinária reside, apenas, na forma como se dá essa subordinação.

Por outro lado, sabemos que, em determinadas situações, a atividade do administrador público é muito mais guiada pelo poder discricionário do que pela lei. O que não lhe é permitido é se afastar do interesse público, pois, este sim, é o objetivo maior da Administração Pública.

Weida Zancaner¹, citando André Gonçalves Pereira, nos diz que, somente através da decomposição do juízo categórico "a ação administrativa está submetida à lei", bem como da análise e compreensão de cada um desses termos, para, posteriormente, combiná-los entre si, é que o estudioso poderá verificar como deve ser entendida a atividade administrativa em face do princípio da legalidade.

¹ Apud Zancaner, Weida, *Da Convalidação e da Invalidação dos Ato Administrativos*, São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 20.

Acrescenta que, para fins de submissão da atividade administrativa à lei, deve-se distinguir os atos unilaterais individuais, atos unilaterais gerais e contratos administrativos, posto que, embora esses atos se assemelhem quanto ao regime jurídico, os mesmos apresentam diferenças que os particularizam entre si, aconselhando a distinção, para fins de classificação funcional dos atos praticados pela Administração Pública.

A conclusão a que chega Gonçalves Pereira, após estudo sistemático do juízo categórico "a ação administrativa está submetida à lei", é que, quanto aos regulamentos, basta que sejam compatíveis com a lei em sentido formal. Frise-se, que esta posição só é possível diante do sistema jurídico-positivo de Portugal. No Brasil, prevalece o princípio da legalidade, segundo o qual a atividade administrativa, para ser legal, deve estar fundamentada nas prescrições legais.

Assim é que dizemos que não se pode criar direitos através de regulamentos, pois tem este apenas a função de instrumentar a ação administrativa, através da especificação dos comandos já contidos na lei. Daí é que os regulamentos, no nosso sistema jurídico, não podem contrariar a lei em seu aspecto formal.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello², afirma que "os contratos entre a Administração Pública e os particulares são equiparáveis aos contratos de Direito Privado. Correspondem aos contratos pertinentes à equação econômico-financeira das concessões de obra ou de serviços públicos, complementares a esses atos administrativos; ou, aos considerados pelo Código Civil, embora possam reger-se, ademais, por regras jurídicas especiais, complementares, previstas por lei ou regulamento ou por cláusulas dispostas pela Administração Pública, no edital ou ofício de convocação dos interessados, em desenvolvimento aos textos legais e regulamentares, aos quais a outra parte adere, e passam a ser objeto do acordo de vontade."

² *Obra citada, pág. 20.*

Merece esclarecer, que o ensinamento acima não tem a intenção de ministrar que o administrador, ao celebrar contrato, poderá visar a interesses outros da Administração em detrimento do interesse coletivo, mas apenas sinalizar que os mesmos, em alguns aspectos, são regidos pelas regras do Direito Privado, não obstante o que prevaleça sejam as regras especiais peculiares aos contratos administrativos.

Portanto, em nosso sistema jurídico os atos administrativos devem obedecer à lei, não apenas no seu sentido material, mas também, no seu aspecto formal. Porém, é forçoso reconhecer, que a questão da conformidade do ato administrativo à lei, contém particularidades que merecem ser observadas com bastante cautela, pois, não basta que o ato administrativo seja compatível com a lei, ou a ela se sujeite, é preciso ir mais além. É preciso que se inquiria se a ausência desta compatibilidade, ou desta sujeição, é fator suficiente para justificar a invalidação do ato administrativo.

Nesse contexto, pensamos, salvo melhor juízo, que deve ser levado em conta o interesse público envolvido. Ademais, entra em confronto com o princípio da legalidade, outro princípio não menos importante, o da segurança jurídica, introduzido entre os princípios da Administração Pública, pelo artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99.

Segundo leciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro³, “a segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao

³ *Direito Administrativo*, 13ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2001, pág. 85.

sabor das interpretações jurídicas variáveis no tempo.”

Carlos Pinto Coelho Motta⁴ chama a atenção para a importância da Lei de Ação Popular, quer como instrumento de controle da Administração Pública, quer como sistematização de conceitos de invalidade de atos administrativos que permite a “vigilância dos cidadãos em geral, a fim de estarem presentes no andamento dos negócios públicos.”

Conforme preceitua o art. 2º, parágrafo único, letra c, da citada Lei nº 4.717/65, que regula a Ação Popular, *a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.*

Almiro Couto e Silva, citado por Weida Zancaner⁵, em estudo sobre as intersecções do princípio da legalidade com o princípio da segurança jurídica, conclui que a noção de Estado de Direito pode ser analisada sob os aspectos formal e material.

Para este autor, ao analisarmos os elementos estruturais da noção de Estado de Direito, quer sob o prisma formal, quer sobre o material, verificaremos a presença de elementos antagônicos. Isto ocorre porque, muitas vezes, conceitos como segurança jurídica e justiça podem estar em lados opostos. Como exemplo, podemos citar o caso da preclusão e o princípio da boa-fé dos administrados, que comumente vai de encontro ao princípio da legalidade da Administração Pública.

Acrescenta, ainda, com bastante propriedade, o citado jurista: “Nem sempre é fácil discernir, porém, diante do caso concreto, qual o princípio que lhe é adequado, de modo a assegurar a realização da Justiça: o da legalidade da Administração Pública ou o da segurança jurídica? A invariável aplicação do princípio da legalidade da

⁴ Curso Prático de Direito Administrativo, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pág. 46.

⁵ Obra citada, pág. 22.

Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.”⁶

Nessa esteira, Weida Zancaner⁷ faz as seguintes indagações: “quando podemos dizer que a segurança jurídica ou a boa-fé dos administrados devem prevalecer sobre o princípio da legalidade administrativa? Haveria limites ao poder de invalidar? Quais seriam eles?”

Importante para a solução desses questionamentos é fixar, inicialmente, que a Administração não está totalmente adstrita à lei, posto que esta não é um fim em si mesma, representando apenas um mecanismo para a realização do interesse público. Portanto, não obstante o interesse público deva ser conseguido através do cumprimento da lei, é forçoso reconhecer que a Administração não tem o condão de dizer o Direito. Essa é função exclusiva do Poder Judiciário. Desse modo, em determinadas situações, a Administração Pública estará impedida de invalidar seus próprios atos, em outros mais, terá os vícios desses atos sanados, independentemente de sua vontade.

II. Atos Administrativos

A reflexão que acabamos de fazer, passa, necessariamente, pela conceituação de ato administrativo. Vejamos, então, os conceitos daqueles que reputamos os mais conceituados administrativistas:

“Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade

⁶ *Idem, ibidem.*

⁷ *Ob. Cit., p. 23.*

da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar, transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (Hely Lopes Meirelles).

“Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.” (Celso Antônio Bandeira de Mello).

“Toda prestação, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.” (Diogenes Gasparini).

Nota-se, da leitura dos conceitos acima, que cada um reúne as características que seu autor considera necessárias à tipificação de ato administrativo. Sendo impossível inferir qual o conceito que espelha melhor a realidade, é recomendável que sejam analisados sob o ângulo de sua utilidade.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁹, merece destaque a conceituação de ato administrativo segundo os critérios subjetivo e objetivo. Pelo primeiro critério, leva-se em consideração o órgão que pratica o ato, enquanto que, pelo critério objetivo, o tipo de atividade exercida.

O critério subjetivo, também chamado de orgânico ou formal, prescreve que ato administrativo é todo aquele ditado pelos órgãos administrativos. Desse modo, são excluídos dessa conceituação os

⁹Obra citada, pág. 178.

atos provenientes dos órgãos legislativos, ainda que possuam a mesma natureza daquela. A contrário senso, todos e quaisquer atos da Administração são incluídos, pelo simples fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos.

Pelo critério objetivo, funcional ou material, é considerado ato administrativo apenas aquele realizado no exercício concreto da função administrativa, quer seja ele praticado por órgãos administrativos, quer seja por judiciais ou legislativos.

Weida Zancaner⁹ nos ensina que a expressão “ato administrativo” pode ser usada em sentido amplo e em sentido restrito. “Em sentido amplo, serve para abarcar os atos praticados no exercício da função administrativa que possuem regime jurídico semelhante, quais sejam: os atos unilaterais gerais, os atos unilaterais concretos e os chamados contratos administrativos. Por sua vez, a mesma expressão, quando utilizada em sentido estrito, serve para designar apenas os atos unilaterais concretos expedidos no exercício da função administrativa, buscando, pois, uma semelhança ainda maior quanto ao regime jurídico que se lhes aplica.”

Impende frisar, nesse talante, que, qualquer que seja o sentido utilizado para a definição do ato administrativo, ele sempre se referirá a atos praticados pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, no exercício da função administrativa. Por ora, será mister adotarmos o conceito restrito de ato administrativo, posto que é ele que espelha a realização da norma jurídica concreta.

III. Requisitos do Ato Administrativo

A questão da eficácia do ato administrativo encontra-se diretamente ligada à sua validade, o que, por sua vez, está subordinada ao cumprimento de determinados requisitos estabelecidos por lei.

Ademais disso, ao analisarmos o ato administrativo, não

⁹ *Obra citada, pág. 24/25.*

podemos nos desvencilhar de seus requisitos de validade. São eles: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto*.

Hely Lopes Meirelles¹⁰ considera, ainda, importantes o *mérito administrativo* e o *procedimento administrativo*, posto que, apesar de não integrarem sua estrutura, contribuem para sua formação e validade.

A presença de todos esses requisitos é condição *Sine Qua Non* para que o ato administrativo se aperfeiçoe. Sem algum deles, o ato administrativo não alcançará a eficácia e, por conseguinte, não produzirá efeitos válidos.

Vejamos, então, cada um deles separadamente.

Competência – é a primeira condição para a validade do ato administrativo, pois nenhum ato pode ser realizado validamente sem que o agente seja possuidor de poder legal para praticá-lo. Ela é resultante da lei e seus limites são nela estabelecidos. Portanto, todo ato advindo de agente incompetente, ou realizado além dos limites estabelecidos por lei, é inválido.

Segundo conceitua Hely Lopes Meirelles, competência administrativa é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções.

Por ser um requisito de ordem pública, a competência administrativa não pode ser transferida ou prorrogada pela simples vontade dos interessados. Poderá, no entanto, ser objeto de delegação ou avocação. Porém, esta deslocação da competência deverá estar autorizada pelas normas reguladoras da Administração.

Finalidade – todo ato administrativo deve visar o interesse público, pois o ordenamento jurídico brasileiro não aceita ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de suas finalidades

¹⁰ *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 143.

específicas.

O ato administrativo desviado do interesse coletivo é ato nulo. Sendo a finalidade do ato administrativo aquela indicada explícita ou implicitamente pela lei, não caberá ao administrador público alterá-la por outra, sob o pretexto de, também, visar o interesse coletivo.

Por se tratar de ato vinculado, a alteração da finalidade contida expressamente na norma legal ou implícita no ordenamento da Administração, caracteriza desvio de poder, punível com a invalidação do ato.

Forma - é importante que a exteriorização do ato administrativa seja manifestada de acordo com a lei, pois todo ato administrativo é, em princípio, formal. Enquanto no Direito Privado prevalece a liberdade de forma, no Direito Público a regra é a formalidade legal, sendo, a liberdade exceção.

Hely Lopes Meirelles¹¹, citando Agustín A. Gordillo, lembra que, no Direito Privado se distinguem as formas *ad substantiam* e *ad probationem*; ao passo que no Direito Administrativo não se faz essa distinção, visto que toda forma estabelecida para o ato é *substancial*. Ressalva, ainda, o renomado autor, que não se deve confundir simples defeito material na forma com a relegação da própria forma: aquele é corrigível e não anula o ato (como, p. ex., um erro material em um decreto expropriatório), esta é insuprível e nulificadora do ato (como, no mesmo exemplo, se a desapropriação for decretada por um ofício).

Frise-se, ademais, que a inexistência da forma induz, necessariamente, a inexistência do ato administrativo. Sendo a forma do ato administrativo a escrita, somente será admitida o ato administrativo verbal em situações excepcionais, como por exemplo: casos de urgência; casos em que a manifestação da vontade da Administração for temporária ou, ainda, quando o assunto não for

¹¹ Obra citada, pág. 144.

relevante para a Administração.

Sendo a forma requisito vinculado e imprescindível à perfeição do ato administrativo, quando da revogação ou modificação deste, deverá ser obedecida a mesma forma do ato originário.

Hely Lopes Meirelles distingue a *forma do ato do procedimento administrativo*. Segundo ele, a forma é o revestimento material do ato. O procedimento é o conjunto de operações exigidas para sua perfeição. Enquanto o procedimento é dinâmico, a forma é estática. Acrescenta, ademais, que, a inobservância da forma vicia substancialmente o ato, tornando-o passível de invalidação, desde que necessária à sua perfeição e eficácia.

Motivo – é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, quando vier expresso em lei, será um elemento vinculado do ato; quando a lei não o indicar expressamente, o motivo será discricionário, podendo ser deixado ao critério do administrador.

Segundo ensinamento de Hely Lopes Meirelles, *motivo e motivação expressam conteúdos jurídicos diferentes. Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação. Quando, porém, o motivo não for exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação, mas, se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar sua efetiva ocorrência.*

Objeto – o objeto do ato administrativo identifica-se com o seu conteúdo. Através dele a Administração exterioriza seu poder e sua vontade, ou apenas atesta uma situação preexistente.

Como dito antes, o ato administrativo, sendo a manifestação

da vontade da Administração Pública, tem por objeto a criação, modificação, comprovação ou extinção de situações jurídicas.

Quanto aos atos discricionários, o objeto ficará a critério do administrador público, pois essa liberdade representa o mérito administrativo. Nesse contexto, Hely Lopes Meirelles adverte que, quanto ao objeto, não se pode substituir o critério da Administração pelo pronunciamento do Judiciário, porque isto importaria revisão do mérito administrativo, por uma simples mudança de juízo subjetivo – do administrador pelo do juiz – sem qualquer fundamento em lei.

IV. Validade e Eficácia do Ato Administrativo

A questão da eficácia do ato administrativo não é unânime na doutrina. Há autores que entendem que a existência do ato administrativo está adstrita à sua validade, ou seja, somente existem no mundo jurídico os atos válidos. Outros, por sua vez, entendem que somente é possível examinar a validade ou a eficácia de um ente à partir de sua existência.

Consoante ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹² os elementos do ato administrativo são conteúdo e forma. Conteúdo é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. A forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência.

Weida Zancaner¹³, apesar de concordar com o ensinamento acima, opta por desmembrar o conteúdo do objeto do ato, por entender que a subsunção da noção de objeto à noção de conteúdo poderá dificultar a sua compreensão.

Assim, acrescenta a festejada autora¹⁴: “o conteúdo, realmente, tem que se referir a um objeto; todavia, nada obsta, lógica

¹² Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 237/238.

¹³ Ob. cit., p. 31.

¹⁴ Idem, *ibidem*.

ou faticamente, que esse objeto possa inexistir ou ser impossível juridicamente.

A referibilidade a um objeto é condição inerente à existência do conteúdo de uma declaração, embora nem todo objeto possa ser referido em um conteúdo em se tratando de uma declaração jurídica. Assim, se no mundo fenomênico o conteúdo sempre irá se referir a um objeto, seja este real ou ideal, existente ou não, nas declarações jurídicas não é qualquer objeto que serve como suporte para a manifestação de um conteúdo.

Destarte, a afirmação de que num conteúdo há implicitamente referência a um objeto não pode ser extrapolada para o Direito, pois há objetos que não servem de sustentáculo à emanção de uma declaração jurídica, e a análise da existência ou viabilidade jurídica do objeto refere-se ao plano da existência ou perfeição do ato e não, exclusivamente, como pretendem alguns, ao plano de sua validade.

Portanto, não há dizer que o objeto é condição de validade do ato. Ele é condição de existência do ato, pois sua ausência, ou a existência de um objeto impossível de ser albergado pelo ordenamento jurídico, não torna o ato inválido, mas, ao menos em nosso entender, o faz material ou juridicamente impossível, conforme o caso."

Finalmente, conclui a conceituada autora, que forma e conteúdo são elementos que tornam possível, juntamente com o objeto, a existência do ato administrativo. A perfeição será, então, nesse passo, a junção dos elementos do ato - conteúdo e forma -, com seu pressuposto de existência - o objeto.

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles,¹⁵ publicidade é a divulgação do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Esta é a razão porque as leis, atos e contratos

¹⁵ *Ob. cit.*, p. 87.

administrativos, que produzem efeitos jurídicos além dos órgãos dos quais se originam, devem ser publicados para que tenham validade perante as partes e terceiros.

É importante deixar assente que a publicidade não é elemento formativo do ato, mas requisito de eficácia e moralidade. Daí porque os atos irregulares não são convalidados com a publicação, nem, tampouco, os atos regulares adquirem exeqüibilidade sem publicação, se esta for exigida pela lei ou regulamento.

Todo ato administrativo deve, em princípio, ser publicado, posto que é ato emanado da Administração Pública. Somente sendo admitido o sigilo em situações excepcionais, tais como segurança nacional, investigações policiais, ou processos de interesse superior da Administração.

Para Weida Zancaner¹⁶ um ato reputa-se existente após sua publicação ou comunicação, conforme o caso. Adverte, ainda, esta autora, que não se deve confundir forma e formalidade, pois a formalidade refere-se ao plano de validade, enquanto que a forma, ao da perfeição.

Exemplificando, esclarece que se um ato, que deva ser publicado por três dias no Diário Oficial, o é apenas uma vez, não pode ser considerado inexistente, mas inválido, por apresentar um vício de formalidade. Isto se dá porque, com a publicação, o ato cumpriu a exigência mínima para ter existência jurídica.

Acolhendo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, Weida Zancaner¹⁷ nos diz que "o critério para a verificação da existência jurídica de um ato, isto é, o momento da revelação de seu conteúdo, só pode ser obtido através do critério da publicidade, sob suas formas de publicação e comunicação, salvo se a ordem jurídica

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 34.

¹⁷ *Ob. cit.*, p. 35.

houver estabelecido diversamente.”

Deve-se deixar claro, outrossim, que imperfeição e invalidade não são sinônimos, pois enquanto o ato inválido é uma norma jurídica, o ato imperfeito é um fato jurídico.

Os atos inválidos, em virtude de não se coadunarem com o sistema jurídico-positivo, devem ser suprimidos ou, quando possível, convalidados pela autoridade administrativa competente, ou sanados por ato do particular afetado ou em razão do decurso do tempo. Já os atos imperfeitos, em virtude de não serem atos, mas fatos jurídicos, jamais poderão ser convalidados ou sanados.

V. Da Invalidação e da Convalidação

Segundo magistério de Weida Zancaner¹⁸, a invalidação é a eliminação, com eficácia *ex tunc*, de um ato administrativo ou da relação por ele gerada ou de ambos, por haverem sido produzidos em dissonância com a ordem jurídica. No nosso ordenamento jurídico, tanto o Poder Judiciário, quanto a Administração Pública podem invalidar atos.

O Poder Judiciário invalidará os atos eivados de vícios, de ofício, ou no curso de uma lide, quando provocado. A Administração Pública, por sua vez, tem o dever de invalidar seus próprios atos, quando eivados de vícios. Poderá, ainda, fazê-lo, quando provocada.

Pensamos, como Weida Zancaner, que a invalidação de um ato administrativo não é opção discricionária da Administração, face a inexistência de norma jurídica concedendo a ela a possibilidade de agir com discricção.

Ora, a discricionariiedade está presente nos casos em que a

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 45.

lei define apenas algumas das condições necessárias ao exercício do poder, conferindo à Administração Pública uma certa margem de liberdade, para que esta possa decidir, quando da aplicação da lei, em decorrência de acontecimentos específicos, o que é mais adequado ao interesse público.

Este poder discricionário não é limitado, pois deve estar harmonizado com o fim e a finalidade em razão dos quais este poder foi concedido.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que, geralmente, o exame das circunstâncias de fato, os princípios de Direito, o critério da razoabilidade e a interpretação estreitam o caminho a ser trilhado pelo administrador público, de tal sorte que este se vê frente à possibilidade de uma única escolha, e não mais frente a um leque de possibilidades.

De tudo o que foi exposto acerca da ausência de discricionariedade administrativa frente a atos inválidos, podemos ser levados a entender que a invalidação dos atos eivados de vícios é sempre obrigatória. Porém, esta não parece ser a interpretação mais acertada. Explicamos.

Inicialmente, podemos pensar que o princípio da legalidade obrigaria a Administração a invalidar seus atos eivados de vícios, a fim de restabelecer a ordem jurídica ferida com a edição do ato viciado. No entanto, esta suposição não é correta, pois a ordem jurídica pode ser restabelecida, não apenas pela supressão de um ato viciado, mas também pela correção de seu vício.

Ora, o princípio da legalidade quando prescreve que a ordem jurídica deve ser restaurada, não diz que isto deve ser feito através da extinção do ato inválido. Portanto, a ordem jurídica ferida pelos atos inválidos pode ser restabelecida através da invalidação e da convalidação.

Neste passo, oportuno é o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre convalidação, citado por Weida Zancaner: "é

o suprimento da invalidade com efeitos retroativos.”¹⁹

Convém esclarecer, ademais, que a convalidação não é mera repetição do ato inválido com correção do vício. Ela difere dos demais atos administrativos por produzir efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos. Por esta razão, um ato ilegal só será passível de ser convalidado quando puder ser repetido sem vícios, bem como quando existir a possibilidade deste ato retroagir.

Conforme ensina Weida Zancaner²⁰, só existe uma hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários. É o caso do ato discricionário praticado por autoridade incompetente. Neste caso, e somente nele, a Administração pode, segundo um juízo subjetivo, decidir se convalida ou invalida o ato eivado de vício.

Portanto, fora a hipótese acima citada, em todos os demais casos, a Administração estará sempre frente ao dever de convalidar ou invalidar, pois não haverá discricção. Haverá, no entanto, casos em que, sendo hipótese de convalidação impossível, a Administração Pública se veja impedida de invalidar o ato viciado, por se deparar com as chamadas “barreiras” à invalidação. Outros casos, haverá, ainda, em que a convalidação, apesar de possível, será obstada pelas chamadas “barreiras” ou limites à convalidação.

5.1 O fundamento do dever de convalidar

O ato que não comporta convalidação deve ser sempre invalidado. Por outro lado, a Administração tem o dever de convalidar o ato viciado sempre que possível.

O fundamento do dever de invalidar pode ser encontrado no princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública está

¹⁹ Ob. cit., p. 56.

²⁰ Ob. cit., p. 57.

obrigada a restaurar a legalidade violada. Assim, não sendo possível a convalidação do ato, só restará à Administração o dever de invalidar.

Por outro lado, invocando o mesmo princípio da legalidade, a Administração estará obrigada a restaurar a ordem jurídica, através da convalidação, sempre que o ato jurídica comportá-la.

De fato, a convalidação, além de encontrar guardada no princípio da legalidade, encontra-se justificada num outro princípio, não menos importante, o princípio da segurança jurídica, que tem por desiderato a preservação das relações constituídas.

Assim é que, sempre que for possível a convalidação dos atos viciados, a Administração não poderá eximir-se de fazê-lo, pois não estará diante de hipótese de poder discricionário. Ora, se existe para a Administração Pública o dever de agir de acordo com a lei, não lhe caberá a decisão de convalidar ou não o ato viciado, se o mesmo for passível de convalidação.

Neste contexto, vale-mo-nos, ainda, do princípio da economicidade para dizer que a Administração deverá, sempre que possível, aproveitar os atos passíveis de serem convalidados. Agindo assim, serão evitados desperdícios para os cofres públicos, pois para a expedição de seus atos a Administração é obrigada a realizar diversos gastos, tais como: material de expediente, publicação etc.

De tudo o que foi exposto, podemos verificar que é mais consentâneo com o interesse público corrigir atos passíveis de serem convalidados do que desconstituí-los.

5.2 Limites à convalidação e à invalidação

Como dito antes, haverá situações em que, apesar de possível a convalidação, a Administração estará impedida de convalidar o ato elivado de vício. São elas: a impugnação do interessado, o decurso do tempo, e a boa-fé.

Portanto, a Administração estará impedida de convalidar o ato eivado de vício, mas passível de convalidação, quando este for impugnado pelo interessado. Isso se justifica porque, se fosse possível a convalidação de um ato viciado, após impugnação do interessado, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção de seus defeitos dependeria da vontade da Administração e não do dever de obediência à lei.

Ademais, por força do princípio da segurança jurídica, estará a Administração impedida de invalidar o ato viciado, se decorrido certo lapso de tempo. É o que ocorre com a prescrição, que gera a estabilidade do ato, impedindo a sua invalidação.

O princípio da boa-fé, por outro lado, tem larga importância no Direito Administrativo, em decorrência da presunção de legitimidade dos atos administrativos, posto que esta presunção só é abatida quando esses atos são contestados. Ademais, é preciso sopesar as conseqüências jurídicas advindas dos atos inválidos, pois, juntamente com o princípio da segurança jurídica, a boa-fé pode gerar uma barreira ao dever de invalidar, uma vez que a invalidação do ato eivado de vício poderá causar ainda maiores agravos ao Direito.

Assim é que dizemos que nem sempre será preciso a conjugação do prazo prescricional para que seja declarada a estabilidade de uma certa situação, quando existirem outros fatores capazes de justificá-la. O princípio da segurança jurídica, aliado ao princípio da boa-fé, pode impedir a invalidação do ato viciado.

Desse modo, os limites ao dever de invalidar podem resultar do simples decurso do tempo (prescrição), ou da cumulação dos seguintes fatores: transcurso de um certo lapso de tempo (inferior ao prazo prescricional); existência de uma regra ou princípio de Direito que lhe justificasse se houvesse sido realizada validamente; e boa-fé por parte do beneficiário.

Nesse passo, portanto, é forçoso reconhecer que não assiste à Administração um poder de invalidar os atos viciados, pois esta,

ora tem o dever de convalidar ora o de invalidar os atos viciados. Ambos esses deveres apresentam limites, os quais, quando presentes, impedem a convalidação ou invalidação dos atos viciados.

VI. Atos Convalidáveis e Atos Inconvalidáveis

São passíveis de convalidação os atos portadores de vícios de competência; formalidade; e procedimento.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹ define competência como "o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgão e agentes, fixadas pelo direito positivo."

Partindo deste conceito, podemos dizer que um ato apresenta vício de competência quando foi emanado de agente incompetente.

Convém frisar que, para o Direito Administrativo, é irrelevante distinguir entre a incompetência absoluta e a relativa, conforme classificação estabelecida pelo Código Civil Brasileiro. Sendo a convalidação um dever, é importante assentar que, nos casos de vício de competência, esta obrigação só será imposta quando se tratar de ato emanado em virtude de atividade vinculada.

Conforme explica Weida Zancaner, "há vinculação quando a lei estabelece o modo de agir, o caminho a ser percorrido e o fim a ser atingido, particularizando a conduta administrativa; ou quando, apesar da discricionariedade em abstrato (na norma), os fatos impõem um único ato como correto; esta, então, se vincula à determinação legal, não podendo o administrador opinar sobre conveniência ou oportunidade, pois a norma legal prestabeleceu o modo, a conduta a seguir, não deixando margem à discricção. (...) Portanto, em se tratando de atos vinculados, o dever de convalidação se impõe, não havendo qualquer diferença se o agente produtor do ato é absoluta ou relativamente incompetente, pois a questão da vontade não se põe nesses casos, já que esta se encontra determinada pela dicção legal."

²¹ *Ob. cit.*, p. 188.

A contrário senso, em se tratando de ato discricionário a obrigação de convalidar não se impõe, pois o que impulsiona a aplicação da norma é, exatamente, o juízo subjetivo do administrador, e, portanto, este não está obrigado a aceitar o juízo subjetivo formulado pelo agente incompetente, que exarou o ato inquinado de vício.

Por outro lado, é de bom alvitre deixar claro que não existe óbice a que o agente competente convalide o ato exarado pelo agente incompetente, porém, isto vai depender de seu livre convencimento, pois neste caso a convalidação não é dever, mas mera faculdade.

No que tange aos vícios de formalidade, temos a dizer que os mesmos estão relacionados à forma específica exigida por lei para a validade de um determinado ato. Prescrevendo a lei uma determinada forma para um ato administrativo, tendo sido ele realizado de forma diversa, é dever da Administração a sua convalidação.

Definidos os atos passíveis de convalidação, vejamos, então, os atos que não podem ser convalidados por ato da Administração ou sanados por ato do particular afetado.

São, portanto, inconvalidáveis, por não poderem ser reproduzidos validamente, na atualidade, os atos que apresentam os seguintes vícios:

- a) de motivo;
- b) de conteúdo;
- c) de procedimento, quando a produção do ato faltante ou irregular desvirtuar a finalidade em razão da qual foi o procedimento instaurado;
- d) de causa;
- e) de finalidade.

a) Motivo

Segundo definição de Hely Lopes Meirelles²², "motivo ou

²² *Ob. cit.*, p. 145.

causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo”.

O conceito acima leva-nos a concluir que um ato só pode ser exarado quando existir um suporte de direito ou de fato determinando ou autorizando a sua realização.

O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.

Em ambos os casos, quer seja discricionário ou vinculado, o motivo deverá sempre preceder à realização do ato. A sua ausência impossibilita a convalidação do ato, pois não é possível fazê-lo retroagir a data da expedição do ato viciado, uma vez que o suporte fático continuaria inexistente.

b) Conteúdo

O vício de conteúdo do ato administrativo, tanto pode estar relacionado ao seu objeto, no caso de se tratar de objeto ilícito ou impossível, quanto pode se referir à própria enunciação da modificação pretendida pelo ato, quando se tratar de atos em que a modificação pretendia pela ordem jurídica for defeituosa. Seja qual for a espécie de vício de conteúdo, o ato não pode ser reproduzido validamente, pois sempre que se pretender reproduzi-lo o erro se repetirá.

c) Procedimento

Conforme já foi dito anteriormente, os vícios de procedimento podem ser convalidados, desde que não desvirtuem a finalidade do próprio procedimento. Assim, em sentido contrário, será vedado convalidar qualquer ato, no decorrer ou após o procedimento, se da convalidação resultar desvirtuamento da finalidade, em razão da qual o procedimento foi instaurado.

A título de exemplo, podemos citar um vício na fase de convocação de um procedimento licitatório. Não tendo sido obedecido o prazo mínimo de publicação do edital de licitação, é impossível a convalidação do ato viciado, pois a finalidade em razão da qual foi instaurado o procedimento foi desvirtuada.

d) Causa

“No que concerne ao vício da causa, este também é inconvaleável, já que, sendo a causa a relação de adequação lógica entre o pressuposto de fato e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade, o vício em tela constitui um descompasso objetivo entre um elemento e dois pressupostos do ato, descompasso que se verificará todas as vezes que o mesmo ato for re praticado”.²³

É de fundamental importância a adequação lógica entre o pressuposto de fato e o conteúdo do ato, mormente nos atos exarados com o uso da faculdade discricionária, pois é através da causa que se poderá contrastar a validade do ato, quando a lei autorizar ao administrador a escolha do motivo que irá fundamentar a edição do ato discricionário.

e) Finalidade

A finalidade é o objetivo de interesse público pretendido pelo ato. Assim, um ato cuja finalidade está desvirtuada é um ato contrário ao fim em razão do qual o mesmo foi editado.

Dá-se o desvio de finalidade quando o agente se utiliza de um ato para satisfazer finalidade diversa da inerente à sua categoria. Este descompasso objetivo gerado na finalidade torna o ato inconvaleável.

Merece frisar que os atos inconvaleáveis ou insanáveis por

²³ *Weida Zanconer. Ob. cit., p. 75*

ato do particular estão sujeitos à prescrição *longi temporis* e, portanto, sanáveis apenas pelo decurso do tempo.

VII. Conclusões

1. Não obstante o nosso sistema jurídico-positivo exija a fiel subsunção da ação administrativa à lei, ela não representa um fim em si mesma, constituindo meio para que ela possa atingir o seu objetivo maior: a realização do interesse público.
2. Os elementos do ato administrativo são conteúdo e forma, e se encontram separados de seus pressupostos de validade, pois o conceito de perfeição e de validade do ato administrativo não são equivalentes.
3. Somente com a publicação o ato administrativo adquire existência no mundo jurídico.
4. Um ato administrativo será válido quando criado de acordo com os preceitos estabelecidos pelo sistema jurídico a que está inserido, e eficaz quando inexistir impedimento à manifestação de seus efeitos jurídicos.
5. A ordem jurídica violada pela edição de atos inválidos pode ser recomposta através da convalidação ou da invalidação.
6. Invalidação é a supressão, com eficácia retroativa, de um ato administrativo e/ou da relação por ele gerada, por contrariarem a ordem jurídica.
7. Convalidação é o ato realizado pela Administração Pública com o fito de suprimir os defeitos de um ato exarado com vício e resguardar os efeitos por ele produzidos.
8. A Administração está obrigada a convalidar os atos passíveis de convalidação e a invalidar os atos impossíveis de serem corrigidos, pois o nosso sistema jurídico-positivo não confere à Administração Pública a possibilidade de opção discricionária no que tange à teoria da invalidação. Excetuam-se desta regra os atos discricionários exarados com vício de competência.

9. O dever de invalidar é decorrente do princípio da legalidade, em virtude de ser esta a única maneira de restabelecer a ordem jurídica violada, já que o ato não comporta convalidação.
10. A convalidação é obrigatória sempre que o ato comportá-la, posto que o princípio da legalidade, em sua acepção finalística, exige respeito ao princípio da segurança jurídica.
11. As barreiras à invalidação e à convalidação impedem o cumprimento do dever de invalidar e convalidar pela Administração Pública.

VIII. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
2. Coelho Motta, Carlos Pinto. Curso prático de direito administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
3. Dallari, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. Ed. Juriscredi, s/d.
4. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
5. Gasparini, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo. Saraiva, 1995.
6. Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
7. Zancaner, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PRÍNCIPIOS BASILARES DA LICITAÇÃO

Glícia Pereira Braga e Silva
Procuradora do Estado

Estabelece a Constituição Federal que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos *princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (art. 37). A obrigatoriedade da licitação prévia também é por ela determinada, quando dispõe que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade nas condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

Assim, a Administração, ao contratar com terceiros deve, prioritariamente, valer-se do procedimento licitatório adequado, assegurando, ao teor da lei, igualdade de condições a todos os interessados, devendo o administrador observar os princípios básicos que regem a Administração Pública.

A regra para que o Poder Público possa satisfazer suas necessidades é, portanto, a realização da licitação precedente à contratação. O afastamento desta regra, e aqui estão os casos de licitação dispensada, dispensável ou inexigível, deve ser visto pela Administração como exceção, os quais somente são possíveis quando presentes todos os pressupostos legais de admissibilidade.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ao regulamentar o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, estabeleceu as normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados,

do Distrito Federal e dos Municípios, assegurando, desta forma, a obrigatoriedade da licitação a todas as unidades federativas e respectivos poderes.

Para fins de definir a licitação, valho-me do ensinamento do saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles para quem licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com a Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório e o contrato administrativo¹.

Sendo procedimento de seleção, a licitação permite que o Poder Público consiga a proposta que lhe seja mais vantajosa, oportunizando igualdade de competição entre os possíveis interessados, o que assegura as melhores condições para a Administração Pública na seleção da melhor proposta, aqui entendida como a mais vantajosa e não simplesmente de menor preço.

Encontramos a finalidade da licitação na própria Lei nº 8.666/93, art. 3., ao afirmar que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

¹ *Licitações e Contrato Administrativo*, 12ª edição, Editora Malheiros, p. 23.

Considerando ser o cerne desta pequena reflexão, busco, primeiramente, na Constituição Federal, na redação do caput do art. 37, os principais princípios do procedimento licitatório.

De forma secundária, encontro, posteriormente, na própria Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, os demais princípios inerentes ao procedimento licitatório, quando, ao definir a finalidade do procedimento licitatório, diz que este destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa e será processado e julgado em estrita conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Por fim, abordarei os princípios expressos com a mais recente modalidade licitatória denominada pregão.

À licitação, portanto, aplicam-se, além dos princípios constitucionais incidentes sobre todos os procedimentos administrativos, do art. 37 da CF/88, aqueles expressamente fixados na lei disciplinadora do instituto da licitação e do pregão. Detalho, abaixo, cada um desses princípios:

a) LEGALIDADE

Não é de hoje que a Administração Pública, por orientação do princípio da legalidade, está vinculada a fazer o que a lei determina. Conhecida e famosa é a seguinte frase do mestre Hely Lopes Meirelles: enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

*Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro*² segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite; no âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da

² *Direito Administrativo, Atlas, 12.ª edição, p. 68.*

autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

As atividades administrativas exercidas pelos agentes públicos não devem e não podem contrariar as leis, uma vez que o fundamento de toda e qualquer ação administrativa pressupõe a sua autorização, pois no direito público somente é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.

b) VINCULAÇÃO AO EDITAL

À Administração Pública é dada total liberdade de escolher o momento contratar, de definir o seu objeto, de estabelecer as condições da contratação e a forma de pagamento, etc. Exercida esta liberdade, extingue-se sua discricionariedade, e a observação dos preceitos legais e das normas contidas no edital de convocação passa a ser obrigatória. Aqui, então, o caráter vinculante do edital em relação aos interessados, os quais passam a ter obrigatoriedade de respeitar e observar todas as orientações contidas no instrumento convocatório.

Diz Marçal Justen Filho que a lei ressalva a liberdade para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Mas, simultaneamente, estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos. Reservou-se à Administração a liberdade da escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento, etc. A liberdade de escolha da Administração se efetiva em um momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez exercida essa liberdade, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação (obra já citada, pág. 65).

Hely Lopes Meirelles³, por sua vez, afirma que a vinculação

³ *Direito Administrativo Brasileiro*, 26.ª edição, Editora Malheiros, pág. 259

ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o edital. O edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41).

c) ISONOMIA

Por este princípio fica garantida a inexistência no edital, de cláusulas ou condições, que favoreçam uns frente a outros. Não pode haver licitação com discriminações entre participantes, seja através de favorecimento de determinados proponentes, seja afastando outros do certame licitatório.

A Administração Pública, quando da realização da licitação, está vinculada a prescrições legais que regem os seus atos e fases. É claro que, mesmo mediante esta vinculação, a Administração pode, e assim o faz, adequar o procedimento licitatório às peculiaridades de seus órgãos. Tais adequações, logicamente, não podem se afastar das prescrições legais gerais, sob pena de invalidação. Emerge, aqui, a regra do artigo 4º da Lei nº 8.666/93, no sentido de que os licitantes têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento.

Para Hely Lopes Meirelles a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º) (Obra já citada, pág. 258).

d) IMPESSOALIDADE

Considerando que a atividade administrativa tem por objetivo imediato a satisfação das necessidades coletivas, e sendo o

administrador público gestor destes objetivos públicos, deve o edital ser elaborado de forma que o interesse público seja satisfeito. Este princípio exige que a Administração trate os administrados e os licitantes sem perseguições e sem favorecimentos, como consequência do princípio da igualdade.

É a garantia de que o edital será elaborado de forma que o interesse público prevaleça e seja satisfeito, proibindo-se, de imediato, quaisquer condições que possam favorecer interesses individuais.

Marçal Justen Filho entende que a impessoalidade é emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados. Ao menos, os caracteres pessoais devem refletir diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Exclui o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a que a decisão independe da identidade do julgador (obra já citada, pág. 70).

e) MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA

No entender de Marçal Justen Filho⁴, a moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem se explicados de modo exaustivo. Eles são aplicáveis tanto à conduta do administrador público quanto à do próprio licitante.

Pelo princípio da probidade administrativa impõe-se ao administrador o cumprimento dos deveres inerentes à boa administração, devendo a satisfação dos interesses públicos ser a mola de propulsão de sua atuação, com o que todos os seus atos devem ser praticados visando esse único e exclusivo objetivo.

⁴ *Obra já citada, p. 71.*

Já pelo princípio da moralidade, a Administração Pública, quando na gestão dos interesses coletivos, deve ter suas atividades subordinadas à ética, à probidade e à honestidade. Esta é a razão porque Marçal Justen Filho diz que os princípios da moralidade e da probidade são de conteúdo inespecífico, pois que são aplicáveis tanto ao administrador público quanto ao licitante.

e) PUBLICIDADE

Objetiva-se com este princípio a demonstração da transparência na atuação da Administração Pública, divulgando, ao mesmo tempo, os atos administrativos praticados, permitindo sua fiscalização por parte do particular.

Visa, ainda, a garantir a qualquer interessado a possibilidade de participação e de fiscalização dos atos da licitação, devendo o Poder Público agir com a maior transparência possível. Tratando-se de procedimento licitatório, este princípio assume importância maior decorrente já que permite o acesso dos interessados ao procedimento e a verificação da regularidade dos atos praticados.

Hely Lopes Meirelles⁵ nos diz que a publicidade dos atos da licitação é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionados. É em razão desse princípio que se impõem a abertura dos envelopes dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente (art. 3º, §3º e 43, §1º).

f) EFICÁCIA:

Seu surgimento efetivo na órbita jurídica deu-se com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998,

⁵ *Obra já citada, pág. 258.*

oriundo da chamada Reforma Administrativa, responsável por profundas modificações jurídico-positiva na Administração Pública brasileira.

Entretanto, esta característica de novidade desaparece quando ampliamos nossos horizontes, indo buscar a finalidade do ato público, qual seja o atendimento e resguardo do interesse público.

Esta eficiência deve ser entendida sob dois aspectos: o modo de atuação do agente público, no desempenho fiel de suas atribuições e o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público com os menores gastos.

g) PROCEDIMENTO FORMAL

Através deste princípio, garante-se que o procedimento licitatório será realizado em consonância com as prescrições legais que o regem em todos os seus atos e fases.

Objetivando maior transparência no procedimento licitatório, a Lei nº 8.666/93 permite a qualquer cidadão acompanhar seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização do trabalho, estabelecendo, ainda, que todos quanto participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento nela estabelecido, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (art. 4º).

j) JULGAMENTO OBJETIVO

É a garantia de que a comissão de licitação, quando do julgamento das propostas, levará em consideração os critérios objetivos indicados no edital.

Hely Lopes Meirelles ensina que o julgamento objetivo é o

que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apóie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou no convite. Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (art. 44 e 45) (*Obra já citada, pág. 259*).

1) SELEÇÃO DA MELHOR PROPOSTA

Garante-se, por intermédio deste princípio, que a Administração ficará adstrita à melhor proposta apresentada pelos interessados. Lembro, por entender pertinente, que melhor proposta não significa apenas menor preço, mas menor preço e melhores condições.

Para Marçal Justen Filho, a licitação busca selecionar o contratante que apresente as melhores condições para atender os reclamos do interesse público, tendo em vista todas as circunstâncias previsíveis (preço, capacitação técnica, qualidade, etc.) (obra já citada, pág. 62).

PRINCÍPIOS INERENTES À MODALIDADE LICITATÓRIA DENOMINADA PREGÃO:

A modalidade denominada pregão, hoje, regulamentada a nível federal pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e no Estado do Amazonas pelo Decreto nº 21.178, de 27 de setembro de 2000, que, em seu artigo 4º, determinou a aplicação do pregão como nova modalidade de licitação, trazendo, também, os princípios que o norteiam.

Com esta nova modalidade, surgiu, de forma expressa, a previsão dos princípios da celeridade, razoabilidade, proporcionalidade,

competitividade, menor e justo preço, seletividade e comparação objetiva da proposta.

a) CELERIDADE:

Como peculiaridade desta nova modalidade, encontramos a celeridade proporcionada tanto à Administração Pública quanto ao particular, tendo em vista tratar-se de procedimento mais rápido.

Para fins de comprovar esta celeridade, não posso deixar de citar a chamada inversão das fases de julgamento das propostas e de habilitação e o prazo menor de publicação do aviso de licitação que não poderá ser inferior a oito dias úteis, independente do valor estimado para a futura aquisição ou contrato.

Assim, os atos devem ser praticados em menor espaço de tempo, a fim de que a contratação seja logo efetivada, objetivando rapidez e agilidade no certame licitatório.

b) FINALIDADE

Como em todo procedimento licitatório, busca-se uma contratação fundamentada no menor preço e melhor qualidade. Esta é a sua finalidade.

c) RAZOABILIDADE

Assinala Adilson Abreu Dallari que (...) a razoabilidade é realmente fundamental em toda atuação administrativa e especialmente na licitação. Por exemplo: para nós não é razoável excluir um licitante em virtude de falhas meramente formais e perfeitamente sanáveis, como uma autenticação ou um reconhecimento de firma.*

Aqui encontramos outra peculiaridade desta modalidade: o

* *Obra já citada, p. 39.*

pregoeiro tem a possibilidade de negociação direta, com os licitantes, das propostas por eles apresentadas. Ao exercer esta faculdade legal, deve o servidor atentar para a razoabilidade como forma de analisar as conseqüências da possibilidade de alteração dos preços inicialmente ofertados pelo oferecimento de lances verbais.

d) PROPORCIONALIDADE

Por este princípio, busca-se a orientação e controle da aplicação do Direito no resguardo da supremacia dos valores e princípios fundamentais. As medidas adotadas pelo administrador público devem ser necessárias e, porque não dizer, coerentes para o alcance do fim público.

e) COMPETITIVIDADE

Não posso deixar de dizer que esta competitividade também é inerente às demais modalidades de licitação. A licitação é regra todas as vezes que o mercado oferecer possibilidade de competição, na busca de uma proposta mais vantajosa.

Logicamente que no pregão este princípio possibilita a negociação pública, através dos lances verbais de preços, facilitando, mais efetivamente, a obtenção da proposta mais vantajosa.

f) JUSTO E MENOR PREÇO

Na maioria das vezes, a Administração Pública busca a contratação pelo menor preço. O princípio da economicidade se traduz na obtenção da melhor proposta versus o dever de eficiência. Entende-se por justo preço aquele praticado no mercado. Assim, sob pena de se afastar dos princípios básicos, o administrador não pode contratar e pagar preços exorbitantes e excessivos, fora da realidade de mercado.

g) SELETIVIDADE E COMPARAÇÃO OBJETIVA DAS PROPOSTAS

Como já tive a oportunidade de dizer, a licitação, como forma de seleção, deve buscar a proposta que melhor atenda às necessidades da Administração Pública, nascendo, aqui, a comparação objetiva das propostas e a obrigatoriedade do julgamento objetivo.

Quanto às propostas apresentadas pelos interessados, dois são seus aspectos importantes. Primeiramente, verificar-se-á se a proposta apresentada encontra-se em conformidade com edital, sob o perfeito atendimento às especificações do objeto, forma de execução, forma de composição dos preços, prazo de validade e de todas as demais exigências editalícias. Num segundo momento, e aqui especialmente, está a comparação objetiva, o pregoeiro analisará os preços, fazendo uma pré-qualificação das propostas para identificar a de menor preço e as que se encontram num intervalo de até 10% superior ao menor valor cotado.

Tratados, de forma sucinta, os princípios basilares da licitação.

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DE CONTRATOS NULOS

HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora do Estado
Especialista em Direito Civil

O tema aqui versado é de suma importância para a Administração Pública, posto que, a par de ser muito comum no dia-a-dia do serviço público, diz respeito a situação diante da qual, na maioria das vezes, o Administrador não sabe como agir – que é o contrato nulo. Importa considerar, em primeiro lugar, o que pode gerar problemas dessa ordem, ou seja, o que levaria o gestor público a contratar sem observância às disposições da Lei nº 8.666/93, que norteiam as licitações e contratações públicas.

Colhe-se do conhecimento prático que, por vezes, sem sombra de dúvidas, há desídia do servidor encarregado para gerir os contratos administrativos do órgão. Situações outras surgem do despreparo técnico daqueles que conduzem essa tarefa, ocasionada talvez por rodízios excessivos de servidores na função. Não raro, ainda, a burocracia administrativa provoca incidentes de tal magnitude, que conduzem ao retardamento das providências necessárias à perfeita concretização dos ajustes.

Assim, é habitual a contratação verbal, por exemplo, de determinados serviços, dada sua importância para o funcionamento da equipe estatal, sem obediência à instauração de procedimento licitatório (art. 2º da Lei nº 8.666/93 e art. 37, XXI da Constituição Federal) ou sem observância de outras formalidades legais

imprescindíveis. Ou ainda, feitura de termo aditivo de prorrogação fora da vigência do termo contratual originário, assim como contratações sem a correspondente previsão orçamentária (art. 7º parágrafo 2º, III da Lei nº 8.666/93 c/c art. 60 da Lei nº 4.320/64 e art. 16, parágrafo 4º, I, da Lei Complementar nº 101/00). Diante de situações como essas o Administrador Público se vê em apuros. A Lei de Licitações traz expressa proibição aos contratos na forma verbal, conforme dicção do art. 60, parágrafo único, ao dispor que: "É nulo e sem nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 10 % (dez por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento." Vê-se, portanto, que, a despeito da existência de consentimento tácito do contratado, esse tipo de contrato é nulo. O problema exsurge a partir da necessidade de pagamento da contratada pelos serviços prestados, a fim de se evitar o locupletamento do Estado, que é vedado e afronta os princípios gerais de Direito.

Mas a nulidade não decorrerá somente de um contrato verbal, poderá advir, ainda, de vício de forma ou mesmo de ausência de licitação precedente à formalização do contrato administrativo – art. 37, inciso XXI da CF - ou de quaisquer outros procedimentos impostos por lei, como antes referido.

Convém reconhecer que a contratação realizada nesses moldes, embora infringindo os normativos que regem a matéria, gerou uma relação jurídica.

Ao tratar do contrato nulo, a Lei de Licitações dispensou tratamento cuidadoso em seu art. 59, parágrafo único, de modo a evitar o enriquecimento sem causa do Estado, à vista do prejuízo que sofreria o particular diante do inadimplemento por parte da Administração. Di-lo o susomencionado dispositivo: "A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."

Essa disposição legal prestigia os princípios da Teoria Geral do Direito, os quais vedam o enriquecimento sem causa, isto é, proíbe que alguém enriqueça às custas da miséria de outro sem motivo. Apesar de não existir em nosso ordenamento jurídico positivo expressa vedação ao locupletamento, em diversas passagens o Código Civil Brasileiro deixa claro que abraçou a proibição ao enriquecimento sem causa, a exemplo do que se contém no art. 964, que obriga a quem recebeu o que não lhe era devido a restituir, e no art. 1.059, que trata das obrigações pecuniárias em sub-rogação.

O locupletamento pressupõe o enriquecimento de alguém, o empobrecimento de outrem, sem existir um motivo justo que o justifique. Exemplo prático ocorre diante de situação em que a Administração firma contrato ilegal, sabendo-o, e não efetua os pagamentos pelos serviços prestados ao contratado, dando como motivo de seu inadimplemento a nulidade do ajuste. O Direito não poderia albergar esse tipo de proposição, posto que totalmente contrária aos princípios de Direito. Admitir-se ao contrário significa dar guarida ao enriquecimento ilícito.

Em sede do Direito Administrativo, em consonância com os dispositivos da Lei, há farta doutrina no sentido de que não há cogitar-se de enriquecimento sem causa por parte do Poder Público. Assente com esse entendimento trazemos à colação as lições de Jessé Torres¹:

“(…) Segue-se que o dano resultará reparado com o ressarcimento do que o contratado houvesse despendido na execução até então realizada.”

No mesmo sentido se posiciona Lúcia Valle de Figueiredo², ao discorrer que mesmo o contrato extinto de maneira anormal,

¹ JUNIOR PEREIRA, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, p.609. 5ª edição. São Paulo: Ed. Renovar, 2002.

² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p.513. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

resultante de vícios insanáveis, por exemplo, ao deixar de ser norma, passa a constituir-se um fato jurídico a gerar responsabilidade administrativa:

" (...) Deveras, deixando o contrato de ser norma, transfigurando-se, destarte, em fato jurídico, desencadeia outras normas do ordenamento jurídico, que poderão ir em socorro do contratado, dependendo, evidentemente, de sua boa ou má-fé.

A responsabilidade da Administração mesmo na presença de fato administrativo ocorre. É irrelevante que a conduta administrativa gravosa seja configurada por uma norma ou por um fato.

De conseguinte, não se estará mais, nessa hipótese, diante de responsabilidade contratual, e sim extracontratual (art. 37, parágrafo 6º da CF)."

Caminho idêntico trilha Marçal Justen Filho em seus comentários ao art. 59 da Lei de Licitações, nesses termos:

" (...) A questão se torna mais complexa se o terceiro tiver executado, total ou parcialmente, as prestações que o contrato (nulo) lhe impunha. A Administração Pública tem de arcar com as conseqüências dos atos praticados por seus agentes. Em caso de ato lesivo ao particular, a Administração está obrigada a indenizar, do modo mais amplo e completo, as perdas e danos daquele derivadas. Nem se pode cogitar de enriquecimento sem causa da Administração Pública. Se a Administração recebesse a prestação executada pelo particular e se recusasse a cumprir o contrato por invocar sua nulidade, haveria seu locupletamento indevido."³

Pacífica, portanto, a responsabilidade do Poder Público de ressarcir os danos causados em face de um termo contratual inquinado de nulidade. Como demonstrado, a responsabilidade da Administração,

³ FILHO JUSTEN, MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. p. 534. 8ª edição. São Paulo: Dialética. 2001.

nesses casos, não é contratual, mas extracontratual. Resta-nos, assim, determinar qual o quantum para pagamento, ou melhor, quais os valores envolvidos diante de um contrato executado, porém considerado nulo.

A questão é complexa, porquanto a praxe administrativa é o pagamento total do valor global, como se válido fosse o contrato, sem considerar-se que a natureza do referido pagamento é a de recompor apenas os custos com a execução do contrato, acrescidos dos encargos legais, se for o caso, e não de remuneração. O pagamento previsto no art. 59 não confere direito ao particular, em princípio, aos lucros cessantes, mas tão-somente aos danos emergentes.

Sobrelevo que a doutrina tem sido um tanto rarefeita diante de tão intrincada matéria. Contudo, alguns autores já se dedicaram ao debate da questão. Mais uma vez, colho nas lições do Prof. Jessé Torres, argumentos para justificar o posicionamento acima externado:

“[...]” Frise-se que o parágrafo alude a “dever de indenizar” e, não, a dever de remunerar. Entenda-se por indenizar o pagamento tão-só do custo do que foi executado pelo contratado, excluída a parcela remuneratória que compõe o preço avençado. A satisfação do custo da prestação afasta o enriquecimento ilícito da Administração; a exclusão do valor remuneratório acompanha o caráter de sanção inerente à nulidade.

Ordinariamente, haverá presunção de concorrência de culpas na geração do vício apenado com nulidade, já que, em matéria de contrato, o encontro de vontades inclui o dever, para ambas as partes, de examinar as cláusulas e condições do que estão a contratar, sendo em princípio, inescusável para ambas a presença do vício.

Excepcionalmente, demonstrada a culpa exclusiva da Administração Pública, o contratado terá direito ao pagamento do preço integral (custo mais remuneração) do que houver executado.”⁴

⁴ *Ob. cit.*, p. 608.

Excepcionada a situação esposada na parte final do pronunciamento do ilustre professor, isto é, sem estar demonstrada cabalmente a culpa única e exclusiva da Administração, os prejuízos devem ser repartidos de forma isonômica entre as partes, e a Administração não estará incorrendo em enriquecimento ilícito.

Defende a mesma tese, Alexandre Santos de Aragão ao reiterar que para ocorrer o enriquecimento sem causa é necessário que existam três condições: " o enriquecimento de alguém, o empobrecimento de outrem e a ausência de justa causa para ambos. No caso do enriquecimento ser superior ao empobrecimento, o ressarcimento se conterà nos limites deste. Ou seja, do prejuízo efetivamente havido, não alcançada a integralidade do valor do enriquecimento da parte que se locupletou."⁵

Nesse estudo, importante estabelecer-se a diferença entre obrigação e responsabilidade para melhor visualizarmos o entendimento até aqui apontado. Nesse aspecto, Santiago Dantas⁶ faz distinção entre obrigação e responsabilidade, transcrito a seguir com vistas a melhor compreensão:

"... os atos ilícitos constituem uma das fontes da obrigação, mas não se poderá dar um passo na dogmática civil se não se fizer uma distinção muito clara entre o conceito da obrigação e o conceito da responsabilidade...

" A primeira diferença que se tem de fazer é que em toda obrigação há um dever jurídico originário, e na responsabilidade se tem um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro.

Um homem toma emprestado de outro uma quantia, constituindo-se, portanto, seu devedor. Tem-se uma obrigação. O

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Doutrina publicada no ILC nº 102, p. 654
⁶ Apud Jassé Torres Pereira Junior. Ob. cit. pp. 608-609.

devedor tem o dever de pagar e o credor o direito de receber; esse dever jurídico, que pesa sobre o devedor, é uma obrigação, porque é um dever jurídico originário. Formou-se em consequência deste contrato, que foi o mútuo.

Outro exemplo: um homem oferece seus serviços profissionais a outro, que os contrata. Existe aí uma obrigação de fazer e essa obrigação é um dever jurídico originário. Esse homem, porém, que tinha de prestar os seus serviços, não cumpre a sua obrigação; viola o dever jurídico originário. Que acontece? Surge daí um outro dever jurídico, que é o dever jurídico de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. O devedor será o mesmo, mas em vez do dever a que anteriormente estava adstrito – o trabalho, ele passa a dever uma nova coisa: a composição do prejuízo... Este segundo dever é sucessivo; toma o lugar do primeiro. Diz-se, então, que isto não é uma obrigação; é uma responsabilidade.

Pode-se, na prática, baralhar os termos e chamar a ambos obrigação ou a ambos responsabilidade. É preciso, porém, que esteja bem claro que a obrigação é um dever jurídico originário e que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo."

Interpretando estas lições para o dispositivo legal – art. 59, o que nos parece que quis dizer a Lei 8.666/93, é que haverá ressarcimento, portanto, somente dos custos decorrentes da execução do contrato tido como inválido, ou seja, o dispositivo refere-se à responsabilidade do Poder Público pelos atos de seus agentes. Trata-se, como vimos na definição retromencionada, de um dever jurídico sucessivo, porquanto o particular executou contrato considerado nulo por infringência legal, não merecendo o pagamento da remuneração como forma de penalidade. Cabe aqui realçar que uma vez nulo o contrato, não se pode pretender pagamento idêntico como se regular fosse. O Estado atuará como responsável por atos de seus agentes e não como contratante, caso em que estaria obrigado a cumprir sua parte na avença.

Outro ponto importante, a lei faz referência a prejuízos,

deixando clara a característica de dano emergente, por conseguinte, realça a natureza de ressarcimento, não se referindo a lucros cessantes. Esses últimos caberiam se o pagamento decorresse de uma obrigação e não de uma responsabilidade, é a melhor leitura do art. 59.

Quanto à arguição de boa-fé do particular, que é comumente utilizada pela parte, deve ser analisada com vagar. Na hipótese de contrato verbal torna-se despicando o argumento diante do princípio da obrigatoriedade da lei (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil), posto que não se concebe o desconhecimento da lei, em especial, quando se cuida de contratação com a Administração Pública, para a qual se exige licitação e contrato válido, conforme art. 37, inc. XXI, da Constituição da República.

A Lei nº 8.666/93 se dirige não apenas à Administração Pública, mas também ao administrado, particularmente quando este é o contratado. Ambos se subssuem às normas erigidas em lei, e qualquer infringência a essas normas inquina de vício a relação jurídica pretendida, a prejudicar ambas as partes.

À conclusão, entendo que a Administração Pública, de regra, deve ressarcir o particular dos prejuízos decorrentes de contrato inválido, na quantia referente aos custos envolvidos, sem contudo, pagar pelos lucros cessantes, posto que se trata de responsabilidade extracontratual e não de obrigação contratual. Apenas excepcionalmente, diante do caso concreto, cogitar-se-á de pagamento integral. Proponho, ainda, seja formalizado documento de modo a comprovar a liquidação do débito.

Finalmente, a responsabilidade funcional dos servidores envolvidos precisa ser apurada, por meio de instauração de processo administrativo disciplinar, sob pena de sanção àquele que se omitir diante da constatação de irregularidade.

O CONTEÚDO ECONÔMICO DAS RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL

Júlio Cezar Lima Brandão.

Advogado. Procurador do Estado.

Professor do Curso de Direito da UEA.

Especialista em Direito Ambiental.

Mestre em Política e Gestão Ambiental.

Mestrando em Direito Ambiental.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Antecedentes legais - 3. Conceito - 4. As RPPNs como Unidades de Conservação integrantes do SNUC - 5. As RPPNs não são Unidades de Conservação de Proteção Integral - 6. Objetivos - 7. Procedimentos para o reconhecimento das RPPNs - 8. A averbação do reconhecimento em caráter perpétuo. 9. Os estudos técnicos e a prévia consulta pública - 10. Obrigações e vantagens dos proprietários - 11. Incentivos financeiros, tributários e técnicos concedidos aos proprietários - 12. Responsabilidade administrativa, civil e penal dos proprietários - 13. Manejo e gestão das RPPNs - 14. Atividades permitidas nas RPPNs - 15. A introdução de espécies não-autóctones nas RPPNs. - 16. Orientações para ajudar solucionar os problemas que ameaçam as RPPNs - 17. A criação de RPPN como forma de compensação por danos ambientais - 18. As RPPNs e a compensação prevista no art. 36 da Lei do SNUC - 19. A alteração e supressão de RPPNs - 20. As RPPNs no Brasil e no Amazonas - 21. Considerações finais.

1. Introdução

As Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPNs “representam um dos primeiros passos a envolver a sociedade civil na conservação da diversidade biológica. Por intermédio desse mecanismo, a propriedade privada dá sua contribuição à proteção do meio ambiente e aumenta significativamente a possibilidade de se obter um cenário onde haverá muito mais áreas protegidas, tanto em termos de qualidade quanto de quantidade”.¹

¹ V. site “www.ibama.gov.br”.

O art. 7º do Decreto nº 1.922, de 5 de junho de 1996,² concedia a esses *espaços especialmente protegidos*³ a mesma proteção assegurada, pela legislação em vigor, às unidades de conservação de uso indireto,⁴ impedindo, assim, a exploração econômica direta dessas áreas.

Com o advento da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC e enquadrou as RPPNs na categoria de Unidades de Conservação de Uso Sustentável, as limitações e restrições impostas pelo Decreto nº 1.922/96, entendemos, deixaram de existir.⁵

A Lei do SNUC, enfim, passou a permitir o uso sustentável dos recursos ambientais das RPPNs, como forma de garantir a sustentabilidade econômica desses *espaços naturais particulares*.

2. Antecedentes legais

Para chegarmos ao atual modelo e denominação, regulamentado pelo Decreto nº 1.922/96 e pela Lei nº 9.985/2000 (Lei do SNUC), ocorreu um lento processo de evolução jurídica, iniciado com as denominadas *florestas protetoras*⁶ (art. 3º, alínea "a") do Código Florestal de 1934 (Decreto nº 23.793, de 23.1.34). Estas florestas eram criadas por decreto do Poder Público (art. 11), permaneciam no domínio do proprietário, eram inalienáveis (art. 8º) e isentas de qualquer tributação (art. 17, parágrafo único).

² Dispõe sobre o reconhecimento das Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

³ Expressão utilizada pelo art. 225, § 1º, III, da Constituição da República (CR).

⁴ Uso indireto é aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais. Uso direto é aquele que envolve coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais (art. 2º, IX e X, da Lei nº 9.985/2000 - Lei do SNUC).

⁵ Arts. 7º, II, e 14, VII, Lei do SNUC.

⁶ O art. 4º do Decreto nº 23.793/34 estabelecia: "Art. 4º Serão consideradas florestas protetoras as que por sua localização, servirem, conjunta ou separadamente, para qualquer dos fins seguintes: a) conservar o regime das águas; b) evitar a erosão das terras pela ação dos agentes naturais; c) fixar dunas; d) auxiliar na defesa das fronteiras, do modo julgado necessário pelas autoridades militares; e) assegurar condições de salubridade pública; f) proteger sítios que por sua beleza natural mereçam ser conservados; g) asilar espécimes raros de fauna indígena". As florestas protetoras possuíam os mesmos objetivos das atuais florestas de preservação permanente (arts. 2º e 3º do atual Código Florestal - Lei nº 4.771/65).

Em 1965, trinta anos depois, o art. 6º, do novo Código Florestal (Lei nº 4.771/65), assegurou ao proprietário de floresta não preservada o direito de poder *gravá-la com perpetuidade, desde que verificada a existência de interesse público pela autoridade florestal* e, ao mesmo tempo, estabeleceu que esse o vínculo constaria de *termo assinado perante a autoridade florestal a ser averbado à margem da inscrição no registro público competente.*⁷

Doze anos mais tarde, em 1977, o extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF⁸ editou a Portaria nº 327-P, criando a modalidade *Refúgios de Animais Nativos*.

Em 27 de julho de 1988, foi editada, ainda pelo extinto IBDF, a Portaria nº 217, criando as *Reservas Particulares de Flora e Fauna.*⁹

Somente em 1990, com o advento do Decreto nº 98.914, de 31 de janeiro, é que se chegou ao atual modelo e denominação, hodiernamente disciplinados, como dito, pelo Decreto nº 1.922/96 e pela Lei nº 9.985/2000.¹⁰

3. Conceito

As RPPNs, de acordo com o art. 1º do Decreto nº 1.922/96, são áreas de domínio privado especialmente protegidas por iniciativa de seus proprietários, pessoas físicas ou jurídicas, mediante reconhecimento do Poder Público federal, estadual ou municipal, quando consideradas de relevante importância pela sua biodiversidade, pelo seu aspecto paisagístico ou por suas características ambientais que justifiquem ações de recuperação.

⁷ O art. 6º, do Código Florestal, foi expressamente revogado pelo art. 60 da Lei do SNUC.

⁸ Antecessor do IBAMA.

⁹ V. Bonatima, Wilson Luiz. *Santuário ou refúgio da fauna silvestre (reserva particular de fauna e flora)*. In *Revista de Direito Ambiental*, 1 (3): 224-233, jul./set. 1996.

¹⁰ Sobre os antecedentes legais da RPPN: Wiedmann, Sônia Maria Pereira. *Reserva particular do patrimônio natural – RPPN – na Lei nº 9.985/2000 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC*. In *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Coord. Antônio Herman Benjamin. Rio de Janeiro, 2001, p. 400 a 424.

Por sua vez, o art. 21, *caput*, da Lei do SNUC, define a RPPN como uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

Nesse contexto, o conceito de Carlos Alberto Mesquita: "Uma reserva natural privada é uma área destinada pelo seu proprietário, por sua livre e espontânea vontade, para conservação dos recursos naturais nela existentes. Entenda-se aqui por conservação desde a proteção integral e absoluta da natureza em seu estado primitivo até o uso racional e sustentável desses recursos, passando pelas ações de manejo, recuperação, restauração e reabilitação ecológica".¹¹

4. As RPPNs como Unidades de Conservação integrantes do SNUC

Unidade de conservação, de acordo com definição contida na Lei do SNUC, é o "espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção".¹²

A Lei do SNUC incluiu as RPPNs na categoria de *Unidades de Conservação de Uso Sustentável*,¹³ ao lado das Áreas de Proteção Ambiental e de Relevante Interesse Ecológico, das Florestas nacionais, estaduais e municipais, das Reservas Extrativistas, de Fauna e de Desenvolvimento Sustentável.

As *Unidades de Conservação de Uso Sustentável* têm por objetivo básico compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável dos seus recursos naturais.¹⁴

¹¹ Instrumentos privados e mistos de apoio à conservação dos recursos naturais. In Revista de Direito Ambiental, 4 (15): 94-102, jul./set., 1999.

¹² Art. 2.º, II, Lei do SNUC.

¹³ Art. 7.º, II, c/c o art. 14, VII.

¹⁴ Art. 7.º, § 2.º, Lei do SNUC.

5. As RPPNs não são Unidades de Conservação de Proteção Integral

O art. 7º do Decreto nº 1.922/96, está assim redigido: “Será concedida à RPPN pelas autoridades públicas competentes, *proteção assegurada pela legislação em vigor às unidades de conservação de uso indireto, sem prejuízo do direito de propriedade, que deverá ser exercido por seu titular, na defesa da Reserva, sob orientação e com apoio do órgão competente*” (destacamos).

Esse artigo garantia às RPPNs o *status* de *Unidade de Conservação de Uso Indireto*, ao lado, *v. g.*, das Reservas Biológicas e das Estações Ecológicas. Todavia, o legislador federal optou, com o recente advento da Lei do SNUC, por inseri-las no *Grupo de Unidades de Conservação de Uso Sustentável*,¹⁵ admitindo a *utilização direta e sustentável* das parcelas de seus recursos naturais. Assim, a Lei do SNUC, por incompatibilidade, tornou ineficaz o art. 7º do Decreto nº 1.922/96.¹⁶

Usar sustentavelmente significa explorar o ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável.¹⁷

A opção do legislador, materializada no art. 14, inciso VII, da Lei do SNUC, tornou-se mais sólida com as disposições inseridas no art. 21, *caput*, do mesmo diploma legal, ao estatuir que a RPPN tem por objetivo *conservar a diversidade biológica, e não preservá-la ou mesmo protegê-la integralmente*.

¹⁵ Art. 14, VII, c/c o art. 21.

¹⁶ Em sentido contrário, entendendo que as RPPNs são unidades de conservação de proteção integral: Benjamin, Antônio Herman, introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, in *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 276 a 316; Wiedmann, Soná Maria Pereira, Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – na Lei n.º 9.985/2000 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, in *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 400 a 424.

¹⁷ Art. 2º, XI, Lei do SNUC.

Os conceitos legais de *conservação*, *preservação* e *proteção integral* são bem distintos.

A *conservação* envolve o manejo do uso humano da natureza, compreendendo a *preservação*, a *manutenção*, a *utilização sustentável*, a *restauração* e a *recuperação* do ambiente natural, para que possa produzir o maior benefício, em bases sustentáveis, às atuais gerações, mantendo seu potencial de satisfazer as necessidades e aspirações das gerações futuras, e garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral.¹⁸

Já a *preservação* compreende o conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem a *proteção* a longo prazo das espécies, *habitats* e ecossistemas, além da *manutenção* dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais.¹⁹

Por sua vez, a *proteção integral* exige a *manutenção* dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferências humanas, admitindo apenas o uso indireto dos seus atributos pessoais.²⁰

Não estamos negando que o ato de *conservar* não possa compreender a *preservação* e a *proteção*. A própria Lei do SNUC nos conduz a conclusão de que *preservar* e *proteger* são espécies do gênero *conservar*. Ademais, o Plano de Manejo da RPPN pode definir áreas exclusivamente destinadas a *preservação* e a *proteção integral* da natureza, além daquelas assim consideradas por força de lei, a exemplo das florestas de *preservação permanente*.

Contudo, é inequívoco que as RPPNs não mais se destinam, exclusivamente, a *preservação*, a *proteção integral* e ao *uso indireto*. Entender de forma diversa é negar a opção discricionária do legislador federal, que é uma opção razoável, como veremos adiante.

¹⁸ Art. 2.º, II, Lei do SNUC.

¹⁹ Art. 2.º, V, Lei do SNUC.

²⁰ Art. 2.º, VI, Lei do SNUC.

Além do mais, vale lembrar, o SNUC tem como objetivos a *valorização econômica e social da diversidade biológica*, e como diretriz regente assegurar, nos casos possíveis, como é o das RPPNs, a *sustentabilidade econômica das unidades de conservação*.²¹

Por se tratar de uma *unidade de conservação* privada, nada impede que o seu proprietário a mantenha absolutamente intocável, utilize seus recursos tão-somente de forma indireta, ou proíba, até mesmo, a simples visitação. Isso pode ocorrer por opção do proprietário, mas não por imposição do órgão responsável pelo reconhecimento da RPPN, tendo em vista a clara opção do legislador federal em permitir o uso sustentável de parcelas dos recursos naturais dessas unidades.

A Constituição Federal de 1988, no art. 225, garantiu a todos o direito ao meio ecologicamente equilibrado. Mas, no art. 170, ao estabelecer os princípios da ordem econômica brasileira, optou claramente pelo modo de produção capitalista, com fundamento, dentre outros, na propriedade privada, na livre concorrência e na defesa do meio ambiente.

Assim, como leciona Cristiane Derani, "não há essencialmente uma separação material entre economia e ecologia. A base do desenvolvimento das relações produtivas está na natureza. E a natureza só pode ser compreendida enquanto integrante das relações humanas – aqui inseridas, como todo seu peso, as relações econômicas. São estes elementos que suportam a tese de que a realização do art. 225 da Constituição Federal passa pela efetivação do art. 170 e vice-versa".²²

É preciso, enfim, conciliar o desenvolvimento da atividade econômica com a proteção e defesa do meio ambiente. Talvez seja esse o grande desafio da humanidade neste século que se inicia. Sem essa conciliação a vida no planeta Terra, em todas as suas formas, estará irremediavelmente comprometida.

²¹ Arts. 4.º, XI, e 5.º, VI, Lei do SNUC.

²² Derani, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 187.

De qualquer maneira, não sejamos ingênuos de imaginar que a criação pura e simples de unidades de conservação, especificamente de RPPNs, será suficiente para manter os recursos naturais longe das pressões sociais e econômicas.

Nesse contexto, não conhecemos nenhum proprietário que esteja disposto a contrair obrigações sem a devida contrapartida. Todos sabemos que é mais fácil se obter um financiamento, público ou privado, para pecuária ou agricultura do que para manter uma área inexplorada na condição de RPPN, com densa cobertura florestal, por exemplo. Além do mais, é bom lembrar, reconhecer um espaço natural privado como RPPN não é difícil. Difícil é mantê-lo conservado e adequadamente manejado.

Assim, a atividade econômica nas RPPNs poderá ser desenvolvida: a) desde que não comprometa os atributos que justificaram o seu reconhecimento, nos termos art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição da República; b) "de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável";²³ e c) desde que não comprometa o equilíbrio ecológico ou colocar em perigo a sobrevivência das populações das espécies ali existentes, observada a capacidade de suporte da área, nos termos do art. 3º, § 1º, do Decreto nº 1.922/96.

6. Objetivos

O reconhecimento de uma RPPN tem por objetivos: a) a proteção²⁴ dos recursos ambientais representativos da região;²⁵ b) a conservação da diversidade biológica.²⁶

²³ Art. 2º, XI, Lei do SNUC.

²⁴ Que não significa proteção integral, e muito menos preservação.

²⁵ Art. 2º do Decreto nº 1.922/96.

²⁶ Art. 21, caput, Lei do SNUC.

São *recursos ambientais*, de acordo com a Lei do SNUC e Lei de Política Nacional do Meio Ambiente: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.²⁷

Por sua vez, *diversidade biológica* "é a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte, compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas".²⁸

7. Procedimentos para o reconhecimento das RPPNs

Por determinação do art. 22, *caput*, da Lei do SNUC, as *unidades de conservação* são criadas por ato unilateral do Poder Público. Todavia, a criação das RPPNs compreende exceção a essa regra, tendo em vista que a sua criação ou reconhecimento²⁹ não dispensa o consentimento do proprietário³⁰ da área, pessoa física ou jurídica.

A área será reconhecida como RPPN mediante Portaria do IBAMA, na esfera federal. Nas esferas estaduais e municipais a competência para o reconhecimento é dos respectivos órgãos e entidades de meio ambiente.³¹

O pedido de reconhecimento deverá ser instruído mediante apresentação das cópias autenticadas dos seguintes documentos: a) título de domínio, com matrícula no cartório de registro de imóveis

²⁷ Art. 2.º, IV, Lei n.º 9.985/2000 e art. 3.º, V, Lei n.º 6.938, de 31.8.81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente).

²⁸ Art. 2.º, III, Lei do SNUC. A Lei do SNUC repete o mesmo conceito contido no art. 2.º da Convenção sobre Diversidade Biológica.

²⁹ Expressão utilizada pelo Decreto n.º 1.922/96.

³⁰ Ou seu procurador devidamente habilitado.

³¹ O art. 5.º do Decreto n.º 1.922/96 não se refere aos Municípios. Contudo, as disposições do art. 14 permitem claramente o reconhecimento de RPPNs por parte dos Municípios.

competente;³² b) cédula de identidade do proprietário, quando se tratar de pessoa física, ou ato de designação de representante, quando se tratar de pessoa jurídica;³³ c) comprovante de quitação do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR; d) plantas de situação do imóvel, indicando os limites, os confrontantes, a área a ser reconhecida e a localização da propriedade.

Em seguida, o órgão de meio ambiente responsável pelo reconhecimento da reserva terá o prazo de sessenta dias para:³⁴ a) emitir laudo de vistoria do imóvel, com descrição da área, compreendendo a tipologia vegetal, a hidrologia, os atributos naturais que se destacam, o estado de conservação, indicando as eventuais pressões potencialmente degradadoras do ambiente e relacionando as principais atividades desenvolvidas na propriedade; b) emitir parecer, incluindo a análise da documentação apresentada e, se favorável, solicitar ao proprietário providências no sentido de firmar, em duas vias, termo de compromisso; c) homologar o pedido por meio da autoridade competente; e d) publicar no Diário Oficial o ato de reconhecimento da RPPN.

8. A averbação do reconhecimento em caráter perpétuo

O proprietário da área deverá, no prazo de sessenta dias após a publicação do ato de reconhecimento, promover a averbação³⁵ do respectivo termo de compromisso junto ao cartório de registro de imóveis competente, gravando a área do imóvel, reconhecida como RPPN,³⁶ em caráter perpétuo. Feita a averbação será expedido o título de reconhecimento definitivo.³⁷ Caso contrário, será revogada a portaria de reconhecimento.

³² A priori, não é possível o reconhecimento de uma posse como RPPN, tendo em vista que o art. 5.º, I, do Decreto n.º 1.922/96, exige, para o reconhecimento da área, a apresentação do título de domínio com matrícula no cartório do registro de imóveis competente.

³³ No caso de pessoa jurídica devem ainda ser anexados os estatutos da entidade para comprovar a representação legal.

³⁴ Os pedidos referentes aos imóveis contíguos às unidades de conservação ou às áreas cujas características devem ser preservadas, no interesse do patrimônio natural do País, serão prioritariamente apreciados pelo órgão responsável pelo reconhecimento (art. 5.º, parágrafo único, do Decreto n.º 1.922/96).

³⁵ Art. 6.º, II, Código Florestal.

³⁶ Art. 21, § 1.º, Lei do SNUC.

³⁷ A Portaria 828/90-IBAMA estabelece a outorga do "Título de Reconhecimento" às áreas que obtiverem o reconhecimento e o registro, em caráter perpétuo, como RPPN. O art. 1.º, parágrafo único, do referido portaria, estabelece que o título só será concedido uma vez promovida pelo proprietário a averbação a que se refere o § 1.º do art. 4.º do Decreto n.º 98.914/90. Atualmente a averbação está prevista no § 1.º do art. 6.º do Decreto n.º 1.922/96.

O Prof. Juraci Perez Magalhães faz severas críticas ao gravame perpétuo, por entender que ele não se coaduna com a legislação civil vigente, nos termos seguintes:

"Como se vê, o gravame perpétuo da propriedade particular previsto na Lei nº 9.985/00 não se afina com a nossa legislação civil. Ora, se a propriedade não pode ser gravada perpetuamente, é evidente que se isto acontecer a pessoa prejudicada poderá requerer em juízo a liberação da cláusula onerosa. Essa forma de gravar uma propriedade só poderá ser verificada mediante transmissão testamentária ou doação. Se fosse possível uma pessoa gravar perpetuamente sua propriedade ela estaria, *ipso facto*, retirando o seu valor econômico e limitando, assim, o direito de terceiros, uma vez que o bem tornar-se-ia imprescritível e teria diminuído o seu valor como garantia de possíveis credores. A lei teria sido mais correta se tivesse permitido que essa floresta, cuja existência é de interesse público, fosse transformada em floresta de preservação permanente por vontade do proprietário".³⁸

Pensamos de forma diversa, pois, como sabemos, a perpetuidade, ao lado do absolutismo e da exclusividade, é um dos caracteres do direito de propriedade.

É direito absoluto, não só porque oponível *erga omnes*, como também porque apresenta o caráter de plenitude, sendo o mais completo de todos os direitos reais, podendo o proprietário usar e desfrutar da coisa como bem entender, sujeitando-se apenas às limitações impostas em virtude do interesse público ou pela coexistência do direito de propriedade de outros titulares.³⁹

³⁸ Comentários ao código florestal: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 126-9.

³⁹ Monteiro, Washington de B. Curso de direito civil. 15. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 89-90; Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 14. ed. v. 4. Direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

Esse caráter absoluto do direito de propriedade deve ser entendido à luz do disposto no art. 527 do Código Civil, onde se lê: "O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário". Esse absolutismo, pois, reveste-se da presunção *juris tantum*, podendo ser elidido mediante prova em contrário.

O atributo da exclusividade quer significar que a coisa não pode pertencer exclusiva e simultaneamente a duas ou mais pessoas,⁴⁰ podendo o titular "afastar da utilização da coisa quem quer que dela queira tirar proveito".⁴¹ A exclusividade é o aspecto pessoal do direito de propriedade revelado no *jus prohibendi*, que "consiste no poder de proibir que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer senhorio".⁴²

Por fim, a característica da perpetuidade quer significar que a propriedade tem duração ilimitada, subsiste independentemente de exercício,⁴³ não se extinguindo pelo não-uso,⁴⁴ mas tão-somente pela vontade do dono, como por exemplo, através da alienação, ou por disposição da lei, nas hipóteses de perecimento da coisa, desapropriação ou usucapião.⁴⁵

Por outro lado, a perpetuidade não quer significar que "um bem deve pertencer sempre ao mesmo titular, visto que os homens duram, em regra, menos do que os bens de que são donos. Compreende sua perpetuidade a possibilidade de sua transmissão, que é até um dos meios de tornar durável a propriedade, por um lapso de tempo indefinido, uma vez que o adquirente é o sucessor do transmitente, a título singular ou universal, recebendo todos os seus direitos sobre a coisa transmitida".⁴⁶

Não bastassem os argumentos civilistas, temos ainda o disposto no art. 225, *caput*, da Constituição da República, que obriga

⁴⁰ Diniz, Maria H., *op. cit.*, p. 107.

⁴¹ Rodrigues, Sílvia, *Direito civil*, 11. ed. v. 5. *Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 78.

⁴² Gomes, Orlando, *Direitos reais*, 14. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 97.

⁴³ Monteiro, Washington de B., *op. cit.*, p. 90; Diniz, Maria H., *op. cit.*, p. 108.

⁴⁴ Gomes, Orlando, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁵ Rodrigues, Sílvia, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁶ Diniz, Maria H., *op. cit.*, p. 108.

a todos, Poder Público e coletividade, a defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Na *Lex Suprema*, pois, a permissão para a constituição do gravame perpétuo das RPPNs.

Não há, como se nota, nenhum óbice de natureza administrativa, civil ou constitucional que impeça a propriedade privada destinar-se perpetuamente a conservação ambiental. Até porque, sabemos disso, desde o Código Civil de Napoleão (art. 544), a propriedade foi definida como o "direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos". Não existe, enfim, nenhuma proibição legal nesse sentido.

Além do mais, o gravame perpétuo exigido pela Lei do SNUC não retira da RPPN o seu valor econômico; não limita direitos de terceiros e tampouco coloca a propriedade fora do comércio, pois ela pode ser: a) explorada economicamente de forma sustentável, por expressa determinação da Lei do SNUC; b) não prejudica o direito de propriedade e nem lhe retira as características, tendo em vista que a área pode ser, *v. g.*, alienada, penhorada, hipotecada, doada, dada em garantia etc..

O que a lei objetiva com o gravame perpétuo é não permitir destinação que possa comprometer a integridade dos atributos que justificaram o reconhecimento da RPPN.⁴⁷ Assim, uma vez expedida a portaria de reconhecimento e feita a averbação do termo de compromisso no cartório de imóveis competente, a área será destinada, em caráter perpétuo, à conservação ambiental.

Entretanto, parece-nos claro que o reconhecimento e o gravame em caráter perpétuo com objetivo de fraudar credores ou decorrente de erro ou ignorância, coação ou simulação,⁴⁸ podem ser questionados em juízo, em virtude do princípio constitucional da

⁴⁷ Parte final do inciso III do § 1.º do art. 225 da CR.

⁴⁸ Arts. 86 a 113 do Código Civil.

inafastabilidade do acesso ao Judiciário preconizado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, onde se lê: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Comprovado o vício, o reconhecimento e o gravame não poderão subsistir. Nesses casos, em virtude da nulidade absoluta a macular o reconhecimento e o gravame em caráter perpétuo, não será necessária autorização legislativa para desconstituí-los, bastando tão-somente a sentença judicial.

9. Os estudos técnicos e a prévia consulta pública

Por determinação do art. 22, § 2º, da Lei do SNUC, a criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de *estudos técnicos* e de *consulta pública* que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade. Porém, o § 4º do art. 22 dispensa expressamente da *consulta pública* a criação de Estação Ecológica e Reserva Biológica.

Surge, como consequência dessa exceção, o seguinte questionamento: a criação de RPPN, por sua peculiaridade, deve ser precedida de *estudos técnicos* de *consulta pública*? Entendemos que sim.

Da leitura dos §§ 2º e 4º do art. 22 da Lei do SNUC, concluímos o seguinte: a) a criação de qualquer unidade de conservação deve ser precedida de *estudos técnicos*; b) a criação de qualquer unidade de conservação deve ser precedida de *consulta pública*, exceto quando se tratar da criação de Estação Ecológica e Reserva Biológica.

Essa exceção, obviamente, não se coaduna com dois princípios básicos do Direito Ambiental, a saber: o *princípio da informação* e o *princípio da participação*, ambos inseridos no art. 225 da Constituição da República.

Os *estudos técnicos*, enfim, são obrigatórios para a criação

de toda e qualquer categoria de unidade de conservação. A Lei do SNUC, no entanto, utiliza a expressão *estudos técnicos* em sentido amplo, cabendo ao Poder Executivo, através de regulamento, definir o seu conteúdo, que poderá oscilar de acordo com o tipo de unidade de conservação a ser criada. É claro que não se pode comparar os estudos para a criação de uma Reserva Biológica em área de propriedade privada, por exemplo, com os estudos para a criação de uma RPPN, cuja iniciativa cabe exclusivamente ao proprietário.

De qualquer forma, mesmo sem a regulamentação devida, é possível identificar, no art. 22, § 2º, da Lei do SNUC, e nos arts. 5º e 6º do Decreto nº 1.922/96, duas obrigações fundamentais para a realização e aprovação dos estudos técnicos das RPPNs: uma obrigação do proprietário; outra do Poder Público, através do órgão responsável pelo reconhecimento da reserva.

A obrigação do proprietário é apresentar os mapas e as plantas necessários e suficientes a identificação do imóvel como um todo, da área a ser reconhecida como RPPN, indicando os seus limites e confrontações.⁴⁹

Por seu turno, a obrigação do Poder Público é confeccionar laudo de vistoria do imóvel, com o fito de verificar se a área pode ser considerada de relevante importância pela sua biodiversidade, ou pelo seu aspecto paisagístico, ou ainda por suas características ambientais que justifiquem ações de recuperação, nos termos do arts. 1º e 6º, inciso I, do Decreto nº 1.922/96, ou por outras palavras, verificar a existência de interesse público, como bem salienta o art. 21, § 1º, da Lei do SNUC.

O *laudo de vistoria do imóvel*, que deve ser conclusivo quanto ao deferimento ou indeferimento do pedido, deve conter a descrição da área, compreendendo a tipologia vegetal, a hidrologia, os atributos

⁴⁹ Art. 5º, V, Decreto nº 1.922/96.

naturais que se destacam, o estado de conservação da área proposta indicando as eventuais pressões potencialmente degradadoras do ambiente e relacionando as principais atividades desenvolvidas na propriedade.⁵⁰

A prévia consulta pública para a criação de RPPNs terá o condão, por exemplo: a) de impedir que o reconhecimento e o gravame em caráter perpétuo fraude credores do proprietário, ou que eles sejam decorrentes de erro ou ignorância, coação ou simulação; b) de identificar ameaças a população local, que possam impedir, dificultar ou inviabilizar o acesso aos recursos naturais indispensáveis a sua sobrevivência.

No primeiro caso, havendo fundado receio da consumação de ato fraudulento o órgão de meio ambiente, *ad cautelam*, deve abster-se do reconhecimento. No segundo, o proprietário e o órgão de meio ambiente deverão adotar solução que garanta o livre acesso dessas populações aos recursos ambientais, obviamente sem o comprometimento dos recursos que se pretenda conservar.

A prévia consulta para a criação de RPPN, vale ressaltar, não terá o condão de autorizar ou mesmo de referendar o reconhecimento da RPPN, haja vista que o proprietário não está proibido de dar ao seu imóvel destinação não proibida pela lei. O objetivo da consulta seria evitar a fraude e discutir democraticamente com as populações diretamente afetadas pela criação da reserva.

Pensamos que a exceção autoritária pura e simples que é feita com relação as Reservas Biológicas e as Estações Ecológicas não se coaduna com o espírito democrático do Direito Ambiental.

10. Obrigações e vantagens dos proprietários

Caberá aos proprietários de RPPNs: a) assegurar a manutenção dos atributos ambientais da reserva e promover sua

⁵⁰ Art. 6º, I, do Decreto nº 1.922/98.

divulgação na região, mediante colocação de placas nas vias de acesso e nos limites da reserva, advertindo terceiros quanto à proibição de desmatamentos, queimadas, caça, pesca, apanha, captura de animais e quaisquer outros atos que afetem o meio ambiente; b) submeter o zoneamento e o plano de utilização da reserva à aprovação do órgão responsável pelo seu reconhecimento; c) encaminhar anualmente, ao órgão responsável pelo reconhecimento, relatório sobre a situação da reserva e atividades desenvolvidas.⁵¹

O IBAMA aponta diversas vantagens decorrentes da criação de uma RPPN, a saber:⁵² a) maior reconhecimento do ambiente natural da propriedade, através de contato freqüente com instituições de pesquisa científica; b) apoio e orientação quanto ao manejo e gerenciamento da reserva; c) oportunidade de ganhos financeiros extras, através do desenvolvimento do turismo ecológico, lazer, recreação e educação ambiental; d) apoio, cooperação e respeito das entidades ambientalistas; e) isenção da taxa para criadouro conservacionista e comercial.

11. Incentivos financeiros, tributários e técnicos concedidos aos proprietários

Aos proprietários de RPPNs poderão ser concedidos os seguintes incentivos:⁵³ a) isenção de pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR⁵⁴ da área da reserva;⁵⁵ b) prioridade na análise e concessão de recursos do Fundo Nacional do Meio Ambiente – FNMA;⁵⁶ c) facilidade de acesso ao crédito agrícola nos

⁵¹ De acordo com o parágrafo único do art. 8.º do Decreto n.º 1.922/96, o proprietário da RPPN poderá solicitar a cooperação de entidades ambientalistas devidamente credenciadas pelo Cadastro Nacional de Entidades Ambientalistas – CNEEA do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

⁵² V. site www.ibama.gov.br.

⁵³ Arts. 11 e 13 do Decreto n.º 1.922/96.

⁵⁴ O proprietário poderá requerer ao INCRA a isenção do ITR para a área reconhecida como RPPN, conforme prevê o parágrafo único do art. 104, da Lei n.º 8.117/91, onde se lê: "Art. 104. São isentas de tributação e do pagamento do Imposto Territorial Rural as áreas dos imóveis rurais consideradas de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei n.º 4.771, de 1965, com a nova redação dada pela Lei n.º 7.803, de 1989. Parágrafo único. A isenção do Imposto Territorial Rural (ITR) estende-se às áreas de propriedade rural de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declaradas por ato do órgão competente federal ou estadual e que ampliam as restrições de uso previstas no caput deste artigo". V. também art. 11 do Decreto 1922/96.

⁵⁵ V. Portaria/IBAMA/n.º 162, de 18.12.97, que dispõe sobre os procedimentos relativos ao Ato Declaratório Ambiental - ADA.

⁵⁶ O FNMA foi criado pela Lei n.º 7.797/89, com o objetivo de desenvolver os projetos que visem ao uso racional e sustentável de recursos naturais, incluindo a manutenção, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental no sentido de elevar a qualidade de vida da população brasileira.

bancos oficiais; d) isenção de taxas para criadouros implantados em sua propriedade;⁵⁷ e) orientação técnica e científica para elaboração de um *plano de manejo* ou de *proteção e de gestão da unidade* por parte dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.⁵⁸ Esses incentivos, entretanto, não são perenes e podem ser suspensos em caso de inobservância dos objetivos que levaram ao reconhecimento da RPPN.

Os incentivos financeiros previstos no Decreto nº 1.922/96 poderão ser concedidos pelos órgãos ou entidades federais, mas não vinculam os Estados e Municípios. Nada impede, todavia, que os entes federados possam criar regras próprias estabelecendo incentivos idênticos para estimular o reconhecimento de RPPNs nos limites de seu território. Os municípios podem, *v. g.*, conceder isenção do IPTU às RPPNs localizadas dentro do seu perímetro urbano.

De qualquer forma, mesmo quando as RPPNs são reconhecidas pelos Estados e Municípios é possível que seus proprietários usufruam dessas vantagens, desde que as reservas sejam previamente certificadas pelo IBAMA, que comprovará o cumprimento da legislação ambiental pertinente.⁵⁹

12. Responsabilidade administrativa, civil e penal dos proprietários

As RPPNs, embora permaneçam sob o domínio e posse de seus proprietários, sujeitam-se a regular fiscalização dos órgãos de meio ambiente, bem como do órgão responsável pelo seu reconhecimento.

Caso seja constatada qualquer infração às determinações do Decreto nº 1.922/96, da Lei do SNUC ou mesmo à legislação ambiental como um todo, o infrator estará sujeito às sanções

⁵⁷ Portaria/IBAMA nº 118-N, de 15.10.97.

⁵⁸ Art. 21, § 3.º, Lei do SNUC.

⁵⁹ Art. 14 do Decreto nº 1.922/96.

administrativas⁶⁰ previstas em lei, sem prejuízo de sua responsabilidade civil⁶¹ e penal.⁶²

A apuração da responsabilidade administrativa dos proprietários de RPPNs não dispensa, pois, o devido processo legal e tampouco o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes, como determinam os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República.

13. Manejo e gestão das RPPNs

As RPPNs estão obrigadas a confecção de um Plano de Manejo ou de um Plano de Proteção e de Gestão da Unidade, nos termos do art. 21, § 3º, da Lei do SNUC, *verbis*: "Os órgãos integrantes do SNUC, sempre que possível e oportuno, prestarão orientação técnica e científica ao proprietário de Reserva Particular do Patrimônio Natural para a elaboração de um *Plano de Manejo ou de Proteção e de Gestão da unidade*".

Essa determinação é reforçada pelo comando do art. 27, *caput*, onde se lê: "As unidades de conservação devem dispor de um Plano de Manejo".

Plano de manejo, por definição do art. 2º, inciso XVII, da Lei do SNUC, é o documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade.

⁶⁰ V. arts. 27, 36, 50 e 51 do Decreto n.º 3.179, de 21.9.99, que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

⁶¹ O art. 14, § 1.º, Lei n.º 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, contempla o princípio da responsabilidade civil objetiva no caso de danos causados ao meio ambiente, nos termos seguintes: "Art. 14. (omissis). § 1.º Sem obter a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência da culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. (...)".

⁶² V. arts. 29, § 4.º, inciso V, 40, 52, 63, 64 da Lei n.º 9.605, de 12.2.98 (Lei dos Crimes Ambientais), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

O zoneamento, de acordo com o art. 2º, inciso XVI, do mesmo diploma legal, consiste na definição de setores ou zonas em uma unidade de conservação com objetivos de manejo e normas específicos, com o propósito de proporcionar os meios e as condições para que todos os objetivos da unidade possam ser alcançados de forma harmônica e eficaz.

O Plano de Manejo deve abranger a área da RPPN, incluindo medidas com o fim de promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas.⁶³ Vale ressaltar, por oportuno, que na elaboração, atualização e implementação do Plano de Manejo da RPPN a lei não obriga a participação pública.⁶⁴

A Lei do SNUC não se preocupou em definir o conteúdo do Plano de Proteção e de Gestão da RPPN, o que certamente ocorrerá com o seu regulamento. *A priori*, nada impede que o Plano de Proteção e de Gestão da RPPN possa representar uma versão simplificada do Plano de Manejo, a ser adotado de acordo com as características da área a ser protegida ou das atividades a serem desenvolvidas.

O art. 30, da Lei do SNUC, que estabelece que as unidades de conservação podem ser geridas por organizações da sociedade civil de interesse público com objetivos afins aos da unidade, mediante instrumento a ser firmado com o órgão responsável por sua gestão, é perfeitamente aplicável as RPPNs.

A gestão das RPPNs, que estão desobrigadas de constituir Conselho Consultivo,⁶⁵ é responsabilidade única e exclusiva de seus proprietários. Aliás, nada impede que essa gestão possa ocorrer até mesmo por intermédio de organização da sociedade civil, com ou sem fins lucrativos, mediante contrato privado. Não descartamos,

⁶³ As RPPNs estão desobrigadas a constituir zonas de amortecimento e corredores ecológicos (art. 25 e art. 27, § 1.º, Lei do SNUC).

⁶⁴ Art. 27, § 2.º, Lei do SNUC.

⁶⁵ Art. 29 da Lei do SNUC.

também, a possibilidade do proprietário instituir fundação privada, nos moldes da lei civil,⁶⁶ com o propósito de gerir a RPPN. Essa fundação, submetida a fiscalização do Ministério Público, por expressa determinação legal, facilitaria a percepção de recursos ou doações de qualquer natureza, nacionais e internacionais, com ou sem encargo, provenientes de outras organizações privadas ou públicas, ou mesmo de pessoas físicas que desejassem colaborar com a sua conservação, como preconizado no art. 34 da Lei do SNUC.

14. Atividades permitidas nas RPPNs

Nas RPPNs, de acordo com o arts. 2º, incisos X e XI, 7º, inciso II, 14, inciso VII, e 21, da Lei do SNUC, e art. 3º, *caput*, do Decreto nº 1.922/96, podem ser desenvolvidas as seguintes atividades: a) pesquisa científica; b) visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais; c) coleta e uso sustentável dos recursos naturais.

A realização de *pesquisas científicas* nas RPPNs independe da autorização e não está sujeita à fiscalização do órgão ou entidade responsável pelo seu reconhecimento. Contudo, merece ser lembrado, que por determinação do art. 2º Medida Provisória nº 2.186, de 23.8.2001,⁶⁷ o acesso ao patrimônio genético existente no País somente será feito mediante autorização da União e terá o seu uso, comercialização e aproveitamento para quaisquer fins submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos na referida medida e no seu regulamento.

As demais atividades deverão ser autorizadas ou licenciadas pelo órgão responsável pelo reconhecimento da RPPN, e executadas de modo a não comprometer o equilíbrio ecológico ou colocar em perigo a sobrevivência das populações das espécies ali existentes,⁶⁸

⁶⁶ V. art. 26 do Código Civil de 1916 e art. 66 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), que entrará em vigor em janeiro de 2003. V. tb. art. 24, parágrafo único, da Lei do SNUC.

⁶⁷ Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225, CR, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.

⁶⁸ Art. 3º, § 1º, Decreto nº 1.922/96.

observada a capacidade de suporte da área,⁶⁹ a ser prevista no seu plano de utilização.⁷⁰

Nas RPPNs, é mister ressaltar, somente serão permitidas a realização de obras de infra-estrutura compatíveis e necessárias às atividades científicas, culturais, educacionais, recreativas, turísticas e de lazer,⁷¹ bem como aquelas indispensáveis ao uso sustentável dos seus recursos naturais.⁷²

Dependendo da obra ou atividade será necessário o licenciamento ambiental, com ou sem a realização dos estudos de impacto ambiental, a ser concedido pelo órgão ou entidade estadual de meio ambiente, ouvido o órgão responsável pelo reconhecimento da unidade, em nível federal ou municipal.

Considerando que as RPPNs têm como objeto fundamental *conservar a diversidade biológica*⁷³ e foram enquadradas no Grupo de Unidades de Uso Sustentável, onde é compatível a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seu recursos naturais, nelas são permitidas, v. g., as seguintes atividades econômicas: a) manejo de fauna, através de criadouros;⁷⁴ b) apicultura, desde que sejam abelhas nativas; c) piscicultura; d) viveiro de essências nativas; e) construção de pousadas e hotéis para ecoturismo; f) pesca desportiva etc..

O importante é que a atividade econômica a ser desenvolvida: a) concilie-se com a proteção dos recursos ambientais; b) conserve a diversidade biológica; c) não comprometa o equilíbrio

⁶⁹ "A capacidade de suporte de uma área é o quanto uma atividade pode ser desenvolvida em um local sem prejudicar seu meio ambiente. Por exemplo, quando se trata de uma atividade turística, a capacidade de suporte é expressa pela quantidade de pessoas que podem visitar a área, num determinado intervalo de tempo, sem comprometer os processos ecológicos que ali ocorrem" (O que é "capacidade de suporte da área"? [in Guia Chafa..., site "www.ibama.gov.br").

⁷⁰ Ou "plano de manejo", nos termos do art. 2º, XVII, Lei do SNUC.

⁷¹ Art. 3º, § 2º, Decreto nº 1.922/96 e art. 21, § 3º, Lei do SNUC.

⁷² Arts. 2º, X e XII; 7º, II; 14, VII e 21, caput, Lei do SNUC.

⁷³ Art. 21, caput, Lei do SNUC.

⁷⁴ V. Portaria/IBAMA/118-N, de 15.10.97, que normaliza o funcionamento de criadouros de animais da fauna silvestre brasileira com fins econômicos e industriais.

ecológico; d) não coloque em perigo a sobrevivência das populações de espécies da reserva; e e) não comprometa a integridade dos atributos ambientais que justificaram o seu reconhecimento.

Merece registro que a exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos e desenvolvidos a partir dos recursos naturais, biológicos, cênicos ou culturais ou da exploração da imagem das RPPNs não depende de autorização por parte do Poder Público e tampouco está sujeita a qualquer pagamento por parte do proprietário.⁷⁵

15. A introdução de espécies não autóctones nas RPPN

Espécies autóctones são aquelas naturais da região onde ocorrem. São as espécies nativas. Espécies não autóctones, diferentemente, são as espécies alienígenas.

O art. 31, *caput*, da Lei do SNUC, proíbe a introdução de espécies não autóctones nas unidades de conservação. Todavia, o seu § 1º, excetua textualmente dessa proibição as Áreas de Proteção Ambiental, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas e as Reservas de Desenvolvimento Sustentável, bem como os animais e plantas necessários à administração e às atividades das demais categorias de unidades de conservação, aqui incluídas as RPPNs, de acordo com o que se dispuser em regulamento e no Plano de Manejo da unidade.

16. Orientações para ajudar solucionar os problemas que ameaçam as RPPNs

O IBAMA⁷⁶ oferece várias orientações nesse sentido, a saber:

a) estabelecer boas relações com as comunidades que vivem próximas a reserva e implementar atividades de conscientização

⁷⁵ Art. 33 da Lei do SNUC.

⁷⁶ Orientações extraídas do site "www.ibama.gov.br".

na vizinhança, como por exemplo, reuniões para tratar de problemas comuns, como fogo, escassez de água e necessidade de energia elétrica;

b) realizar palestras nas escolas sobre a importância da conservação do ambiente e participar de programas de rádio locais e distribuir materiais explicativos sobre a questão ambiental;

c) buscar alternativas econômicas para as comunidades da região, envolvendo-as em atividades de ecoturismo e de confecção de produtos comercializáveis na reserva para os seus visitantes (artesanato, doces, geléias e sucos com matéria-prima da região);

d) realizar programas de educação ambiental para as crianças da região, incluindo atividades de visitas organizadas à reserva e promover atividades de oficinas, onde as crianças brinquem, façam objetos com matéria-prima da região, recebam explicações sobre o meio ambiente, especialmente acerca das conseqüências de sua degradação;

e) incentivar atividades de pesquisas, onde as crianças sejam encorajadas a descobrir como funcionam os processos biológicos; fomentar atividades culturais com temas ambientais, tais como peças de teatro infantil, jogos e gincanas e manter bom relacionamento com a associação local de moradores;

f) criar uma associação de proprietários de RPPNs, tendo em vista que a associação facilitará a celebração de convênios, acordos e apoios para pesquisa, além de facilitar a fiscalização, a instituição de criadouros de animais, o desenvolvimento de programas de educação ambiental e de ecoturismo.

17. A criação de RPPN como forma de compensação por danos ambientais

Em excelente artigo, Fernando Akaoui destaca que poucas são as formas de compensação,⁷⁷ por danos causados ao meio ambiente, mais eficientes “que o comprometimento por parte do

⁷⁷ *Tam lugar e compensação quando não for possível a recuperação ambiental.*

degradador em instituir a seu custo uma Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN, pois, tanto os gastos relativos à compra da área ou destinação de área própria como reserva, como os deveres de manutenção da mesma estarão a cargo do poluidor, desonerando o Estado de manter mais uma Unidade de Conservação”.⁷⁸

Com a instituição da RPPN caberá ao Poder Público a missão de fiscalizar e ao particular o ônus de implementar a política de manutenção da reserva, além de prestar contas ao órgão ambiental responsável pelo seu reconhecimento, o que é vantajoso para o Estado sob o ponto de vista financeiro e operacional.⁷⁹

18. As RPPNs e a compensação prevista no art. 36 da Lei do SNUC

A compensação ambiental, consubstanciada na obrigação do empreendedor em apoiar a implantação de e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral (Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque nacional, estadual ou municipal, Monumento Natural), terá lugar nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental com fundamento em Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, nos termos do art. 36 da Lei do SNUC. Essa compensação ambiental surge pela simples potencialidade de dano ao meio ambiente em virtude da atividade a ser desenvolvida pelo empreendedor.

O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para essa finalidade, nos termos do art. 36, § 1º, da Lei do SNUC, não pode ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos pela a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pela entidade ou órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. É possível, pela

⁷⁸ Akaoui, Fernando Reverendo Vidal. *Reserva particular do patrimônio natural: considerações acerca da possibilidade de sua instituição em áreas públicas e importância como medida de compensação por danos causados ao meio ambiente.* In *Revista de Direito Ambiental*, 5 (18): 210, abr./jun., 2000.

⁷⁹ Akaoui, Fernando Reverendo Vidal, *op. cit.*, p. 210-211.

dicção da lei, concluir-se que órgão ambiental licenciador poderá estabelecer percentual superior a 0,5% (meio por cento), mas desde que o faça fundamentadamente e com a observância do devido processo legal, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

O § 3º do art. 36 da Lei do SNUC consigna exceção ao *caput* do artigo ao estabelecer: "*Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento,*⁶⁰ o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo" (destacamos).

Enfim, na parte final do § 3º do art. 36 da Lei do SNUC está a autorização legal para que as RPPNs sejam beneficiadas pela compensação ambiental, quando diretamente afetadas pelo empreendimento.

19. A alteração e supressão de RPPNs

O art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, assegura que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito, impõe ao Poder Público a competência para "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção".

⁶⁰ As RPPNs não estão obrigadas a possuir zona de amortecimento, de acordo com o disposto no art. 25 da Lei do SNUC.

Significa dizer, por outras palavras, que os espaços territoriais especialmente protegidos, nele incluídos as unidades de conservação, poderão ser criados por decreto, resolução ou portaria do Poder Executivo ou mediante lei do Poder Legislativo,⁸¹ contudo, a alteração e a supressão desses espaços somente pode ocorrer mediante lei específica.

Submisso a essa determinação constitucional o art. 22, § 5º a 7º, da Lei do SNUC, dispôs:

“Art. 22. (omissis).

.....
§ 5º As unidades de conservação do grupo de Uso Sustentável podem ser transformadas total ou parcialmente em unidades do grupo de Proteção Integral, por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo.

§ 6º A ampliação dos limites de uma unidade de conservação, sem modificação dos seus limites originais, exceto pelo acréscimo proposto, pode ser feita por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo.

§ 7º A desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica”.

Assim, uma vez criada a RPPN, através do reconhecimento por parte do Poder Público e realizada a averbação do termo de

⁸¹ Antônio Herman Benjamin entende que o Poder Judiciário, através de sentença, por criar espaços territoriais especialmente protegidos. Como justificativa desse entendimento aduz o seguinte: “No caso do Judiciário, na esteira do posicionamento jurisprudencial em matéria de tombamento, a sua atuação concreta independe de prévia manifestação de administração pública, no caso concreto, estabelecendo unidade de conservação específica. O juiz, aqui, age existamente para suprir a omissão descabida, ou a intervenção insuficiente, do Poder Público” (Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, in *Direito ambiental das áreas protegidas*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001,

compromisso, em caráter perpétuo, no registro de imóveis competente, ela somente poderá ser suprimida ou mesmo ter seus limites territoriais reduzidos através de lei.

Essa regra, como dito algures, comporta exceção nos casos em que o reconhecimento e a averbação do gravame em caráter perpétuo decorram de erro ou ignorância, coação, simulação ou fraude contra credores.⁹² Nesses casos, bastará a sentença judicial para desconstituir o reconhecimento e a averbação do gravame.

No entanto, pesquisando no *sife* do Tribunal Regional Federal da 1ª Região encontramos uma decisão preconizando entendimento diverso. Na ementa do acórdão proferido nos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 93.01.02980-4-DF, foi consignado o seguinte:

“III. Sendo a constituição de Reserva Particular do Patrimônio Natural um ato de interesse público exclusivamente, a revogação do ato processa-se internamente na repartição competente, não exigindo oferecimento de oportunidade de defesa ao titular da terra, nem, tão pouco, lei ordinária para a sua formalização, está só requerida quando se cuida da conceituação das áreas de proteção (art. 225, parágrafo 1º, III, da Const. Fed.).

No seu voto, o Juiz Relator Aldir Passarinho asseverou:

“No tocante à assertiva da mesma impetrante, de violação aos requisitos legais do Decreto nº 98.914/90 a da inobservância do disposto no art. 225, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal pela autoridade coatora, estou em que a mesma carece de razão, concessa venia. Em primeiro lugar, a instituição de Reserva Particular do Patrimônio Natural é, por excelência, ato de interesse público,

⁹² V. arts. 86 a 113, Código Civil.

que prepondera sobre o interesse privado do proprietário do imóvel, e tal acontece por Portaria do Presidente do IBAMA (cf. art. 4º, caput, do aludido diploma legal).

Ora, se assim é, a revogação do ato se processa internamente, no IBAMA, porque cabe a ele a avaliação do interesse público.

Na hipótese vertente, a revogação se deu motivadamente, após estudos e reavaliação ecológica da área em discussão, como acima ressaltado, inexistindo, pois, irregularidade no ato em apreço.

Improcede, igualmente, a invocação do art. 225, parágrafo 1º, III, da Carta da República, porque o texto constitucional se refere, ali, à conceituação das áreas de proteção e não a cada reserva específica. Seria, aliás, um contra-senso criar-se uma Reserva Particular por Portaria e, para que fosse extinta, ter-se de obter uma autorização legislativa”.

Como o acórdão foi proferido em data anterior a Lei do SNUC, que, no seu art. 22, explicitou a determinação constitucional do art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, é possível que esse não seja mais esse o entendimento daquela Egrégia Corte.

De qualquer maneira, um dos objetivos do art. 225, § 1º, III, da Carta Magna, é exatamente submeter o Poder Executivo ao controle do Legislativo, nas hipóteses de alteração e supressão de espaços territoriais especialmente protegidos criados pelo próprio Executivo. Trata-se, enfim, de mais uma competência constitucional atribuída ao Poder Legislativo com o escopo de proteger o meio ambiente. Aliás, é bom lembrar, o controle legislativo, de natureza política e financeira, não é nenhuma novidade na ordem constitucional brasileira e muito menos na Constituição de 1988.⁸³

⁸³ Vide, por exemplo, a competência exclusiva do Congresso Nacional e do Senado para apreciar os atos do Poder Executivo (arts. 49, I, II, III, IV, XII, XIV, XVI e XVII; 52, III, IV, V e XII, CR); e convocação de Ministros de Estado (art. 50, CR); e apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3.º, CR) etc.

20. As RPPNs no Brasil e no Amazonas

Em todo Brasil, já foram reconhecidas mais de 150 (cento e cinquenta) RPPNs, totalizando 341.057,34 hectares protegidos.⁸⁴ A menor delas é a RPPN denominada *Chakra Grisu*, com área de 1 (um) hectare, localizada no Distrito Federal. A maior, a RPPN *Seringal Novo Destino*, está localizada no Município de Canutama-AM, com área de 104.000 hectares.⁸⁵

No Estado do Amazonas, existem 7 (sete) Reservas Particulares do Patrimônio Natural. A maioria está localizada no Município de Presidente Figueiredo, famoso por suas quedas d'água, cachoeiras e corredeiras, totalizando 104.345,96 hectares de áreas protegidas.⁸⁶

RPPNS NO AMAZONAS

NOME DA RESERVA ⁸⁷	MUNICÍPIO	ÁREA (há)	PORTARIA
SERINGAL NOVO DESTINO	Canutama	104.000,00	30/94-N
NAZARÉ DAS LAGES E LAGES	Manaus	52,06	49/95-N
BELA VISTA	Manaus	27,35	72/95-N
SÍTIO MORADA DO SOL	Presidente Figueiredo	43,55	88/96-N
ESTÂNCIA RIVAS	Presidente Figueiredo	100,00	66/97-N
SÍTIO BELA VISTA	Presidente Figueiredo	63,00	07/98-N
SANTUÁRIO	Presidente Figueiredo	60,00	139/98-N
TOTAL		104.345,96	

De acordo com informações divulgadas pelo próprio IBAMA, essa RPPNs não possuem Plano de Manejo por falta de recursos e apoio institucional, o que só vem a corroborar as palavras de Carlos

⁸⁴ Dados extraídos do Primeiro relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica, elaborado pelo MMA, em 1998, p. 91.

⁸⁵ V. lista das RPPNs divulgadas pelo IBAMA no site www.ibama.gov.br.

⁸⁶ V. Listas de RPPNs da Região Norte, divulgada pelo IBAMA no site www.ibama.gov.br.

⁸⁷ Quadro demonstrativo adaptado do quadro divulgado pelo IBAMA no site www.ibama.gov.br.

Alberto Mesquita, quando afirma que "as reservas privadas, reconhecidas ou não pelo poder público, já provaram que são uma ferramenta eficiente e eficaz para as estratégias conservacionistas, constituindo-se em ação de caráter complementar aos sistemas públicos de unidades de conservação. No entanto, seus donos, sejam eles indivíduos, famílias, empresas, comunidades ou ONGs, ainda não recebem o devido reconhecimento e apoio, que vai muito além das promessas e compromissos assumidos ao pé da legislação vigente. E isso, sem dúvida alguma, significa repensar e fomentar estratégias para o financiamento dessas unidades de conservação, que por sua vez viabilizará a tão desejada conservação ambiental".⁸⁸

Com o advento da Lei do SNUC, permitindo a exploração econômica de forma sustentável dessas áreas, espera-se que seus proprietários possam angariar os recursos financeiros necessários para a mantê-las e geri-las.

21. Considerações finais

As RPPNs são unidades de conservação, instituídas em áreas de domínio privado e integrantes do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, que têm por objetivos a proteção dos recursos ambientais representativos da região e conservação da diversidade biológica.

Não é, contudo, qualquer área que pode ser reconhecida como RPPN. Para tanto, é necessário que a área seja considerada de relevante importância pela sua biodiversidade, pelo seu aspecto paisagístico ou pelas suas características ambientais que justifiquem ações de recuperação. É imprescindível, pois, que o órgão ambiental constate a existência de interesse público para a proteção da área.

Como unidades de conservação de uso sustentável, nas RPPNs é possível a exploração do meio ambiente de maneira a garantir

⁸⁸ Mesquita, Carlos Alberto. *Instrumentos privados e mistos de apoio à conservação dos recursos naturais*. In *Revista de Direito Ambiental*, 4 (15): 94-102, jul./set., 1999.

a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo-se a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável.⁸⁹

Nelas poderão ser desenvolvidas atividades de cunho científico, cultural, educacional, recreativo, turístico e de lazer, bem como uma variedade de empreendimentos econômicos umbilicalmente ligados a essas atividades, como por exemplo, o manejo da fauna, através de criadouros, a apicultura, a piscicultura, a pesca desportiva, e, principalmente, as atividades de turismo e ecoturismo, com a conseqüente construção de pousadas, hotéis e similares. Todas essas atividades, no entanto, não podem comprometer o equilíbrio ecológico ou colocar em perigo a sobrevivência das populações das espécies existentes da reserva.

Nesse contexto, assume grande relevância o plano de manejo da RPPN, que é o documento técnico mediante o qual se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive com relação à implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade.⁹⁰

A Lei nº 9.985/2000, ao enquadrar as RPPNs na categoria de Unidade de Conservação de Uso Sustentável e revogar as disposições do art. 7º do Decreto nº 1.922/96, deu maior relevo ao conteúdo econômico dessas áreas e criou um grande estímulo para a instituição e reconhecimento de novas reservas, cujo escopo maior é, sem dúvida, conciliar a proteção ambiental com o uso sustentável dos recursos naturais.

A exploração econômica sustentável das RPPNs permitirá aos proprietários dispor dos recursos financeiros necessários para conservá-las, protegê-las e geri-las. É fácil constatar que as RPPNs

⁸⁹ Art. 2.º, XI, Lei do SNUC.

⁹⁰ Art. 2.º, XVII, Lei do SNUC.

têm suas maiores despesas concentradas não no ato de criação, mas sim na sua perene conservação, que envolve desde a confecção do plano de manejo da reserva, por profissionais qualificados, até o seu cotidiano gerenciamento, sendo indispensável pessoal adequadamente treinado para enfrentar as diversas atividades que possam ser desenvolvidas no interior da reserva.

Oxalá, o apelo econômico seja realmente suficiente não só para manter as atuais, como também estimular a criação de novas reservas.

DISCURSOS**DISCURSO DE SAUDAÇÃO
AOS NOVOS PROCURADORES (31/01/2202)**

“Tenho a honra eventual e efêmera de dirigir a Procuradoria Geral do Estado e, confesso, jamais, tive a oportunidade de tratar, como chefe, uma equipe que considero, sem desar para quem quer que seja, o escol das letras jurídicas do Amazonas”.

Essas foram as palavras do ex-Procurador Geral do Estado, Dr. Osmar Pedrosa, a duas décadas atrás, ao referir-se a equipe de Procuradores do Estado: *o escol das letras jurídicas do Amazonas*. A nós, Procuradores de hoje, incumbe zelar constantemente pela manutenção desse conceito diante da sociedade amazonense, tarefa que, indiscutivelmente, nossos antecessores se desincumbiram com sucesso.

A preocupação de todos que integraram ou integram essa Casa em manter esse reconhecimento público é tanta que, excetuado no momento da criação da Procuradoria Geral do Estado, a 30 anos atrás, todos os Procuradores eu por essa Casa passaram submetem-se a concurso de provas e títulos; todos, ou melhor a exceção de um, realizados por Instituições de fora do Estado, não porque não fôssemos capazes de executar tal mister, afinal sempre tivemos grandes juristas e professores de reconhecida reputação ilibada, mas para eu não pairasse nenhuma dúvida de que na Procuradoria Geral do Estado do Amazonas prima-se pela observância do princípio constitucional do mérito. Ressalte-se que no único concurso realizado pela própria Procuradoria, a preocupação com lisura do processo seletivo foi tanta que, no final apenas dois candidatos lograram êxito.

No concurso que vocês, Procuradores recém empossados,

se submeteram, a filosofia foi a mesma. A direção Maior desta Procuradoria teve o cuidado de encaminhar ao Nobre Conselho de Procuradores minuta do edital de concurso exatamente igual aos anteriores, como forma de demonstrar eu apesar de “novos” na condução desta Casa, havíamos recebido um legado de quase trinta anos e não iríamos, até pela formação moral e familiar que tivemos, mudar o rumo da história desta Procuradoria.

Eu o Procurador Geral do Estado, Dr. Jorge Henrique de Freitas Pinho, ambos oriundos de um mesmo concurso, feito no ano de 1986, quando era comum no Brasil o ingresso no serviço público através de indicação política ou de processos seletivos conduzidos, conseguimos realizar um sonho: integrar uma carreira jurídica porque obtivemos êxito em concurso sério, e meu mérito realmente prevaleceu.

Se essa foi a nossa forma de ingresso, não poderíamos jamais agir de outra maneira. Tivemos o cuidado de não compor sequer a Comissão de Concurso, muito menos a Examinadora. Indicamos para conduzir o certamente três Procuradores reconhecidos por suas capacidade intelectual e idoneidade moral, os Drs. Frânio Lima, Ana Eunice Carneiro Alves e Alzira Fonseca de Góes, aos quais de público aproveito para agradecer. Nenhum Procurador teve acesso as provas ou ajudou na correção. Nesse ponto, tudo foi executado pelo Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, instituição que congrega, como nome já o diz, advogados públicos, vários de renome nacional.

Portanto, nobres Colegas, vocês podem ter a certeza de que a alegria que devem estar sentido nesse momento ao assumir tão dignificante tarefa é fruto da competência de cada um e também da seriedade desta Casa de Procuradores que ao longo de três décadas tem tido como lema, a observância dos preceitos legais e morais que devem nortear toda a sociedade brasileira.

Nossa reputação advém do trabalho incansável de ex-Procuradores Gerais, como Osmar Pedro, Daniel Isidoro, Vicente de Mendonça, Jaime Maués, Elson Andrade, Carlos Fausto, Jorge de Rezende e Oldeney Sá Valente e de todo o Corpo de Procuradores

que nos antecederam, bem como dos atuais. Tradição, nome e reputação não nascem de um momento para o outro. É fruto de trabalho árduo.

Esse é o legado que vocês estão recebendo. Cultivem e passem para as gerações futuras.

Mas, o reconhecimento desta Procuradoria não advém tão somente da lisura de seus concursos. Somos Advogados do Estado e não somente Exercemos nossas funções de forma independente, na defesa incansável dos interesses do Estado.

Como diz Afonso Arinos de Melo Franco: "O processo único de se compreender a limitação do poder pelo direito, resulta na diferença eu existe entre Estado e Governo. Governo é uma coisa, Esta é outra. O governo é o grupo de homens que representa o poder do Estado, que atua em nome da vontade do Estado, mas que não é a vontade do Estado, nem dispõe arbitrariamente de seu poder".

Ademais, "as base racionais do Estado não podem estar à mercê de uma manifestação empírica do arbítrio ... O erro mais funesto de todos os sistemas chamados democráticos é justamente o de acreditar que tudo pode ser, no Estado, objeto de válidas deliberações por obra de qualquer maioria. Há, infelizmente, uma maldosa tendência das majorias para sacrificar as minorias, como há uma tendência egoísta dos mais fortes para oprimir os menos fortes. Mas justamente contra tais tendências existe o direito".

O nosso dever de Advogados Públicos é defender o "Direito", os interesses do Estado e não de Governos. É encontrar o equilíbrio entre os interesses do Estado, do Governo e da sociedade.

Temos que ter, entretanto, a clara percepção de que o Direito não está desassociado da Justiça, nem é sinônimo exclusivamente de normas positivadas. Afinal, nem sempre uma decisão é justa porque está conforme a regra posta no ordenamento jurídico.

Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto: O profissional do direito, pouco a pouco, se defronta com uma nova situação;

começam a falhar alguns de seus instrumentos metodológicos tradicionais; exige-se-lhe uma formação mais rigorosa para a compreensão dos fenômenos regidos pela ordem jurídica; devolve-se à aplicação do direito um sentido humanitário e vital que jamais deveria ter se perdido nas cristalizações das formas abstratas; realinham-se os valores, não pelos conceitos mas pelos interesses..... o jurista deste milênio estará mais próximo do espírito que da letra.”

Nós Procuradores do Estado devemos ter a exata compreensão de que ao defender os interesses do Estado, estamos defendendo o interesse de toda a coletividade, sem esquecer que a ordenamento jurídico visa garantir a justiça e que ser justo não significa simplesmente aplicar corretamente um dispositivo legal.

O Estado goza sim de privilégios, mas tais prerrogativas partem da premissa de que dessa forma permite-se que o interesse coletivo prevaleça. Quando, contudo, são usados contra o interesse social, há um total desvirtuamento de toda a concepção que criou esses mecanismos de proteção.

Na nossa atividade diária nos defrontamos constantemente com essa dialética: direito e justiça e interesse do Estado, do Governo e da sociedade. Optemos sempre pela justiça e pelo interesse social.

Por último, esta Procuradoria desde 1997 tem sido constantemente reestruturada para que possa cumprir o seu mister. Para tanto, contamos sempre com a compreensão do S. Exa. o Governador Amazonino Mendes que dentre outras coisas, possibilitou o aumento de 33 cargo de Procuradores para 56, sendo nosso dever agradecê-lo publicamente.

INDRA MARA BESSA
Subprocuradora-Geral do Estado

**EXMO.SR.DR. JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO –
PROCURADOR GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS E
PRESIDENTE DO CONSELHO DE PROCURADORES.**

**EXMA. SRA. DRA. INDRA MARA BESSA – SUBPROCURADORA
GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS**

**DEMAIS AUTORIDADES PRESENTES,
EXMOS. COLEGAS PROCURADORES DO ESTADO DO
AMAZONAS,
SENHORES FUNCIONÁRIOS DA PROCURADORIA GERAL,
MINHAS SENHORAS, MEUS SENHORES:**

MEUS ILUSTRES IRMÃOS E NOVOS COLEGAS PROCURADORES DO ESTADO DO AMAZONAS, DRA. MARIA BETUSA DA SILVA ARAÚJO E DR. MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO, a Associação dos Procuradores do Estado quer dizer a vocês, permitam que já agora lhes trate dessa maneira, da nossa manifesta alegria e felicidade ao recebê-los nesta casa, pois após se submeterem a rigoroso Concurso Público de provas e títulos, alcançaram o êxito final, pelas qualidades intelectuais de cada um e, pelo brilho da inteligência fulgurante que possuem, aliada a juventude, que com absoluta certeza os conduzirá sempre pelos caminhos da Justiça e do Direito, apanágio maior de atuação da Procuradoria Geral do Estado. Com certeza vos afirmo, estais em meio de amigos e agora juntos, lado a lado, caminharemos na Defesa dos elevados interesses do Estado do Amazonas, dividindo juntos, as dores e as vitórias que conseguirmos. O momento de vossa posse torna-se histórica, pois se configura no ano de comemoração dos 30 anos de Fundação da Procuradoria Geral do Estado, e lhes asseguro que o desenvolvimento da instituição e o respeito que conquistou durante esse espaço de tempo, valeu a pena, e a chegada de Vossas Excelências irá continuar a escrever e engrandecer a história desta casa, sem falsa modéstia, elite do pensamento jurídico do Estado do Amazonas. A Associação dos Procuradores do Estado do Amazonas – APEAM da qual sou seu humilde presidente, encontra-se de portas

e coração abertos para acolhe-los para que participem da vida associativa, com o seu apoio, suas idéias renovadoras, com a adesão dos ilustres colegas, cresceremos ainda mais, com a sua colaboração seremos também, ainda mais fortes. Não poderíamos deixar de neste momento, de fazer alguns agradecimentos especiais, ao Exmo. Sr. Governador do Estado do Amazonas Dr. Amazonino Armando Mendes, pela nomeação de V.Ex.as, mais também pelo empenho e dedicação que tem demonstrado aos anseios da Procuradoria Geral do Estado e de seus Procuradores, com a visão do futuro, admitindo a renovação física e intelectual desta casa, preparando-a e equipando-a para as novas realidades do mundo moderno e as constantes transformações do mundo jurídico brasileiro. Nossos sinceros agradecimentos ao Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado Dr. Jorge Henrique de Freitas Pinho, que sempre endossou os pleitos de seus colegas Procuradores, face ao seu elevado respeito e consideração por todos nós, sua determinação em alcançar os objetivos determinados e, pelas transformações que possibilitou, sempre para melhor e, mais alto para a Procuradoria Geral do Estado e o apoio as pretensões da Associação dos Procuradores do Estado – dispensando a nossa APEAM o apoio necessário as nossas metas, muito obrigado. A Exma. Sra. Subprocuradora Geral do Estado Dra. Indra Mara Bessa, que incansavelmente tudo tem feito para que se mantenha o padrão destacado de trabalho da Procuradoria Geral e pelo apoio que sempre também dedicou a APEAM, a demonstração desse apoio, nos encoraja e nos proporciona um novo alento para que possamos continuar a luta pelos interesses da classe. Muito obrigado também a V.Ex.a. Meus diletos colegas, Procuradores do Estado do Amazonas Dra. Maria Betusa da Silva Araújo e Dr. Marcello Henrique Soares Cipriano, sejam bem - vindos em nosso meio, permitam que lhes sintetize todo o nosso sentimento, com a seguinte frase: **COLOQUE SEUS IDEAIS NAS ESTRELAS, MESMO QUE VOCÊ NÃO CONSIGA ALCANÇAR A METADE DO CAMINHO. TOLSTOI.** Muito obrigado muitas felicidades.

ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALLES

Presidente da Associação dos Procuradores

Exmo. Governador do Estado, etc.

Senhoras e senhores,

Na condição de cabeça da lista dos Procuradores do Estado recém-nomeados, vi-me no dever, imposto pela tradição desta casa, de proferir o presente discurso - se é que assim posso chamá-lo - em nome de todos nós, hoje empossados.

Em um primeiro momento, devo confessar que receei não lograr me desincumbir a contento desta tarefa.

Afinal, o que dizer em um discurso de posse, que já não tenha sido dito anteriormente, ou de melhor forma?

Concluía eu então que a solenidade exigia um discurso longo e formal... (pausa)

...mas para a sorte de todos, mudei de idéia e decidi que melhor seria se este discurso se resumisse a uma simples e muito breve alocução.

De início, transmito, a pedido de meus colegas, os agradecimentos a nossos respectivos pais, nossos primeiros e mais importantes educadores. Particularmente, agradeço aos meus pais, que me ensinaram, à força de exemplos, não apenas a buscar conhecimentos, mas, acima de tudo, a cultivar os valores éticos que norteiam a minha vida.

Dito isto, quero expressar nosso orgulho por termos passado em um concurso público difícil, disputado e imaculado.

Eis-nos Procuradores do Estado.

Mas qual o real significado desta posição que conquistamos?

Penso que ser um Procurador do Estado significa, primeiro

que tudo, ser um servidor público. E embora nos dias de hoje, para muitas pessoas isto seja quase depreciativo, em verdade significa que nos cabe o respeitável papel de servir a um ente público, de velar, portanto, por interesses alheios, e que são, a um só tempo, não só do Estado, mas de todos nós, em última instância. Vale dizer, seremos, em grande medida, verdadeiros guardiões da coisa pública, e como tal, devemos ter sempre em mente a dignidade e o decoro que o cargo e as funções exigem e merecem.

Ser Procurador do Estado significa também exercer o nobre ofício da advocacia pública, representando, em juízo ou fora dele, os interesses do Amazonas; prestando-lhe consultoria jurídica. Em uma palavra, defendendo o nosso Estado. E esta fusão da atividade do advogado com os fins públicos resulta em um múnus cuja excepcional relevância dispensa maiores considerações.

Por derradeiro, ser Procurador do Estado (e Procurador do Estado do Amazonas, para ser mais exato) significa fazer parte de um grupo de profissionais de elite.

Não é demais dizer que a Procuradoria Geral do Estado, a PGE, há já um bom tempo, é por todos reconhecida como um verdadeiro centro de excelência, aglutinando em seus quadros muitos dos melhores profissionais de formação jurídica do Amazonas. E é assim porque a prática reiterada de concursos públicos de inatacável lisura, instalou aqui o paradigma da meritocracia na sua composição.

A PGE é hoje, reconhecidamente, um exemplo de órgão estatal eficiente e que consagra o princípio do merecimento, e por tal motivo, temos como evidente o valor desta Procuradoria. Questionar-lhe os bons serviços é grave equívoco que não possui argumento nem cabimento.

Mas precisamente por causa da decantada excelência da PGE, e, por via de conseqüência, dos Procuradores do Estado do Amazonas, me perpassam dois sentimentos antagônicos.

Por um lado, é uma honra, e sobretudo uma alegria, integrar um grupo tão seleta composto de tão bons profissionais.

Ao mesmo tempo, porém, o elevado padrão desta casa será sempre uma responsabilidade a pesar sobre nós, a nos exigir, mas, antes, a nos inspirar a darmos o que temos de melhor. Porque o melhor é o que o Amazonas merece, e é o que, certamente, receberá de nós!

Este é o compromisso solene que assumimos ao ingressar nesta casa, onde encontramos colegas e amigos e onde faremos muitos outros. E este compromisso é tanto mais acentuado ao lembrarmos que alguns de nós hoje empossados, quiçá todos, passarão boa parte de suas vidas aqui, onde desenvolveremos o nosso trabalho com dedicação e sem olvidar os ensinamentos sempre pertinentes do grande Ruy:

Acostuma-te a ouvir, para alcançar a entender.

Habitua-te a esperar, para lograr concluir.

Não delires nos teus triunfos.

Para não arrefeceres, imagina que podes vir a saber tudo.

Para não seres presunçoso, reflete que, por muito que souberes, muito pouco terás chegado a saber.

Muito obrigado.

RÔMULO DE SOUZAS CARPINTEIRO PÉRES

Procurador do Estado



GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS
Impresso nas oficinas gráficas de
IMPRESA OFICIAL DO ESTADO
Rua Dr. Machado, 86 - Centro
Manaus - Amazonas - Brasil

