



ESTADO DO AMAZONAS

REVISTA
DA
PROCURADORIA
GERAL
DO
ESTADO



26

**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. 20 | nº 26 | 2003 |
|--------|--------|-------|-------|------|

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

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

Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos:
NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO

Comissão Editorial:

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA, Procuradora do Estado
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE, Procuradora do Estado
JÚLIO CEZAR LIMA BRANDÃO, Procurador do Estado

Comissão de Revisão:

MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA - Bibliotecária
ANARCILA MARIA CAVALCANTE GUIMARÃES - Bibliotecária
MARIA RITTA SOARES CAVALCANTE - Bibliotecária

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-

1983-2003 (1-26)

D.Q.C. 340.05



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

CARLOS EDUARDO DE SOUZA BRAGA
Governador do Estado do Amazonas

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Subprocurador-Geral do Estado

PROCURADORES DO ESTADO EM 2003

1ª CLASSE

Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles
Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes
Ana Eunice Carneiro Alves
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
R. Frânio A. 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
Júlio César Lima Brandão
Luís Carlos Paula e Sousa
Maria Florencia Silva
Maria Hosana Machado de Souza
Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro
Onilda Abreu da Silva
Roberta Ferreira de Andrade
Ronald de Sousa Carpinteiro Péres
Ruy Marcelo Alencar de Mendonça
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato
Suely Xavier Lima
Vitor Hugo Mota de Menezes

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 e Silva
Heloyza 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

PROCURADORES APOSENTADOS

Adalberto Andrade de Menezes
Adson Sousa Lima
Alberto Guido Valério
Antônio Mendes do Carmo
Benedito de Jesus Azedo
Elson Rodrigues de Andrade
Eros Pereira da Silva
Fernando de Melo Collyer Cavalcante
Flávio Cordeiro Antony
Jacirema Santana Paes
Jaime Carvalho Arantes

Jairne Roberto Cabral Índio de Maués
Jari Vargas
João Bosco Dantas Nunes
José Bernardo Cabral
José das Graças Barros de Carvalho
José Martins de Araújo
Leonor do Carmo Mota Vila
Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins
Miosótis Castelo Branco
Oldeney Sá Valente
Paulo Lobato Teixeira
Roosevelt Braga dos Santos
Ruy Brasil Corrêa
Sebastião David de Carvalho
Sílvia Pucú Stephano
Vicente de Mendonça Junior
Wandina de Araújo Oliveira

SUMÁRIO

PARECERES

| | |
|--|----|
| <i>Parecer nº 1420/03-PA/PGE. SEC - Consulta sobre pagamento de serviços à Contratada. Heloysa Simonetti Teixeira</i> | 15 |
| <i>Parecer nº 1407/03-PA/PGE.PMAM. Descumprimento de cláusula contratual pela empresa contratada. Inadimplência junto ao INSS. Heloysa Simonetti Teixeira</i> | 25 |
| <i>Parecer nº 1425/03-PA/PGE. AGECOM. Prorrogação de contrato empenhado por estimativa. Consulta. Maria Florencia Silva</i> | 38 |
| <i>Parecer nº 1136/03-PA/PGE. SUSAM. Possibilidade de cobrança de multa moratória por concessionária de serviços postais a entes públicos. Kalina Maddy de Macêdo.....</i> | 44 |
| <i>Parecer nº 053/03-PPE/PGE. Suspensão disciplinar precedida de afastamento com corte de vantagem. R. Frânio A. Lima</i> | 50 |
| <i>Parecer nº 063/02-PPE/PGE. Normas sobre estágio probatório aplicáveis aos Procuradores do Estado. Consulta. R. Frânio A. Lima</i> | 55 |
| <i>Parecer nº 113/02-PPE/PGE. Gratificação de Atividade Industrial. Pagamento relativamente aos dias de comparecimento a sessões de júri. Pendência de processo disciplinar. R. Frânio A. Lima.</i> | 66 |
| <i>Parecer nº 001/03-PPE/PGE. Revisão de base de cálculo dos "quintos". Ana Eunice Carneiro Alves</i> | 75 |
| <i>Parecer nº 185/03-PPE/PGE. Substituição da vantagem dos "quintos" pelo benefício do art. 140 da Lei nº 1.762/86. Pedido. Ana Eunice Carneiro Alves.....</i> | 79 |

| | |
|--|-----|
| <i>Parecer nº 198/03-PPE/PGE. Pedido de pensão. Comprovação de condição de companheira mediante justificação judicial. Ana Eunice Carneiro Alves</i> | 83 |
| <i>Parecer nº 130/03-PPE/PGE. Possibilidade de relotação de integrantes da carreira do magistério. Consulta. Isabela Péres Russo Andrade</i> | 88 |
| <i>Parecer nº 201/03-PPE/PGE. SEFAZ. Alcance da proibição contida no inciso XIII do art. 150 do Estatuto Geral. Consulta. Isabela Péres Russo Andrade</i> | 94 |
| <i>Parecer nº 02/03-PPT/PGE. Acumulações de empregos com função remunerada em fundação pública. Consulta. Leonardo Prestes Martins</i> | 104 |
| <i>Parecer nº 15/03-PPT/PGE. AFEAM. Cessão ou disponibilidade de servidores celetistas ou estatutários que cursam administração pública, nos termos da lei nº 2.778/2002. Consulta. Simonete Gomes Santos.....</i> | 112 |
| <i>Parecer nº 16/03-PPT/PGE. CIAMA. Proposta de transação em processo trabalhista sub judice. Vivien Medina Noronha.....</i> | 116 |
| <i>Parecer nº 023/03-PPT/PGE. FUNTEC. Cumprimento de Convenção Coletiva de Trabalho. Alberto Bezerra de Melo.</i> | 125 |
| <i>Parecer nº 07/03-PPT/PGE. SEAD. Enquadramento em quadro suplementar. Consulta. Alberto Bezerra de Melo.....</i> | 133 |
| <i>Parecer nº 017/03-PPT/PGE. SEFAZ. Produtividade médica de servidores estaduais. Consulta. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres</i> | 137 |
| <i>Parecer nº 02/03-PROCONTE/PGE. SEFAZ. Transferência da Administração dos Créditos da Dívida Ativa. Paulo José Gomes de Carvalho.....</i> | 166 |

| | |
|--|-----|
| <i>Parecer nº 01/02-PE/DF-PGE/AM. Pagamento de participação ao proprietário da terra previsto na Lei nº 9.475/97 - Lei do Petróleo. Sandra Maria do Couto e Silva e Ruy Marcelo Alencar de Mendonça.....</i> | 177 |
|--|-----|

TRABALHOS FORENSES

| | |
|--|-----|
| <i>Impugnação na Ação Fiscal promovida pelo Serviço de Arrecadação do INSS/AM. Roberta Ferreira de Andrade Mota.....</i> | 185 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Recurso Especial no Agravo de Instrumento. Navezon Linhas Internas da Amazônia S/A. Roberta Ferreira de Andrade Mota....</i> | 203 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Ação Reivindicatória com antecipação de tutela contra N. L. Coutinho & Filhos Ltda. Evandro Ezidro de Lima Régis.....</i> | 217 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Contestação à Ação de Desapropriação indireta. Evandro Ezidro de Lima Régis</i> | 224 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Contra-Razões ao Recurso de apelação nos autos de Embargos a Execução opostos por Manaus Energia S/A. Anna Karina Leão Brasil Salama</i> | 240 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Embargos Declaratórios. Rdo. Paulo dos Santos Neto</i> | 260 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>Recurso Extraordinário. Rdo. Paulo dos Santos Neto.</i> | 266 |
|---|-----|

DOUTRINA

| | |
|---|-----|
| <i>Princípios Gerais do Direito Público. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho e Andrea Lasmar de Mendonça</i> | 287 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| <i>A Execução Judicial em matéria ambiental. Vitor Hugo Mota de Menezes.</i> | 311 |
|---|-----|

DISCURSO

| | |
|---|-----|
| <i>De Posse do Procurador-Geral do Estado do Amazonas, R. Frânio A. Lima.....</i> | 324 |
|---|-----|

JURISPRUDÊNCIA

| | |
|---|-----|
| <i>Embargos de Declaração. Concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial. Deferimento. Des. Ubirajara Francisco de Moraes</i> | 331 |
|---|-----|

PARECERES

PROCESSO Nº 4631/2003 - PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Cultura

ASSUNTO: Consulta sobre pagamento de serviços à Contratada

PARECER Nº 1420/2003-PA/PGE

ADMINISTRATIVO. CONSULTA SOBRE PAGAMENTO DE SERVIÇOS.

- O regime de execução do contrato deve ser imposto de acordo com a natureza dos serviços que serão prestados.
- No regime de execução por preço unitário, a forma de pagamento se dá conforme a utilização dos serviços, comprovada mediante apresentação de nota fiscal/fatura correspondente.

Senhora Procuradora-Chefa:

Aguardando pronunciamento desta Especializada, a Secretaria de Estado da Cultura submete a exame o Processo nº 4631/2003, que trata de matéria atinente à execução e pagamento do Termo de Contrato nº 12/03, celebrado com a empresa Degraí – Comércio e Prestação de Serviços Ltda.

O objeto avençado cinge-se à prestação de "serviços de transporte em caminhão baú para atender às necessidades da Secretaria de Estado da Cultura, conforme proposta constante do Processo nº 380/2003-SEC e do Projeto Básico, os quais se encontram rubricados pelas partes e passam a integrar o presente instrumento, como se nele estivessem transcritos." (Cláusula Primeira – Objeto).

Neste momento, o ínclito Secretário de Estado da Cultura, Dr. Robério dos Santos Pereira Braga, solicita parecer desta PGE,

“tendo em vista que o representante da contratada entende que o valor a ser faturado mensalmente é o de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) conforme Cronograma de Desembolso.

Esta Secretaria entende que o pagamento só pode ser efetuado no valor acima mencionado quando a empresa atingir a quantidade de trinta *transfer*, vez que o Projeto Básico, item 06 discrimina que a prestação de serviço contratada é de 210 *transfers*, ao valor unitário de R\$ 250,00, perfazendo um total de R\$ 52.000,00, bem como a SEC entende que deve ser cumprido o que estabelece o objeto, a cláusula 8 do Contrato e a observação contida no item 07 do Projeto Básico que descreve “O pagamento será efetivado à medida que forem sendo realizados os serviços”.

Instruem os autos, no que interessa:

- Ofício n. 1.692/2003 – SEC/GS;
- Carta da empresa Degral – Comércio e Prestação de Serviços Ltda
- Recibos;
- Nota fiscal de serviços nº 000076;
- Cópia da Nota de empenho nº 387;
- Certidões Negativas de Débito da Contratada;
- Cópia do Termo de Contrato nº 12/03 e publicação;
- Projeto básico;
- Cópia do Convite nº 056/2003.

A finalidade do presente exame é refletir acerca da questão posta pela Consulente sobre o dever ou não de pagar o valor mensal de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) ao Contratado, independentemente da quantidade de transportes que forem realizados, como quer a empresa.

Para se chegar à solução do problema, a matéria envolve apreciação sob os seguintes aspectos: natureza do contrato celebrado e necessidade de projeto básico; diferença entre a prestação de serviços em regime por empreitada por preço global e por preço unitário; definição sobre a forma de pagamento.

1. DA NATUREZA DO CONTRATO CELEBRADO E NECESSIDADE DE PROJETO BÁSICO.

Para determinar a natureza da avença é imprescindível analisar, em primeiro lugar, o objeto pretendido pela Administração Pública. Nessa esteira de raciocínio, entendo necessário oferecer curtas considerações acerca do projeto básico, para, ao depois, adentrar no mérito da natureza do contrato.

Quando a Administração Pública pretende contratar, antes de se decidir sobre a modalidade de licitação a ser adotada e verificar a existência de recursos orçamentários, a Lei de Licitações exige a feitura do projeto básico, consoante dispõe o art. Art. 7º, I e § 2º, nos seguintes termos:

“Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I – projeto básico;

.....

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I – **houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;**”
(grifei)

De conformidade com o art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/93, o projeto básico é necessário para caracterizar o objeto pretendido pela Administração. Em termos de definição legal o dispositivo é elucidativo e didático, ao indicar com precisão o que se deve ter como projeto básico:

“Art. 6º (...)

Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviço objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e realização das obras de montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;”

Constata-se que o projeto básico, a despeito de trazer elementos definidores muito mais voltados para obras e serviços de engenharia, apresenta um conjunto de elementos que permite uma completa especificação do objeto que se quer contratar, proporcionando uma linha norteadora para elaboração das propostas, além de possibilitar o controle pelos órgãos que exercem essa função, como também pelos interessados em participar do certame. Acredito, que, quando se tratar de outros serviços que não sejam os de engenharia, pode-se fazer a adaptação das exigências técnicas enumeradas no dispositivo às particularidades e especificações próprias do serviço que será contratado.

Esse instrumento constitui-se elemento condicionador para a deflagração da licitação, posto que, embora não atendendo de modo minucioso ao que dita a lei, por impossibilidade material, o projeto básico para outros serviços define com clareza o objeto, impõe o modo de execução, menciona prazos para conclusão dos serviços e estabelece condições de pagamento, por exemplo.

Estas notas introdutórias servem para explicitar a importância do projeto básico para determinar a natureza do contrato e para a feitura do futuro instrumento de contrato. Afinal, as condições ditadas no projeto básico integram o instrumento convocatório e, conseqüentemente, o próprio contrato, mesmo que neste não estejam transcritas. No caso em apreço, conforme impõe a Cláusula Primeira – Objeto, o projeto básico constitui-se anexo do termo de contrato.

Passando à análise dos fatos, da leitura do projeto básico exibido às fls 27-30, vê-se que o objeto “prestação de serviços de transporte em caminhão baú” demonstra claramente que a natureza do contrato celebrado é de prestação de serviço, e será realizado sempre que demandado pela Administração.

Nesse regime de prestação de serviço, o caminhão fica sob a guarda do prestador que dele poderá dispor livremente, obrigando-se atender à Secretaria somente quando requisitado. Frise-se que que o objeto do contrato é apenas a prestação do **serviço de transporte**. Em conseqüência, esse regime de execução refletirá na forma de pagamento, que corresponderá

ao total de transportes efetivamente realizados, comprovados mediante fatura ou nota fiscal.

Esclareça-se que não estamos diante de contrato de locação de veículo, segundo o qual o locador cede para uso do locatário um bem de sua propriedade, para que este o utilize do modo que lhe aprouver. Em se tratando de locação de veículo, é estipulado previamente um valor mensal global a ser pago ao locatário.

Como bem explicitado no projeto básico, no Cronograma de Execução, campo Especificação, "os *transfers* serão requisitados à medida que forem sendo necessários". Alie-se a esse fato, que o Orçamento Analítico discrimina os serviços, a unidade e estima a quantidade e o valor unitário de cada *transfer*.

Dessas condições tomou conhecimento a empresa licitante ao receber o convite, o que lhe serviu de base para formulação de sua proposta. E nem poderia ser diferente, posto que o projeto básico é disponibilizado aos interessados em participar do certame antes da data de realização do mesmo, razão por que grifei a parte final do inciso I, do parágrafo 2º, artigo 7º, citado logo no início deste parecer.

Assim, é possível concluir que estamos diante de um contrato cuja natureza é de prestação de serviços de transporte e não de contrato de locação de veículo, conforme se depreende do conteúdo do projeto básico, parte integrante do instrumento contratual.

Feitas estas considerações, passemos a abordar acerca da escolha do regime de execução do contrato.

2. REGIME DE EXECUÇÃO POR PREÇO GLOBAL E POR PREÇO UNITÁRIO.

A execução dos contratos, quando indiretamente, pode ser feita mediante regime de empreitada por preço global ou por preço unitário. A definição desses dois regimes está inscrita no corpo da Lei nº 8.666/93, no art. 6º, VIII, "a" e "b".

Na estrita redação da Lei, diz-se **empreitada por preço global** "quando se contrata a execução da obra ou do serviço por

preço certo e total”, e **por preço unitário**, “quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas.”

Esmiçando as definições legais, temos que, sempre que se contrata uma obra, por ex., previamente definida, que será entregue pronta e acabada, ou um serviço certo, em quantidade e especificação, por preço ajustado previamente pelo total a ser executado, temos um contrato com regime de execução por empreitada por preço global.

No entanto, se a Administração deseja contratar um serviço cuja quantidade é apenas estimada, podendo apresentar variações de acordo com a necessidade do Contratante, e com preço estipulado por unidade de serviço a ser prestado, então, estamos diante de hipótese de contrato com regime de execução por empreitada por preço unitário. Considera-se por preço unitário porque o modo de execução será norteadado pela quantidade da demanda pelos serviços pretendidos, com base no preço da unidade de serviço e não pelo preço global. Logo, esse tipo de execução refletirá, inexoravelmente, na forma de pagamento.

Na situação em análise, o valor unitário do *transfer* foi fixado em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais). O valor estimado total para o contrato, pela SEC, situou-se em torno de R\$ 50.400,00 (cinquenta mil e quatrocentos reais), se atingida a média mensal de R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais), considerando a quantidade estimada de 210 fretes ao mês.

A mim, não resta dúvida que, pelas especificações do projeto básico, que integrou o convite, portanto, foi dado a conhecer aos licitantes, estamos diante de um contrato de prestação de serviços com regime de execução por preço unitário. Significa dizer que o pagamento a ser efetivado ao Contratado tomará como parâmetro a quantidade de serviços requisitados durante o mês de referência. Interpretação diferente contraria a própria instrução dos autos.

A título de argumentação, ainda que não houvesse a explícita referência ao modo de execução do contrato no projeto básico, o regime jurídico dos contratos administrativos permite a alteração do contrato, por acordo entre as partes, com o fim de modificar o regime de execução da obra ou do serviço, em face

de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários, previsto no art. 65, II, "b" do Estatuto Licitatório.

Do que deflui a possibilidade de alteração das cláusulas inicialmente pactuadas, para melhor adequar o instrumento contratual às necessidades da Administração, entendidas como as que melhor consultam ao interesse público.

Assim, já é possível definir que se cuida de contrato de prestação de serviços, com regime de execução por preço unitário.

3. DEFINIÇÃO DA FORMA DE PAGAMENTO

Cumpre-me, então, após a conclusão da natureza do contrato e de seu regime de execução, refletir acerca da forma de pagamento do contrato. Aqui reside o cerne da questão.

Consoante fartamente demonstrado, o regime de execução do ajuste firmado deve ser o de execução por preço unitário. O reflexo inexorável na forma de pagamento é que o Estado só deve pagar pelo que foi efetivamente executado, tendo como base o preço unitário previamente acordado.

Convém, por oportuno, lembrar que o empenho da despesa, em virtude do regime de execução do contrato, é estimado, podendo ser suplementado se for necessário.

Dessa feita, a favor dos argumentos expendidos pela Secretaria de Cultura milita toda a legislação analisada até aqui. Por conseguinte, a nota fiscal de serviços deve ser emitida indicando a quantidade de serviços prestados durante o mês. O procedimento é este em face de se tratar de serviços com quantidade estimada, atestada pelo servidor competente, podendo variar para mais ou para menos, conforme já se disse alhures.

4. CONCLUSÃO

Não obstante a conclusão lógica da análise efetuada conduzir-nos à constatação de que assiste razão à interpretação oferecida pela Secretaria, qual seja a de que o pagamento deve ser de acordo com a quantidade de *transfers* efetuada, devo salientar que tal polêmica poderia ter sido evitada não fosse pela ocorrência de equívoco na elaboração do instrumento de contrato, quanto à redação das Cláusulas: Segunda – Regime de Execução, Sétima: Do preço dos serviços e Cláusula Vigésima Primeira –

Dotação Orçamentária. Enganos dessa natureza dão azo a possíveis controvérsias, como esta de que se trata.

Contudo, o deslinde da questão é simples, bastando que se faça um Termo Aditivo de Retificação ao Termo de Contrato nº 12/03, autorizada que está a Administração pelo art. 58, I da Lei nº 8.666/93, que confere a ela a prerrogativa de modificar os contratos administrativos, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados, os direitos do contratado. A correção sugerida deverá seguir os seguintes termos:

“CLÁUSULA SEGUNDA – REGIME DE EXECUÇÃO: Os serviços ora contratados serão realizados sob o regime de empreitada por preço unitário.

CLÁUSULA SÉTIMA – DO PREÇO DOS SERVIÇOS – O valor unitário dos serviços é de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), por cada transfer realizado.

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMEIRA – DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E EMPENHO – A despesas com a execução do presente contrato correrão à conta da seguinte dotação: UO: 20101, Programa de Trabalho: 13122000150940, Natureza da despesa 3390039, Fonte: 100, tendo sido emitida a Nota de Empenho nº 387, em 15.09.03, no valor estimado de R\$ 25.000,00.”

O presente aditamento servirá para ajustar as reais condições da contratação, que deixaram de ser observadas no momento da concretização da avença. Por outro lado, harmonizam-se com as demais disposições contratuais e com o projeto básico, que vincula o contrato.

Por fim, devo recomendar à Secretaria que passe a dedicar todo desvelo na condução de seus contratos, a fim de evitar transtornos que afetam a continuidade dos serviços públicos.

É o parecer, que submeto à sua apreciação.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus, 20 de novembro de 2003.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 4631/2003 - PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Cultura

ASSUNTO: Consulta sobre pagamento de serviços à Contratada

DESPACHO

ACOLHO o parecer da lavra da Drª Heloysa Simonetti Teixeira.

ENCAMINHEM-SE os autos ao Gabinete do Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 21 de novembro de 2003.

NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO

Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 4631/2003 - PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Cultura

ASSUNTO: Consulta sobre pagamento de serviços à Contratada

DESPACHO

APROVO na íntegra, por seus fundamentos jurídicos e legais, o **Parecer nº 1420/2003-PA/PGE** da lavra da ilustre Procuradora do Estado **Heloysa Simonetti Teixeira**.

ENCAMINHEM-SE os autos à Secretaria de Estado de Cultura, observando-se as formalidades de praxe.

CUMPRA-SE.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, Manaus, 25 de novembro de 2003.

CARLOS ALEXANDRE M. C. M. MATOS

Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 0704/2003 - PGE**INTERESSADO:** Polícia Militar do Estado do Amazonas**ASSUNTO:** Descumprimento de cláusula contratual pela empresa contratada. Inadimplência junto ao INSS.**PARECER Nº 1407/2003-PA/PGE****“ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DE CLAÚSULA CONTRATUAL PELA CONTRATADA. INADIMPLEMENTO JUNTO À SEGURIDADE SOCIAL E AO FGTS. DEMANDA TRABALHISTA.**

- Dever de fiscalização rigorosa do cumprimento das cláusulas contratuais da Administração Pública, em especial quanto às obrigações tributárias e previdenciárias, como condição para que se efetive o pagamento.
- Necessidade de retenção da alíquota de 11% ao INSS, nos contratos em que o Estado for tomador de serviços terceirizados, em consonância com a Lei nº 9.711/98.”

Senhora Procuradora-Chefa:

Aprecia-se, nesta oportunidade, matéria oriunda da Procuradoria de Pessoal Temporário, por meio da Promoção nº 500/2002-PPT/PGE, da lavra do Procurador do Estado, Dr. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres, que sugere oitiva desta Especializada.

De acordo com a instrução processual, trata-se de demanda trabalhista ajuizada por Vandilurdes de Souza Dias e Rozinaldo Fernandes dos Santos contra a empresa BRASILCON LTDA. O Estado do Amazonas foi chamado para compor a lide em face de contrato de prestação de serviços de conservação e limpeza que mantém, por intermédio da Polícia Militar do Amazonas, com a empresa demandada.

Em Primeira Instância, o Estado recebeu condenação para responder subsidiariamente pelo débito trabalhista, decisão contra a qual o Estado recorreu. Menciona o i. Procurador que incidentes processuais conduzirão, possivelmente, ao desfecho da contenda no prazo aproximado de três anos, de modo desfavorável ao Estado, tendo em vista tratar-se de matéria sumulada pelo TST.

Informa, ainda, a citada Promoção, que a Reclamada, em audiência, por seu preposto, admitiu os fatos, sem, sequer, recorrer da sentença, o que denota total desinteresse em resolver definitivamente a questão, permitindo que o Estado fosse condenado a pagar por um débito que não lhe cabe, prosseguindo a lide contra a decisão que lhe fora desfavorável.

Ressalte-se que dentre os débitos reclamados incluem-se os referentes ao INSS e ao FGTS.

Constatado que a Polícia Militar do Estado do Amazonas ainda mantém contrato de prestação de serviços de conservação e limpeza com a Reclamada, sugere o ilustre Procurador a manifestação desta Especializada acerca dos fatos, propondo a rescisão contratual e adoção de providências no sentido de orientar os órgãos estaduais a respeito da exigência de comprovação, por parte do Contratado, de quitação de suas obrigações junto ao INSS e ao FGTS.

É o relatório, passo a opinar.

1. Para melhor entendimento, parece-me mais didático dividir em tópicos as matérias que envolvem o tema, para, ao depois, apresentar a conclusão. Assim sendo, diante dos fatos apontados, sobleva abordar acerca da responsabilidade da tomadora de serviços em relação aos encargos previdenciários e sua regulamentação; descumprimento de cláusulas contratuais e suas conseqüentes sanções e, finalmente, as providências que devem ser adotadas pelo Estado do Amazonas em defesa de seus interesses.

2. DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO AOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS COMO TOMADORA DE SERVIÇOS - REGULAMENTAÇÃO

Preliminarmente, convém tecer curtas considerações a respeito dos contratos nos quais o Estado assume a posição de tomador de serviços, no que concerne à responsabilização pelo recolhimento dos encargos previdenciários.

É ressabido que a terceirização é uma tendência mundial, utilizada que vem sendo como forma de diminuir a participação do Estado nas atividades econômicas.¹ Jessé Torres externa seu pensamento sobre a terceirização, ressaltando que sua concepção “prende-se à necessidade de buscar alternativas válidas à ressabida insuficiência estatal na gestão de serviços públicos.”² No Brasil, a terceirização encontra seus primórdios no Decreto-lei nº 200/67, que trazia no art. 10 §7º, a seguinte redação:

“Capítulo III – Da descentralização

Art. 10 – A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada.

§7º Para melhor desimcumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da

1 “Os fornecedores, terceiros que absorvem as atividades-meios, podem e devem ser mais eficientes e baratos porque são especializados e têm na prestação de serviço a sua atividade-fim. Cria-se uma cadeia cliente-fornecedor que subsiste e se desenvolve pela melhoria contínua do sistema. As estruturas de controle diminuem, níveis hierárquicos reduzem-se e o consumidor final beneficia-se pela melhor qualidade e menor custo. A terceirização é uma tendência mundial, imposta pela dura competição nos mercados internos e entre países. No Brasil, sua prática esbarrava num enunciado anterior do TST, que obrigava as empresas à manutenção de estruturas inchadas, pesando nos seus custos e inviabilizando sua performance” – Nelson Saviolli, artigo publicado no jornal O GLOBO, edição de 19.02.94, p.6, apud Jessé Torres Pereira Junior, em Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, p.485.

2 op.cit. p.94.

máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Mais recentemente, a Lei nº 8.666/93, que regula as licitações e as contratações públicas, permitiu a terceirização no art. 10, II, “a, b d e”, nestes termos:

“Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

II – execução indireta, nos seguintes regimes:

- a) empreitada por preço global;
- b) empreitada por preço unitário;
- c) vetado
- d) tarefa;
- e) empreitada integral.”

No que pertine à responsabilidade da Administração Pública em contratos desta natureza, o art. 71 impôs ao contratado o dever de cumprir os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

O §1º do precitado artigo é claro ao preconizar:

“§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Do que deflui a obrigatoriedade do recolhimento dos correspondentes encargos pela contratada, dos quais é única e exclusiva responsável, que não transferem à Administração Pública antes, durante ou depois da execução do contratado.

Contudo, no que tange aos encargos previdenciários, a Lei nº 9.032/95, que acrescentou o § 2º ao suso mencionado art. 71, impunha à Administração Pública responder "solidariamente pelos encargos previdenciários, resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991".

Este dever, em termos gerais, está implícito na obrigação da Administração de fiscalizar a execução do contrato, como indica o art. 55, XIII. A consequência da ausência de atuação efetiva no gerenciamento eficaz do contrato pela Administração gera a responsabilização solidária desta em sobrevivendo eventuais débitos securitários da empresa contratada.

Embora inaceitável a imposição ao Estado de pagamento por débito que lhe é alheio, cujo dever de cobrança é de alçada da autarquia previdenciária, as decisões judiciais têm sido favoráveis à responsabilização solidária do Estado nessa área.

Ocorre que o art. 31, da Lei nº 8.212/91 sofreu alteração com a edição da Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, que criou o procedimento denominado retenção em substituição à solidariedade prevista na redação anterior, especificamente em relação à contribuição previdenciária. Via de consequência, a redação do §2º, do art. 71, da Lei nº 8.666/93 restou, inegavelmente, alterada. Eis a dicção do art. 31, de acordo com a nova Lei:

"Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no §5º do art. 33.

§1º O valor retido de que trata o *caput*, que deverá ser destacado da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra,

quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

§ 2º [omissis]

§ 3º Para os fins previstos desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I – limpeza, conservação e zeladoria

II – vigilância e segurança;

III - Empreitada de mão-de-obra;

IV - Contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.”

Na seara do Direito Tributário, embora não sejam uníssonas, deparamo-nos com abalizadas vozes defendendo que estamos diante de uma antecipação compensável da contribuição devida pelo prestador de serviço. Não se trata, portanto, de novo ônus tributário para o tomador de serviço, pois recolherá ao INSS o valor retido da nota fiscal do que será pago ao prestador. Para este, não se constitui novo ônus eis que compensará, quando do recolhimento da sua contribuição previdenciária normal, o valor retido e recolhido pelo tomador.

No mesmo sentido, corroborando com o entendimento esposado, calha trazer à colação decisão do Egrégio TRF da 4ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 1999.04.01.013330-2/
SC RELATOR: JUIZ VILSON DARÓS

AGRAVANTE

AGRAVADO: INSS

“DECISÃO (...)

A Lei nº 9.711, de 1998, ao dar nova redação ao artigo 31 da Lei nº 8.212, de 1991, não criou nova contribuição social e nem instituiu nova base de cálculo e nova alíquota para as contribuições previdenciárias, mas, tão-só, utilizou-se de técnica de arrecadação, em nada acrescentando a carga tributária da ora agravante. O caso, como enfatizou o douto juízo monocrático, é de figura típica de substituição tributária de que cuida o artigo 128 do Código Tributário Nacional.

Isso posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo requerido no presente agravo.

16 de março de 1999.”³

A retenção de 11% pelo tomador do serviço deverá incidir sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura/recibo, recolhendo ao INSS, em nome do prestador do serviço, até o 2º dia do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal/fatura/recibo.⁴

Quanto ao prestador do serviço, este deverá destacar, na nota fiscal/fatura/recibo, o valor da retenção – INSS. “A base de cálculo da retenção é o valor bruto da nota fiscal/fatura/recibo, porém serão admitidas deduções dos valores referentes a material, equipamento, vale-transporte e vale-alimentação, observada a regulamentação do INSS”.⁵

Assim, é possível concluir que, reflexamente, está alterada tacitamente a redação do § 2º, do art. 71 da Lei nº 8.666/93. O entendimento consentâneo com o espírito da nova Lei, que é o de suprimir a solidariedade de um modo geral, é o de que não se pode pretender que esta permaneça somente para os contratos firmados pela Administração Pública, conquanto a redação utilize o termo “empresa”, o que poderia denotar um sentido privado. No entanto, o item 5 da ordem de Serviço nº 195, de 10.12.1998, do INSS, dispõe sobre a inclusão dos órgãos e

3 Apud Eduardo Franco Cândia, em artigo intitulado “Retenção dos 11% (Lei 9.711/98): Substituição ou Confusão Tributária?”, site www.infojus.com.br.

4 Conforme Marcelo da Veiga, em artigo intitulado “Terceirização – Retenção de 11% ao INSS”, no caderno de Contabilidade e Finanças, site www.jornalexpress.com.br/noticias.

5 Idem.

entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional no rol de "empresa", para os fins da Lei nº 8.212/91. Importa esclarecer que a existência do §2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 está atrelada ao que estabelece o art. 31 da Lei 8.212/91. Uma vez alterado seu conteúdo, restará modificado, também, o referido §2º do art. 71 da Lei de Licitações.

Forçoso concluir que, diante da alteração legal que se verificou, a Administração não mais responde solidariamente pelo recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes de seus contratos, de um modo geral.

A esse respeito, parece-me que é necessário diligenciar junto à Polícia Militar do Estado do Amazonas se a referida retenção vem sendo feita e repassada ao INSS, o que excluirá, de pronto, a solidariedade do Estado.

Em face da possibilidade de se vir a enfrentar outras demandas trabalhistas, com o mesmo fundamento, proponho que seja emitida orientação aos órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, acerca do procedimento de retenção de 11% sobre o valor dos serviços prestados, nos contratos celebrados, conforme preceitua o ordenamento da Lei nº 9.711/98.

Em se referindo ao recolhimento do FGTS, as minutas contratuais aprovadas por esta Especializada já trazem em seu bojo a exigência de manutenção, por parte da Contratada, das condições de habilitação. E, no caso particular do ajuste em apreço, a condição vem explicitada na Cláusula Décima Quinta – Outras Responsabilidades da Contratada, em especial no Parágrafo Terceiro.

A meu pensar, resta ao gestor do contrato cuidar para que as condições de contratação sejam rigorosamente cumpridas, haja vista que os instrumentos que possibilitam tal controle já existem.

2. INADIMPLÊNCIA DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E SUAS CONSEQÜENTES SANÇÕES

As cláusulas contratuais mínimas necessárias a todo contrato administrativo estão enumeradas no art. 55, da Lei nº

8.666/93. No comentário do sempre lembrado mestre Jessé Torres, trata-se de norma de caráter geral, aplicável às três esferas de governo, vinculada que está ao cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade (CF/88, art. 37, *caput*).

Dentre essas exigências do art.55, no que concerne ao assunto objeto da presente manifestação, o inciso XIII apresenta como conteúdo:

" XIII- a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação."

O sentido do requisito legal prende-se ao fato de que as condições de habilitação são examinadas no decorrer do procedimento licitatório, culminando com a decisão pelo preenchimento das imposições editalícias. Tal condição deve permanecer durante toda a execução contratual, podendo, a depender do caso, ensejar a rescisão da avença se acaso comprovado que o contratado deixou de preencher as exigências compatíveis com sua habilitação.

O descumprimento das cláusulas contratuais, de um modo geral, constituem motivo para rescisão, é o que se infere do art. 78, I, da Lei nº 8.666/93:

"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;"

Ressalte-se, entretanto, que é preciso avaliar, em cada caso, se a rescisão é a alternativa que melhor consulta ao interesse público. Há situações em que é conveniente manter-se o contratado, imprimindo maior rigor na fiscalização da execução do contrato, presentes os princípios da continuidade do serviço público e da economicidade, posto que a realização de nova licitação envolve custos para a Administração.

Providência imprescindível, para decidir sobre a rescisão, a cargo da Administração, é aquela prevista no art. 78, parágrafo único, que assegura ao Contratado o direito ao contraditório e à ampla defesa, *verbis*:

“Art. 78.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

Partindo-se da hipótese de que a rescisão seja levada a efeito, há que se observar as disposições do art. 79, I e §1º, a qual autoriza a rescisão por ato unilateral e escrito da Administração, precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente, c/c art. 80, que impõe as conseqüências dela decorrentes, sem prejuízo das sanções previstas em lei.

As sanções administrativas são aquelas entendidas como penalidades de aplicação direta pela Administração, mediante conclusão do correspondente processo administrativo. O elenco das sanções está no art. 87 da Lei de Licitações: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Questão relevante que se põe a propósito da aplicação das sanções administrativas é a previsão no Termo de Contrato nº 006/PM-4/2002, cuja Cláusula Nona – Penalidades – estabelece os termos de sua imposição, complementada pela Cláusula Décima – Multas.

3. PROVIDÊNCIAS QUE PODEM SER ADOTADAS PELO ESTADO EM DEFESA DE SEUS INTERESSES

Cotejando o arcabouço teórico aqui apresentado, com o caso concreto, que ora se examina, há comprovação cabal de descumprimento de cláusula contratual. Ao que se lê da instrução

processual, está patente o prejuízo que a Contratada poderá causar aos cofres públicos, se não resolver a pendência honrando os débitos que lhes são imputados.

Está claro a todas as luzes, por conseguinte é despidiendo repetir, o flagrante menoscabo dispensado pela Contratada à solução da contenda.

Não obstante, parece-me prudente ser avaliada a real conveniência de se rescindir o contrato. Tenho para mim, que a rescisão, a depender da situação, constituir-se-á como última medida a ser tomada. Antes de decidir pela rescisão contratual, o Administrador, avaliadas as circunstâncias, a seu critério, poderá notificar, por escrito, a contratada, instando-a a regularizar a situação, sob pena de ter seu pagamento temporariamente suspenso, com possibilidade de adoção de medida mais drástica, qual seja a rescisão, aplicando-se-lhe, concomitantemente, outras sanções administrativas que o caso requer. A medida apontada deve ser implementada em caráter de urgência, impondo à contratada maior rigorismo na fiscalização da execução do contrato e exigindo a prova de recolhimento dos encargos devidos.

Por último, acrescente-se a necessidade de comprovação imediata da solução definitiva do conflito trabalhista suscitado pelos empregados antes mencionados, afastando a possibilidade de prejuízo ao Estado.

É oportuno observar que tem se tornado prática comum entre os órgãos da Administração Pública Estadual a omissão na condução do gerenciamento dos contratos administrativos celebrados. Não basta o instrumento contratual ser o mais completo possível, como verdadeiramente o é, se as previsões nele contidas deixam de ser aplicadas. A fiscalização, por exemplo, é ponto fundamental para a obtenção da perfeita prestação dos serviços contratados.

De outra banda, é dever do Administrador zelar pelo fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo terceiro contratado, porquanto a sua incúria na condução das tarefas a seu cargo poderá dar ensejo à ação judicial por ato de improbidade administrativa, pelos prejuízos causados ao erário.

Penso, então, para concluir, que podem ser adotadas as seguintes providências:

- a) diligenciar no sentido de comprovar a retenção dos 11% ao INSS, pela Polícia Militar, como tomadora do serviço, em atendimento às imposições da Lei nº 9.711/98, o que afastaria a solidariedade do Estado;
- b) orientar, de um modo geral, aos órgãos da Administração Pública Estadual sobre a necessidade de se fazer cumprir a exigência legal;
- c) recomendar aos órgãos que acompanhem rigorosamente o cumprimento das obrigações da Contratada, em especial, quanto ao recolhimento dos encargos tributários e previdenciários, com a apresentação da comprovação de quitação, como condição para que se efetive o pagamento, em consonância com as cláusulas contratuais, ressaltando, inclusive, as conseqüências que poderão advir de sua omissão;
- d) sugerir aos órgãos a aplicação, quando for o caso, das sanções administrativas, de forma proporcional à gravidade da falta cometida pelo Contratado, de modo a evitar transtornos mais sérios no futuro;
- e) orientar sobre a imposição legal da retenção dos 11% do INSS sobre o valor dos contratos de prestação de serviços terceirizados, quando do pagamento ao prestador, eximindo o Estado de eventual condenação em casos de demandas judiciais

É o parecer, que submeto à sua apreciação.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus, 19 de novembro de 2003.

HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 0704/2003 - PGE

INTERESSADO: Polícia Militar do Estado do Amazonas

ASSUNTO: Descumprimento de cláusula contratual pela empresa contratada. Inadimplência junto ao INSS.

DESPACHO

ACOLHO o parecer da lavra da Dr^a Heloysa Simonetti Teixeira.

ENCAMINHE-SE os autos ao Gabinete do Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 19 de novembro de 2003.

NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO
Procuradora-Chefe

PROCESSO N.º 4704/2003-PGE

INTERESSADO: AGECOM

ASSUNTO: Consulta sobre prorrogação de contrato empenhado por estimativa

PARECER N.º 1425/03-PA/PGE:

“EMENTA: CONSULTA. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. EMPENHO POR ESTIMATIVA.

- É possível o reforço do empenho por estimativa, sem o estabelecimento de limite percentual máximo:

- Fica a critério do Administrador eleger, no momento da prorrogação, qual o valor que tomará por base (inicial ou com reforço), levando em consideração o planejamento de suas ações, a programação das despesas e atentando ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Senhora Procuradora-chefe:

A Agência de Comunicação Social formula consulta a esta Casa acerca da possibilidade de reforço do empenho por estimativa nos contratos de publicidade institucional celebrados pelo Estado do Amazonas, além da existência de um limite percentual máximo em relação ao valor inicial. Questiona, ainda, se tal prorrogação deve ser feita com base nos valores inicialmente estimados ou com base nos valores iniciais acrescidos dos valores do reforço.

É o relatório. Passo a opinar.

O propósito desta manifestação consiste na necessidade de controle interno de legalidade dos atos da Administração Pública, cuja incumbência foi atribuída a esta Procuradoria Geral do Estado por meio da Lei n.º 1.384, de 24 de junho de 1980.

Esse controle deriva do poder-dever de autotutela que o Poder Executivo tem sobre seus próprios atos e agentes. Sua finalidade é garantir que a Administração Pública obedeça aos princípios constitucionais e legais que regem suas atividades.

Para melhor elucidação da consulta em apreço, parece pertinente discorrer sobre o fato apresentado, através da subdivisão dos questionamentos suscitados.

1) É POSSIVEL O REFORÇO ESTIMATIVO? HÁ LIMITE PERCENTUAL MÁXIMO EM RELAÇÃO AO VALOR INICIAL?

O artigo 60 da Lei n.º 4.320 de 17 de março de 1964 prescreve:

"Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

§ 1º. Em casos especiais previstos na legislação específica, será dispensada a emissão da nota de empenho.

§ 2º. Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.

§ 3º. *É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento.*"

Dessa forma, é exigência legal que a Administração Pública comprove a existência de prévia dotação orçamentária para validar a contratação.

Segundo as lições de J. Teixeira Machado Jr e Heraldo da Costa Reis¹, "O empenho é instrumento de que se serve a Administração a fim de controlar a execução do orçamento. É através dele que o Legislativo se certifica de que os créditos concedidos ao Executivo estão sendo obedecidos."

A doutrina e legislação pátria admitem a existência de três tipos de empenho: ordinário, global e estimativo.

1 A Lei 4.320 comentada, 27ª ed., Rio de Janeiro, IBAM, 1996, pág. 119.

O empenho ordinário é aquele feito para acudir despesas cujo montante é previamente conhecido e cujo pagamento deva ocorrer de uma só vez. O empenho global é destinado a cobrir despesas com montante também previamente conhecido, mas com pagamento parcelado. Por fim, o empenho estimativo é aquele realizado para atender despesas de valor desconhecido, cujo pagamento se dará parceladamente. Isto não significa que o credor e o objeto da despesa sejam desconhecidos, pois essa imprevisibilidade se refere apenas ao valor.

Incluem-se, nessa última categoria, os contratos relativos ao fornecimento de água, luz, telefone, gratificações, diárias, pessoal, passagens, entre outros.

O empenho por estimativa constitui uma exceção à regra geral do empenho prévio. Nestes casos (em que não se sabe ou não se pode calcular o valor exato da despesa), empenha-se por estimativa (valor aproximado) e posteriormente faz-se o ajuste. Se o valor for conhecido no exercício de origem e o tiver sido menor do que o valor exato da despesa, complementa-se o empenho com a diferença. Por outro lado, se o valor empenhado por estimativa for maior do que o valor exato, anula-se a parte referente à diferença. Finalmente, se o valor somente for conhecido no exercício seguinte, as despesas não processadas na época própria poderão ser pagas como despesas de exercícios anteriores, consoante determina o artigo 37, da Lei n.º 4.320/64.

Como se vê, pela própria natureza do empenho estimativo é perfeitamente possível seu reforço, observadas as orientações acima traçadas.

Quanto à existência de limite percentual máximo para sobredito reforço, penso ser necessário tecer algumas considerações a respeito.

O §1º do artigo 65 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 com suas sucessivas alterações dispõe:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...) omissis

§1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

A regra acima citada aplica-se aos casos de acréscimos ou supressões nos contratos de obras, serviços ou compras cujo valor é previamente conhecido, ou seja, nas hipóteses de empenho global ou ordinário.

O caso em comento não envolve acréscimo ou supressão, tratando-se de contrato de publicidade institucional com despesa empenhada por estimativa. Portanto, não há que se falar em limite percentual.

Contudo, não se pode perder de vista o princípio da razoabilidade que orienta a atuação da Administração Pública. Segundo ele, o Administrador Público deve agir sempre obedecendo critérios aceitáveis do ponto de vista racional. É o que assevera Helly Lopes Meirelles²:

“A razoabilidade deve ser aferida segundo os valores do ‘homem médio’, como fala Lúcia Valle de Figueiredo, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública”.

Subsumindo o fato ocorrido ao mencionado princípio, verifica-se que o Administrador deve fazer um planejamento aproximado das despesas, sem fugir excessivamente dos padrões inicialmente estipulados.

Ex positis, em resposta ao primeiro questionamento, chego à ilação de que pela sua própria natureza é possível o reforço do empenho por estimativa, sem estabelecimento de limite percentual.

2 Direito Administrativo Brasileiro; 27ª ed.: p. 91.

Superada essa abordagem, passo a discorrer sobre o segundo questionamento.

2) QUANDO DA EVENTUAL PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS CUJOS EMPENHOS FORAM REFORÇADOS, TAL PRORROGAÇÃO DEVE SER FEITA COM BASE NOS VALORES INICIALMENTE ESTIMADOS OU COM BASE NOS VALORES INICIAIS ACRESCIDOS DOS VALORES DO REFORÇO?

A esse título, penso que fica a critério do Administrador eleger, no momento da prorrogação, qual o valor que tomará por base (inicial ou com reforço), levando em consideração o planejamento de suas ações, a programação das despesas e atentando ao já mencionado princípio da razoabilidade que freia medidas desproporcionadas e ao da proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade, nos brilhantes ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³:

“deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mais diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é **manifestamente inadequada** para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (cap. 7, item 7.8.5).”

³ Direito Administrativo, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 81

Eis a minha opinião. Sob censura. À sua elevada consideração.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, em Manaus (AM),
25 de novembro de 2003.

MARIA FLORENCIA SILVA
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 4703/2003 - PGE

INTERESSADO: AGEKOM

ASSUNTO: Consulta sobre a prorrogação de contrato empenhado por estimativa

DESPACHO

ACOLHO o parecer da lavra da Dr^a Maria Florencia Silva.
ENCAMINHE-SE os autos ao Gabinete do Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus, 25 de novembro de 2003.

NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 4703/2003 - PGE

INTERESSADO: AGEKOM

ASSUNTO: Consulta sobre a prorrogação de contrato empenhado por estimativa.

DESPACHO

APROVO, o **PARECER Nº 1425/03-PA/PGE**, da lavra da Procuradora do Estado **Dr^a Maria Florencia Silva**, acolhido pela então Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, **Dr^a Neusa Dídya Brandão Soares Pinheiro**.

DEVOLVAM-SE os autos à Agência de Comunicação Social-AGEKOM.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 19 de dezembro de 2003.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N.º 3580/2003-PGE

INTERESSADO: SUSAM

ASSUNTO: Minuta de Termo de Contrato a ser celebrado entre a SUSAM e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

PARECER N.º 1136/2003-PA/PGE:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. APROVAÇÃO DE MINUTA DE TERMO ADITIVO DE CONTRATO CELEBRADO ENTRE A SUSAM E A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS.

- Possibilidade de cobrança de multa moratória por concessionária de serviços postais a entes públicos.
- Aprovação da minuta do Primeiro Termo Aditivo, com ressalva.

Senhora Procuradora Chefe:

A Secretaria de Estado da Saúde encaminha-nos o processo em destaque, visando a aprovação de minuta de termo aditivo ao contrato n.º 4.46.33.0190-3 firmado com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, para a prestação de serviços SEDEX.

De acordo com as informações prestadas pelo i. Secretário Executivo da SUSAM, no ofício n.º 4423/03-GSUSAM, não há contrato vigente entre aquela Secretaria e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Da análise dos autos, percebo que a EBCT busca a inclusão da cobrança de multa moratória de 2% (dois por cento) em virtude de inadimplemento no contrato celebrado com a SUSAM.

Necessária, primeiramente, algumas considerações acerca da possibilidade de cobrança de multa moratória das

Empresas Brasileiras de Correios e Telégrafos ao Estado do Amazonas.

Tal questão encontrava-se consolidada na Súmula 226, do Tribunal de Contas da União, que dizia textualmente:

“É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, quando inexistir norma legal autorizativa.”

Dita decisão, datada de 1995, considerava que embora fosse aceitável a cobrança de correção monetária por atraso no cumprimento de uma obrigação, eis que a atualização destinava-se apenas a preservar o valor aquisitivo da moeda, era descabida a aplicação de multas entre órgãos das três esferas administrativas de Poder Público, inclusive por suas empresas prestadoras de serviços públicos, salvo se houvesse expressa previsão legal. Isto porque, esta penalidade possui caráter eminentemente punitivo, não se coadunando com o princípio federativo.

Esta também foi a orientação desta Casa de Procuradores ao longo de todos estes anos.

Ocorre que, de 1995 para os dias atuais, ocorreram mudanças significativas na estrutura do Estado, dado o processo de privatização de serviços públicos. A Súmula 226, nesta data, penso, comporta exceções. Vejamos:

A primeira questão a ser considerada é definir se o fato de a Administração Pública figurar como parte em um contrato faz com que este migre automaticamente para o campo do direito privado.

Segundo o mestre Celso Antônio Bandeira de Melo¹, a Administração, quando procede, em suas relações jurídicas com o particular, de comum acordo com este, estabelece contratos, que podem ser: a) contratos de direito privado da administração;

1 In Curso de Direito Administrativo, 8.º ed., Ed. Malheiros, São Paulo: 1996, p.377/378

ou, b) contratos administrativos, diferindo ambos quanto à disciplina do vínculo, já que, enquanto os contratos de direito privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas de direito privado, os contratos administrativos sujeitam-se às regras e princípios estabelecidos no direito público, admitida, tão-só, a aplicação de normas privadas compatíveis com a índole pública o instituto.

Diz, ainda o mesmo autor, que, dentre as peculiaridades do contrato administrativo, destaca-se a possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, seja mesmo extinguindo unilateralmente esse vínculo, constituindo ambas as formas de instabilização, um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte.

Na mesma esteira, diz o mestre Hely Lopes Meirelles²:

"Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. (...)

A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e freqüentemente os realiza – em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público."

Depreende-se, pois, que o simples fato de a Administração figurar como parte em um contrato não o torna um contrato administrativo típico; há que se verificar, primeiramente, se está a Administração agindo com as prerrogativas de Poder Público ou não.

Nos contratos onde a Administração figura como consumidora, caso da presente consulta, verificamos a presença do "contrato de adesão".

2 In *Direito Administrativo Brasileiro*, 20.^a ed., Malheiros Editores, São Paulo: 1995, p. 194 a 196

O contrato de adesão, consoante definição legal dada pelo art. 54, da Lei n.º 8.078/90, *é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*

Neste tipo de contrato, ao usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, não é dado discutir as condições da prestação do serviço. Ou aceita as normas impostas pelo prestador ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações.

Assim, na relação jurídica decorrente do contrato de serviço de SEDEX, não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público. Trata-se, pois, de contrato privado, para alguns também chamado semipúblico ou ainda administrativo de figuração privada.

O Estado do Amazonas, então, ao contratar com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, está em condições de igualdade com qualquer outro consumidor dos serviços por ela prestados.

Na verdade, é indiferente o fato de a contratada ser empresa privada, empresa pública ou sociedade de economia mista para que se estabeleça a natureza jurídica do contrato de consumo.

Definida, então, a natureza do contrato ora analisado como de direito privado, sendo o Estado do Amazonas consumidor dos serviços de SEDEX igual a qualquer outro usuário.

Pretende a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos aplicar a multa moratória de 2% (dois por cento) à SUSAM em caso de inadimplemento.

É sabido que a multa moratória tem natureza contratual, cuja aplicação aos contratos de adesão é perfeitamente cabível ante a sua natureza de contrato privado (ou semipúblico ou administrativo de figuração privada), regido, predominantemente, por normas de direito privado.

Penso não existir razão que justifique o tratamento diferenciado dos órgãos públicos, como consumidores dos

serviços prestados pelos correios. Do ponto de vista político, o interesse público exige que o serviço seja prestado com regularidade, continuidade, eficiência e segurança, atualidade e generalidade (Lei n.º 8.987/98, art. 6.º, §1.º). Sob o aspecto jurídico, não existe qualquer distinção entre os usuários, pelo que todos devem contribuir para a manutenção e a continuidade do serviço.

Este foi o novo posicionamento do Tribunal de Contas da União na Decisão 537/1999-Plenário em caso análogo:

“(...) é cabível a cobrança de multa moratória por atraso no pagamento de concessionária de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública”

Diz o Ministro-Relator desta decisão:

“Pretender que a Administração Pública passe a deter prerrogativas em todas as relações que estabelece com os cidadãos, pessoas físicas ou jurídicas, é negar que essa mesma Administração foi concebida para a satisfação do interesse público. E não há interesse público em atribuir a órgãos e entidades da Administração a faculdade de pagar contas de serviços públicos com atraso, sem multa moratória. Se isso ocorre, ferem-se os princípios da isonomia e da moralidade, fundamentais em nosso sistema jurídico.”

Assim, considerando que o contrato de prestação de serviço de SEDEX é do tipo de adesão, regido predominantemente por regras de direito privado; que a multa moratória encontra respaldo genérico no Código Civil Brasileiro e específico no Decreto-lei n.º 2.432/88, e considerando, ainda, a mais recente decisão do Tribunal de Contas da União, infere-se que não há óbice legal à cobrança de multa moratória por parte da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em caso de atraso no pagamento.

Observo, por derradeiro, que o i. Secretário Executivo da SUSAM afirma não haver contrato vigente entre aquela

Secretaria e a ECT. Sem termo de contrato, não há que se falar em termo aditivo.

Neste caso, sugiro a contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, fazendo-se constar, no termo de contrato, o pagamento de multa moratória, como proposto na minuta do Primeiro Termo Aditivo, acostada às fls. 5 / 6 – PGE.

Isto posto, APROVO a minuta do Primeiro Termo Aditivo Contrato, com a inclusão da multa moratória de 2% (dois por cento), com a ressalva de que, inexistindo termo de contrato vigente, não há como celebrar termo aditivo.

É o parecer. Sob Censura.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus/AM, 15 de setembro de 2003.

KALINA MADDY MACÊDO COHEN

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 3580/2003 - PGE

INTERESSADO: SUSAM

ASSUNTO: Aprovação da Minuta de Termo Aditivo de Contrato

DESPACHO

ACOLHO o parecer da lavra da **Drª Kalina Maddy Macêdo Cohen**, por seus jurídicos fundamentos, e **APROVO** a Minuta de Termo Aditivo de Contrato.

ENCAMINHEM-SE os autos ao órgão de origem por intermédio do Gabinete do Procurador Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus, 15 de setembro de 2003.

NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO

Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 3.645/02-PGE (434/02-PC - 1.788/02-SEGOV)**INTERESSADO:** Francisco Jacques Marques de Andrade**ASSUNTO:** Suspensão disciplinar precedida de afastamento com corte de vantagem. Arguição de *bis in idem*. Designação de defensor dativo pela ausência do advogado. Pedido de anulação do processo.**PARECER Nº 053/03-PPE/PGE****PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.
AFASTAMENTO PREVENTIVO DO INDICIADO.
DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR EM FACE DO NÃO-
COMPARECIMENTO DE ADVOGADO.**

- Medida destinada somente a impedir que o servidor interfira na apuração de falta grave a ele imputada, o seu afastamento preventivo do exercício do cargo não tem caráter de punição, pelo que não pode ensejar suspensão do pagamento de vantagem pecuniária nem servir de fundamento para a arguição de ocorrência de *bis in idem* quando do processo resultar pena.

- Exigindo a lei que o defensor do acusado deverá fazer-se presente a todos os atos, não há falar-se em nulidade processual se, diante da ausência injustificada do advogado devidamente notificado da realização do interrogatório, a comissão disciplinar designar defensor.

Punido pelo Delegado-Geral de Polícia Civil com suspensão por 40 dias, pediu-lhe o Interessado a reconsideração dessa decisão ou, no caso de não ser atendido, o encaminhamento do apelo à instância superior. Dois são os fundamentos em que se assenta tal inconformação, consoante é possível inferir-se do desfecho da peça de fls. PGE-003/016: 1º — o afastamento punitivo teria implicado uma segunda apenação do Interessado pela mesma falta, pois no início do processo

disciplinar lhe fora suspenso o pagamento da Gratificação de Exercício Policial-GEP; 2º — ao ser interrogado pela comissão processante, não estava ele acompanhado de advogado devidamente habilitado, o que tornaria nulo tudo desde ali.

Louzado em pronunciamento da Assessoria Jurídica da instituição (fls. PGE-36/37), o Delegado-Geral indeferiu o pedido e, em seguida (fl. PGE-39), encaminhou o feito à Secretaria de Governo. Daí, por estar incompleta a documentação juntada, os autos voltaram à Polícia Civil, sendo restituídos com a satisfação da diligência (fls. PGE-41/97).

Então, foi o apelo à apreciação da Consultoria Técnico-Legislativa da SEGOV e esta (fls. PGE-101/102), depois de confrontar o art. 57 da Lei 2.271/94 com o 3º da Lei 2.379/96 — os quais fixam, respectivamente, que o policial poderá ser afastado do exercício do cargo para apuração de falta mas *“sem prejuízo da remuneração”* e que a GEP deve ser paga *“exclusivamente pelo efetivo exercício de atividade estritamente policial”* —, veio a concluir: a) não teve caráter punitivo a suspensão do pagamento da GEP, pois *“estava presente o pressuposto legal para a cessação do pagamento”*; b) *“a GEP tem regramento próprio e, na hipótese, afasta a incidência da norma contida no indigitado art. 57 da Lei nº 2.271/94”*.

Em seguida, aquele órgão da SEGOV solicitou a audiência desta Procuradoria, tendo o Dr. Procurador-Geral, antes, encaminhado o feito à SEAD, para a manifestação que o § 4º-II do art. 3º da Lei 1.639/83 exige. Lá, assim, a Consultoria Jurídica entendeu que *“devam ser ressarcidos os valores atinentes à remuneração até para cumprimento da Portaria nº 022/2000-GS-SSP, bem como para que não haja apenação indevida, já que esta é apenas no sentido da multa aplicada”* (sic, às fls. PGE-107/108).

É o relatório.

Raiz da questão com que o Interessado constroi o primeiro fundamento de seu apelo, a Portaria 121/00-GS/SSP, de 27 de dezembro/00 (fl. PGE-025) — pela qual o Secretário da Segurança Pública, sob a invocação do § 3º do art. 3º da Lei 2.379/96, determinara a discutida suspensão do pagamento da GEP *“até o término”* do processo disciplinar —, não teve eficácia

por muito tempo. Com efeito, a 22 de março/01, cerca de quatro meses antes da conclusão do feito disciplinar, por meio da Portaria 022/01-GS/SSP e “*considerando*” o disposto no art. 57 da Lei 2.271/94, aquela mesma autoridade determinou o restabelecimento da paga da vantagem, “*bem como o ressarcimento dos valores já descontados*”.

Ora, deixado para adiante o exame da legalidade da ordem de suspensão da GEP, tenho, desde já, que a restauração do pagamento da vantagem, com a simultânea devolução dos valores até então retidos, põe por terra todo o esforço que o Interessado faz para caracterizar como pena a determinação adotada na Portaria 121. Afinal, como ver apenação numa medida administrativa que acabou desfeita em data anterior à do término do processo, quando sequer se realizara a audiência de interrogatório do então apenas acusado?

É fato – e aqui, com a devida vênia, discordo do entendimento de que a regulação própria da GEP “*afasta a incidência da norma contida no indigitado art. 57 da Lei nº 2.271/94*” —, não está a Administração autorizada a suspender o pagamento nem de parte da remuneração do policial civil ao determinar o seu afastamento do exercício do cargo para impedi-lo de interferir na apuração de ilícito considerado grave. Aliás, inversamente, aquele dispositivo a proíbe mesmo de fazê-lo, ao estabelecer:

Art. 57 – Poderá ser afastado preventivamente do exercício do cargo, sem prejuízo da remuneração e até completa apuração dos fatos, o funcionário ao qual for imputada falta que, por sua natureza, recomende tal providência, pelo prazo de sessenta dias, podendo ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo. (Sublinhei).

Se “*remuneração*” é a *soma do vencimento com as vantagens criadas por lei, inclusive as de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho* – como a define o art. 81 da Lei 1.762/86 —, inevitável será concluir que, na hipótese em causa, é vedado à Administração sustar o pagamento de

qualquer das parcelas dos estipêndios funcionais. A razão está em que o afastamento de cunho preventivo constitui medida de interesse da ordem administrativa, mas nunca uma sanção. Por isso, indiferente à particularidade de cada caso, o legislador limitou sua duração, finda a qual cessará, *ainda que não concluído o processo*.

Por ser assim é que não excluo a GEP da garantia inscrita no art. 57 do Estatuto do Policial Civil. Induvidosamente, não decorrem das razões de tal dispositivo os afastamentos que os §§ 3º e 4º do art. 3º da Lei 2.379/96 têm em vista quando cuidam da perda daquela vantagem.

Quanto à segunda e última arguição do Interessado, que diz com a alegação de ter sido ele interrogado sem estar acompanhado de defensor, basta ver o termo correspondente, às fls. PGE-078/81, para concluir que também aí os fatos não sustentam sua inconformação. É que ali, com todas as letras, está consignado que, embora "*devidamente notificado*", o advogado do acusado deixou de comparecer ao ato, mas "*nomeou-se Defensor Dativo o Sr. Hermes Luiz de Miranda*", que é ocupante de cargo idêntico ao dele (Investigador de Polícia) e que com ele assinou todas as páginas da assentada.

Como foi dessa forma, salta dos autos a comprovação bastante de que a Comissão Disciplinar velou efetivamente, mesmo naquele momento, para que o Interessado não deixasse de ter assistência. Atendeu, portanto, ao espírito dos §§ 2º e 3º do art. 68 da Lei 2.271/94, que se materializa com a presença de advogado constituído ou de defensor dativo em todos os atos do processo.

Em síntese de tudo, pois, estou em que:

1 — não há como prosperar a arguição de ter ocorrido dúplice apenação do Interessado no procedimento dos autos, até porque, como demonstrado à farta, a suspensão do pagamento da GEP foi medida arbitrária que a Administração corrigiu oportunamente, restabelecendo o mesmo pagamento e procedendo ao ressarcimento dos valores retidos antes do término do feito disciplinar, como o próprio Interessado declara à fl. PGE-008;

2 – é impossível ver como fator de anulação do processo disciplinar a realização do interrogatório do Interessado sem a presença do advogado por ele constituído, pois, em face de este ter deixado de comparecer ao ato mesmo estando devidamente “*notificado*”, a Comissão Disciplinar designou um defensor, na forma da lei.

É o meu parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO-
PGE**, em Manaus, 22 de abril de 2003.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1.570/02-PGE**INTERESSADO:** O Procurador do Estado Raimundo Paulo dos Santos Neto**ASSUNTO:** Normas sobre estágio probatório aplicáveis aos Procuradores do Estado. Consulta.**PARECER Nº 063/02-PPE/PGE****ESTÁGIO PROBATÓRIO E ESTABILIDADE DOS SERVIDORES DO ESTADO, EM GERAL. VINCULAÇÃO. ALCANCE DO CONTEÚDO DO ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

— Uma vez que o § 4º do art. 41 da CF erige a avaliação especial de desempenho do servidor como condição de aquisição da estabilidade — o que, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo, só se consuma após três anos de efetivo exercício —, é de considerar-se não recepcionada pela Emenda 19/98 toda norma que, tal qual o art. 28 da Lei 1.639/83, conceba estágio probatório com duração menor.

Suscitada no âmbito da Procuradoria do Estado no Distrito Federal e de lá vinda para esta PPE, a questão dos autos põe em debate a duração do estágio probatório dos Procuradores do Estado ante o aumento do período de aquisição da estabilidade, que a Emenda 19/98 fez passar de dois para três anos ao alterar a redação do *caput* do art. 41 da Constituição Federal.

A provocação do tema se louvou em orientação que, fixada para todos os órgãos, autarquias e fundações da Administração Federal — isso por meio do Ofício-Circular 41/SRH/MP, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão —, considera que o tempo

de cumprimento do estágio não se vincula ao de formação da estabilidade. Uma vez que essa definição se baseou no Parecer MP/Conjur/IC/Nº 0868-2.6/2001 e este levou em conta os arts. 20, 21, 29 e 34 do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União (a Lei 8.112/90), lembra o Interessado que o primeiro desses dispositivos estabelece em dois anos a duração do estágio, tanto quanto prevê o art. 28 da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado (a 1.639/83) para a apuração dos requisitos necessários à confirmação do Procurador do Estado no cargo.

A outro aspecto, o Interessado, em diferentes palavras, também registra que há semelhança estrutural entre aquelas normas federais e, respectivamente, os arts. 47, 48, 49 e 55 do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas (a Lei 1.762/86), embora estes – diversamente das aludidas regras do RJSPU – consagrem o cumprimento do estágio de três anos como condição de aquisição da estabilidade.

Anota o mesmo Interessado, ainda, que a fixação do tempo de três anos para ambas as figuras e a vinculação de uma a outra foram concretizadas com a alteração da redação dos arts. 47 a 49 do EFP amazonense. Isso se deu através da Lei 2.531/99, que, igualmente, procedeu a modificações da Lei 1.639/83 mas deixou incólume, entre outros, o citado art. 28.

Em face disso – termina o Interessado –, *“forçoso seria concluir pela não aplicação das normas do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas nesta matéria, cuja possibilidade se encontra prevista no art. 134 da Lei Orgânica da PGE, eis que tal incidência somente seria possível de forma subsidiária, na hipótese da ausência de previsão expressa na Lei Orgânica da PGE de normas sobre o estágio probatório dos Srs. Procuradores do Estado, a qual, por conter tal previsão e ser norma especial, deve ser a aplicada.”*

O texto do Parecer/MP/Conjur/IC/Nº 0868-2.6/2001, referido atrás (no segundo parágrafo), encontra-se às fls. 06/11, juntado que foi pelo Interessado. Nele, sua ilustre autora, depois de transcrever da Lei 8.112/90 os mencionados arts. 20, 21, 29 e 34 e realçar que o 21 “não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que deu nova redação ao art. 41 da

Constituição", transcreve também esse dispositivo e, no tópico 8, faz este comentário: "(...) *pode-se inferir que o Constituinte não atrelou o período de três (3) anos de efetivo exercício para a aquisição da estabilidade ao de vinte e quatro (24) meses para aferição da aptidão e capacidade do servidor, por meio do estágio probatório. Não há confundir estabilidade com estágio probatório, porque aquela, que se refere ao serviço público, é uma característica da nomeação, e é adquirida pelo decurso do tempo; o estágio probatório é determinado ao servidor desde o instante que entra no exercício das atribuições inerentes ao cargo, para os fins de aferição da aptidão e capacidade por meio da aplicação dos pontos assinalados no art. 20 da Lei 8.112, de 1990.*"

E mais diz a douta parecerista federal, nos tópicos 9 e 10, respectivamente: "*Desse esclarecimento tem-se que o estágio probatório é uma consequência do início do exercício das atribuições inerentes ao cargo público, de provimento efetivo, em virtude de concurso público, bem como mera condição para a aquisição da estabilidade no serviço público. Portanto, dissociados os períodos (sic) da estabilidade com o do estágio probatório.*" — "*A assertiva está consubstanciada no comando explicitado nos arts. 29 e 34 da Lei nº 8.112, de 1990, já transcritos, ao asseverar que a inabilitação do servidor em estágio probatório acarretará sua recondução, se estável em cargo anteriormente ocupado, ou a exoneração de ofício.*"

E, definidora, no tópico 13: "*Em conclusão, com fulcro na legislação ora citada, esta Consultoria Jurídica é inexoravelmente compelida a concluir que o período de vinte e quatro (24) meses para o estágio probatório não se vincula com o de três (3) anos para a aquisição da estabilidade.*"

Está, assim, posta a questão.

Síntese do entendimento que o ilustre Interessado abraçou ao provocar o assunto em epígrafe, é afirmação indiscutível a constante do transcrito tópico 8 do r. parecer em que a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão se fundou ao expedir para a Administração Federal o Ofício-Circular nº 41/SRH/MP. Efetivamente, o legislador-constituente, ao modificar o art. 41 da

Constituição Federal, “não atrelou o período de três (3) anos de efetivo exercício para a aquisição da estabilidade ao de vinte e quatro (24) meses para a aferição da aptidão e capacidade do servidor, por meio do estágio probatório”.

Em verdade, nem a CF/88 (no texto originário ou no modificado pela EC 19/98) nem qualquer outra das que a precederam, enfim — nenhuma das Cartas sequer fez menção ao estágio probatório, simplesmente.

Da estabilidade, todavia, cuidaram todas as Constituições da República, desde a de 1891, em cujo art. 76 o instituto figurava restritamente aos oficiais do Exército e da Armada, que perderiam suas patentes somente “por condenação em mais de dois anos de prisão, passada em julgado nos tribunais competentes”. Logo a seguinte (de 1934), porém, no *caput* do art. 169, concedê-la-ia aos funcionários civis, garantindo que, depois de dois anos, os nomeados em decorrência de concurso de provas, e, em geral, os que contassem dez anos de efetivo exercício, só poderiam ser destituídos “em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei”, assegurada a todos “plena defesa”. A de 1937 (na alínea c do art. 156), a de 1946 (no inciso I do art. 188), a de 1967 (no art. 99) e a de 1969 (no art. 100), bem como a redação primitiva do art. 41 da de 1988, igualmente contemplariam a estabilidade como direito que o servidor concursado conquistaria após os dois primeiros anos de efetivo exercício, sendo que ainda a de 1937 também conferiria tal garantia a todos, indiscriminadamente, com mais de dez anos de atividade e a de 1946, aos “funcionários efetivos nomeados sem concurso”, depois de cinco anos.

Já espécie de *status* infraconstitucional, o estágio probatório, à sua vez, tem tido assento sempre nos estatutos dos servidores, sempre, desde o Decreto-Lei 1.713/39.

Fato de realce, a propósito, é que esse primeiro corpo de normas estatutárias concebia o instituto como o objeto da nomeação para cargo efetivo, deste jeito:

Art. 14 – As nomeações serão feitas:

I – Para estágio probatório, quando se tratar de cargo público de provimento efetivo, isolado ou de carreira, e ainda que preenchido por concurso. (Sublinhei).

Adiante, definia-o assim:

Art. 16 – Estágio probatório é o período de setecentos e trinta dias de exercício do funcionário nomeado para cargo público de provimento efetivo, isolado ou de carreira, durante o qual é apurada a conveniência ou não de sua confirmação (...).

No mesmo estatuto, ainda, a aquisição da estabilidade constaria (obviamente em acordo com a já mencionada alínea c do art. 156 da então vigente CF/37) com a seguinte prescrição:

Art. 191 – O funcionário adquire estabilidade depois de:

I – Dois anos de exercício, quando nomeado em virtude de concurso.

II – Dez anos de exercício, nos demais casos.

A lei estatutária seguinte – a de nº 1.711/52 – preveria dois diferentes períodos de estágio probatório, nesta norma:

Art. 15 – Estágio probatório é o período de 2 (dois) anos de efetivo exercício do funcionário nomeado em virtude de concurso e de 5 (cinco) anos para os demais casos.

E lá à frente, em consonância inevitável com a Carta de 1946 (sob a qual fora editado), o segundo dos estatutos cuidaria da estabilidade nesta disposição:

Art. 82 – O funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo adquire estabilidade depois de:

I – 2 (dois) anos de exercício, quando nomeado em virtude de concurso:

II – 5 (cinco) anos de exercício, quando nomeado em caráter efetivo sem concurso.

Revogadora da longeva 1.711, mas sem implicar inovação, a Lei 8.112, aprovada a 11 de dezembro/90, veio a dedicar ao tema o art. 20, *in verbis*:

Art. 20 – Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 meses, durante o qual sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo (...).

Impossível admitir, *permissa venia*, que a fixação de tal prazo tenha se dado por falta de originalidade ou mero capricho do legislador do denominado Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União... Na verdade, tal como visto em relação aos dois anteriores estatutos, a definição do período do estágio, aqui, seguiu apenas a medida constitucionalmente estabelecida para a aquisição da estabilidade por servidor concursado.

Ora, concebido e aprovado à época da primitiva redação do art. 41 da CF – segundo a qual os servidores nomeados em virtude de concurso público se tornavam estáveis após dois anos de efetivo exercício —, o transcrito art. 20 não poderia dizer diferentemente. Mas pensá-lo eficaz ainda agora, depois da alteração imprimida pela EC 19/98, será o mesmo que admitir a permanência também da eficácia do seu vizinho art. 21.

Verdadeiramente, não há como recusar a conexão entre estágio probatório e estabilidade, *venia concessa*. Ninguém chega a esta se não for por meio daquele. Não fora assim, qual seria a validade da confirmação da aptidão e capacidade do estagiário no fim do segundo ano de exercício (quando, a teor da ainda vista redação do art. 20 da 8.112, estaria encerrado o estágio) se somente depois de completar o terceiro é que ele deixa de ser considerado não-estável? A esse respeito, aliás, é oportuno que se leia aqui, junto com o *caput*, também o § 4º do art. 41 da Constituição. Vejamo-los, pois:

Art. 41 — São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

(...)

§ 4º — Como condição para a aquisição da estabilidade é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Grifei).

Então, se a Constituição passou a estabelecer que apenas mediante avaliação especial de desempenho o servidor adquire a estabilidade e que esta somente ocorre após três anos de efetivo exercício, estou em que — diferentemente das Cartas precedentes e do que continha a contemporânea na anterior redação do questionado art. 41 —, agora decorre de mandamento constitucional mesmo a extensão do período de estágio até o momento da aquisição da condição de estável. Nada mais claro, *data venia!*

Não estou sozinho nessa asserção. Aqui, conto com o autorizado abono de **Carmen Lúcia Antunes Rocha**, que ministra esta lição em **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**:

“Iniciado o exercício, o nomeado passa a comprovar a sua diligência e eficiência no exercício das funções que lhe são cometidas. O estágio probatório, que é esse período inicial constitucionalmente definido para ser cumprido aos nomeados para cargo de provimento efetivo, confere ao servidor a obrigação de demonstrar a sua habilitação real, e não apenas documental para o desempenho que lhe é requerido.

(...)

Apenas para cargos de provimento efetivo é que se tem esse estágio, pois ele é condição constitucional para a aquisição da estabilidade administrativa (art. 41 da Constituição da República). (...)

Qualquer desajuste comprovado no período inicial – hoje fixado em três anos, contados da data da posse e início de exercício – determinará a exoneração do servidor.

Passou a haver a exigência constitucional de 'avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade' para a confirmação do servidor (art. 41, § 4º). Essa condição constitucional – introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98 – fez-se no sentido de não permitir a continuidade da abulia administrativa em termos de estágio. É que sem a avaliação o estágio era mera referência temporal na folha do servidor (...). (Princípios..., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 236/237). (Destaquei).

Também não é diferente o que **María Sylvia Zanella Di Pietro** pensa. Ao discorrer a respeito do tema em seu **Direito Administrativo**, depois de referir que “a estabilidade somente se adquire após três anos de efetivo exercício (art. 41 [da CF], caput), ressalvado, para os que já eram servidores na data da promulgação da Emenda [19/98], o direito a adquirirem estabilidade no prazo de dois anos (art. 28 da Emenda)”, diz a acatada publicista:

“(...) o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da estabilidade é denominado de estágio probatório e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referentes à moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência. Pelo § 4º, acrescentado ao art. 41 pela Emenda 19, além do cumprimento do estágio probatório, deve o servidor, para adquirir estabilidade, submeter-se a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.” (Direito..., São Paulo: Atlas, 1999, p. 461/462). (Sublinhei).

Por último, mas longe de ser o menos importante, há o magistério do insigne **José Afonso da Silva**, que, do alto de

sua cátedra, no **Curso de Direito Constitucional Positivo**, leciona:

"A EC-19/98 transformou bastante o art. 41 da Constituição. Dizia: São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso. Agora diz: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

(...)

É necessário (para adquirir estabilidade) que o servidor esteja no exercício do cargo para o qual fora nomeado, por mais de três anos, apenas um dia a mais, sem interrupção. (...)

Esse período de três anos é definido nos estatutos dos servidores públicos como de estágio probatório (ou estágio confirmatório), durante o qual a administração apura a conveniência de sua confirmação no serviço, mediante a aferição dos requisitos de assiduidade, aptidão, eficiência, idoneidade moral etc." (Curso ..., S. Paulo, Malheiros Editores, 2000, pgs. 679/680). (Destaquei).

No que respeita ao campo jurisprudencial, faltam, acerca do tema, registros em quantidade visível. No entanto, pelo menos como outro abono à identificação do assento constitucional que o estágio probatório passou a ter em 1998, cabe invocar, aqui, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 919/PR, Rel. Ministro **Ilmar Galvão**, de cuja ementa resta indubitado que a E. C. 19/98,

"ao dar nova redação ao art. 41 da Carta da República, introduziu em seu texto regra sobre estágio probatório dos servidores públicos." (D.J.U. de 29 de junho/2001). (Grifei).

Refere-se o *decisum*, aí, à "avaliação especial de desempenho" de que fala o § 4º, que aquela emenda acrescentou ao aludido dispositivo, dando-lhe o caráter de "condição para a aquisição da estabilidade".

Tecidas essas todas considerações, concluo que:

1 – em face do disposto no *caput* e no § 4º do art. 41 da Constituição Federal, o período do estágio probatório estende-se por todo o tempo que precede a aquisição da estabilidade, pelo que, então, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público terá a sua aptidão e capacidade avaliadas durante os três primeiros anos de efetivo exercício;

2 – uma vez que o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público é considerado não-estável até completar três anos de efetivo exercício e a aquisição da estabilidade só ocorre após ser ele submetido a avaliação especial de desempenho — tudo conforme o *caput* e o § 4º do art. 41 da Constituição Federal —, tem-se como não recepcionado pela Emenda 19/98 o art. 28 da Lei 1.639/83 na parte que estabelece em dois anos o prazo de apuração dos requisitos necessários à confirmação dos Procuradores do Estado no cargo;

3 – o art. 41 da Constituição Federal sujeita a avaliação especial de desempenho, antes de completar três anos de efetivo exercício, para aquisição da estabilidade, todo e qualquer servidor do Estado que, depois de 05 de junho/98 (data da publicação da Emenda Constitucional nº 19/98), tenha assumido ou vier a assumir cargo de provimento efetivo em face de nomeação decorrente de aprovação em concurso público.

É o meu parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/
PGE**, em Manaus, 08 de agosto de 2002.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1570/02-PGE (10.258/01-SEAD-1037/01-DG/PC).
INTERESSADO: O Procurador do Estado Raimundo Paulo dos Santos Neto.

ASSUNTO: Normas sobre estágio probatório aplicáveis aos Procuradores do Estado. Consulta.

D E S P A C H O

I – **APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, o **Parecer nº 063/02- 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 Procuradoria Geral do Estado no Distrito Federal, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus(AM), 13 de agosto de 2002.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1.448/02-PGE (3.622/01-SPT/SEDEC-2.882/02-SEAD)

INTERESSADO: Appio da Silva Tolentino

ASSUNTO: Gratificação de Atividade Industrial. Pagamento relativamente aos dias de comparecimento a sessões do júri. Pendência de processo disciplinar.

PARECER Nº 113/02-PPE/PGE

SERVIDOR SORTEADO PARA O TRIBUNAL DO JÚRI. COMPARECIMENTO ÀS SESSÕES. DIREITO AOS VENCIMENTOS, INCLUSIVE VANTAGEM CUJO PAGAMENTO SE CONDICIONE AO EFETIVO EXERCÍCIO.

— Ao servidor público sorteado para o serviço do júri — definido como obrigatório pelo art. 434 do Código de Processo Penal — é garantido o pagamento integral dos vencimentos nos dias em que tiver de comparecer às sessões do Tribunal, ainda que não participe do julgamento, à vista do disposto no art. 430 do mesmo CPP e no inciso IV do art. 56 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado.

— Provado que o servidor figurou entre os jurados sorteados para reunião periódica do Tribunal do Júri e que compareceu às respectivas sessões, está a Administração obrigada a pagar-lhe inclusive as gratificações *propter laborem*, que, em tese, são as devidas apenas quando prestado o específico serviço que lhes dá causa.

— Ainda que provado ter o servidor comparecido às sessões do Tribunal na condição de jurado, deve a Administração negar-lhe o pagamento de gratificações de serviço referentes a período anterior a tais comparecimentos se pende de conclusão a apuração de faltas então cometidas em número punível com a pena de demissão.

Quer o Interessado receber a Gratificação de Atividade Industrial relativamente aos meses de março a julho de 1999, que a Administração não lhe pagou por considerá-lo ausente injustificadamente do serviço.

Na petição, registra que em fevereiro de 1999 foi intimado a comparecer ao Tribunal do Júri a 8 de igual mês, para fazer parte do Conselho de Sentença, e que no posterior dia 11, por meio do Ofício nº 077-JD/99, o Juiz-Presidente do mesmo T. J. *"informou à Secretaria de Estado da Indústria e Comércio que o requerente não poderia sofrer qualquer desconto em seus vencimentos, em face do serviço de Júri ser obrigatório"*. Todavia, *"mesmo sendo informado"* – como ressalta —, o órgão descontou de sua remuneração, mensalmente, no apontado período, a importância de R\$ 1.765,12, correspondente à vantagem mencionada.

À fl. PGE-06, cópia de mandado de intimação comprova a primeira asserção do Interessado, ali estando grafado que deveria ele comparecer ao 1º Tribunal do Júri *"no dia 08 (oito) de fevereiro vindouro, às 8h30min, a fim de servir de jurado naquela e demais sessões que serão realizadas por ocasião da 1ª Reunião Anual do aludido Tribunal"*. A segunda afirmativa é comprovada à fl. PGE-07, que constitui cópia do citado Ofício 077-JD/99, de 11 de fevereiro/99, no qual seu ilustre signatário comunica ao titular da então denominada Secretaria da Indústria, Comércio e Turismo—SIC que o agora requerente *"encontra-se à disposição deste Juízo na qualidade de jurado"* e que *"não pode sofrer nenhum desconto em seus vencimentos"*.

Constam ainda da documentação juntada pelo Interessado mais duas peças: à fl. PGE-08, cópia de outro ofício dirigido pelo Presidente do T. J. à SIC, este de nº 258/99-JD, datado de 09 de abril/99, advertindo o titular da Pasta sobre a *"adoção das medidas penais cabíveis"* na hipótese do *"não cumprimento da ordem judicial exarada através do Ofício nº 077-JD/99"* e informando que o servidor em causa *"se encontra à disposição deste 1º Tribunal do Júri desde o dia 08 de fevereiro do corrente ano, e assim permanecerá até o dia 31 de maio do corrente ano"*; à fl. PGE-09, cópia de ficha financeira na qual é visto que a

remuneração do servidor sofreu desconto da questionada vantagem nos meses de março a julho de 1999.

Submetido à Procuradoria Geral do Estado diretamente, sem o exame prévio do órgão central do Sistema de Pessoal, o processo foi daqui encaminhado com aquele fim à Secretaria de Estado da Administração—SEAD e esta, antes de manifestar-se, remeteu-o à Secretaria do Desenvolvimento Econômico—SEDEC, por solicitação do Departamento de Gestão de Pessoal. Depois, os autos voltaram para a SEAD com cópia de procedimento de sindicância que a SIC instaurara em março de 1999 para “apurar os acontecimentos relacionados à ausência injustificada do funcionário”. Os autos dessa apuração (Processo 11.540/99-2-SPT/SIC, conforme visto à fl. PGE-16 e segs.) são formados, dentre outras peças, pelas seguintes:

a) às fls. PGE-26 e 27, respectivamente, cópias das fichas de frequência do Interessado relativas a fevereiro e março/99, estando nelas registradas faltas ao serviço por mais de trinta dias consecutivos, a partir de 05 do primeiro daqueles meses (tendo sido abonada a ausência do dia 08);

b) às fls. PGE-31/32, a pauta dos julgamentos da 1ª Reunião de 1999 do 1º Tribunal do Júri, emitida pelo Presidente da Corte e na qual consta terem sido marcadas para o período vinte sessões, assim distribuídas: **em março**, nos dias 16 (a inicial), 18, 23, 25 e 30; **em abril**, nos dias 06, 08, 13, 15, 20, 22, 27 e 29; **em maio**, nos dias 04, 06, 11, 13, 18, 20 e 25;

c) às fls. PGE-33/34, datado de 1º de março/99 e publicado na edição de 04 seguinte do Diário Oficial, o edital de convocação dos 21 jurados e suplentes sorteados que deveriam “*servir na 1ª Reunião Anual do aludido Tribunal, a iniciar-se no dia 15 do corrente mês e ano, às 08:30 horas*”, ali arrolado o nome do ora Interessado;

d) às fls. PGE-48/50, parecer no qual a Juíza Corregedora Auxiliar, em resposta a consulta que o

Secretário da Indústria e Comércio dirigira ao Corregedor-Geral para saber das obrigações da Administração em relação aos vencimentos do servidor sorteado para servir como jurado, define: *"Ainda que o exercício efetivo da função de jurado constitua serviço público relevante, é incompreensível, do ponto de vista administrativo, dispensar-se o servidor alistado o ano inteiro de suas funções normais, causando graves prejuízos à Administração Pública. De certo que sendo ele sorteado, deverá comparecer, no dia e hora designados no Edital, uma vez que poderá ser um dos escolhidos para compor o Conselho de Sentença"*;

e) às fls. PGE-56/57, o relatório final da Comissão de Sindicância, com a nota de que *"o servidor deixou de registrar sua frequência desde o dia 05 de fevereiro do corrente ano sem apresentar qualquer justificativa para tal fato"* — pelo que *"violou o disposto no art. 149, inciso II, da Lei nº 1.762 (...), sujeitando-se à pena prevista no art. 161, inciso II"* — e a recomendação de que os autos fossem remetidos à Comissão de Regime Disciplinar/SEAD, para a instauração de inquérito administrativo;

f) à fl. PGE-58, despacho com o qual o Chefe de Gabinete do Secretário da Administração remete o feito à CRD, e, à mesma página, de ordem, encaminhamento do processado à SIC, para anexação de *"cópias legíveis e autenticadas da folha de frequência do servidor"*, o que veio a ocorrer depois (fls. PGE-59/61), com a devida devolução à SEAD.

Assim instruído pelo órgão de origem, o feito voltou ao Departamento de Gestão de Pessoal da SEAD e daí foi remetido à Consultoria Jurídica da Pasta, que, às fls. PGE-73/75, sob o entendimento de ter o Interessado *"deixado de comparecer à Repartição, sem justificativa, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos"*, opinou por que seja indeferido o pedido de pagamento exposto na inicial.

A seguir, presumivelmente ainda no âmbito da Consultoria Jurídica da SEAD – pois constante entre aquele pronunciamento e o despacho com o qual o Consultor-Chefe, à fl. PGE-93, viria a endossá-lo —, foram juntadas aos autos as seguintes peças:

a) à fl. PGE-76, cópia de um ofício datado de 08 de setembro/99, pelo qual o Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual notificou o Presidente da Comissão de Regime Disciplinar da SEAD a prestar informações nos autos de Mandado de Segurança/ Processo nº 0121012184-8 (412/99), impetrado pelo agora Interessado para obter o "*arquivamento do processo disciplinar*";

b) às fls. PGE-77/78, cópia da decisão adotada a respeito pelo aludido magistrado, que, deferindo a liminar pleiteada, determinou ao Presidente da CRD procedesse à "*imediate suspensão do processo administrativo até decisão ulterior deste Juízo*";

c) às fls. 79/91, cópia da petição do citado MS;

d) à fl. PGE-92, cópia do despacho por meio do qual o Presidente da CRD, em obediência à determinação judicial prefalada, avocou o questionado processo administrativo e suspendeu-lhe a instrução.

Submetido o processo à apreciação desta Procuradoria Geral e aqui distribuído à PPE, entendi necessário, antes de mais nada, ouvir a Procuradoria Judicial Comum acerca do Mandado de Segurança impetrado pelo Interessado. Em resposta à fl. PGE-95, aquela Especializada, pelas palavras da d. Procuradora do Estado Ellen Florêncio S. Rocha, informou que, por via de Agravo de Instrumento, a PGE buscara a revogação da liminar concedida. Negado provimento ao recurso, foram ajuizados Embargos Declaratórios e estes aguardam julgamento. Então, em suma, como registrado na r. informação, "*não há, ainda, decisão acerca do mandamus, não tendo sido, ainda, prolatado nenhum acórdão concessivo ou denegatório da segurança.*"

É, até aqui, o relatório. Passo a opinar.

Intricada como visto de seu longo histórico, a questão dos autos, apesar disso, não é de difícil solução, segundo avalio desde já. Em verdade, não fossem os incidentes do caso, a sorte do pedido seria favorável ao Interessado sem qualquer discussão.

Com efeito, lembre-se que o objeto deste processo é o pagamento de uma parcela descontada da remuneração de servidor público por ausência ao serviço em período no qual, como jurado, em face do art. 434 do Código de Processo Penal, estava obrigado a comparecer ao Tribunal do Júri. Para essa hipótese, estabelece o mesmo CPP:

Art. 430 – Nenhum desconto será feito nos vencimentos do jurado sorteado que comparecer às sessões do júri.

Não estivesse essa garantia inscrita no CPP, ainda assim o Interessado teria direito ao pagamento de sua remuneração integral, por tratar-se de caso de ausência motivada pela prestação de serviço considerado obrigatório por lei, conforme assentado no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (a Lei 1.762/86, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores estaduais), desta forma:

Art. 56 – Será considerado como efetivo exercício o afastamento do funcionário em virtude de:

.....

IV – serviços obrigatórios por lei.

Concretamente, assim, provado que o Interessado figurou entre os vinte e um jurados sorteados para a 1ª Reunião de 1999 do 1º Tribunal do Júri (como visto do edital às fls. PGE-33/34), não resta dúvida de que, em relação aos dias de comparecimento às sessões, estava a Administração obrigada a pagar-lhe a remuneração integral, isto é: vencimento e todas as vantagens, inclusive as gratificações *propter laborem*, que, em tese, deixam de ser devidas quando o servidor se afasta do serviço que as enseja.

Apenas para realce, assinalo que é mesmo dessa natureza a pleiteada Gratificação de Atividade Industrial. Criada

por meio do art. 3º da Lei 2.120/92, ao tempo em que o pessoal da atual SEDEC integrava o quadro da então chamada Secretaria da Economia, Fazenda e Turismo, foi definida como “destinada a remunerar os servidores lotados na Subsecretaria de Economia que exercem atividades inerentes daquele órgão” (*sic*). Ao regulamentá-la, o Decreto 14.645/92 timbrou que a ela “somente farão jus” os funcionários “em efetivo exercício” no âmbito daquele órgão. No entanto, ressaltou:

Art. 4º — (Omissis)

.....

§ 2º — (...), entende-se como efetivo exercício o afastamento dos funcionários que se enquadrem nas seguintes situações:

.....

V – serviços considerados obrigatórios por disposição legal.

Todavia, ainda que o pedido formulado pelo Interessado tenha incontroverso enquadramento legal, não pode a Administração deferi-lo pelo menos já. É que, no meio do caminho, há uma pedra.

Refiro-me, obviamente, ao ainda pendente Mandado de Segurança que o mesmo Interessado impetrou para obter o arquivamento do processo disciplinar no qual foi indiciado sob a imputação de abandono de cargo.

Ora, demonstram os autos, à saciedade, que:

1 – a primeira das sessões do Tribunal do Júri a que o Interessado deveria obrigatoriamente comparecer como jurado sorteado foi marcada de modo formal pelo Juiz-Presidente daquela Corte para 15 de março/99, como visto do edital que S. Exa. assinou e fez publicar na edição de 04 do mesmo março do Diário Oficial (conf. fls. PGE-33/34);

2 – até a véspera de tal data, o Interessado já havia cometido mais de trinta faltas consecutivas sem justa

causa, mesmo se considerado (como considero) que essas ausências são de ser computadas não propriamente desde 05 de fevereiro/99, mas a partir do dia 09 seguinte, já que, segundo o mandado de intimação de fl. PGE-06, o Interessado deveria comparecer ao T. J. no dia 08 do mesmo fevereiro;

3 – precisamente para confirmação da ocorrência dessas faltas foi que a Administração procedeu à sindicância de que tratam as fls. PGE-16 e seguintes. Depois, confirmadas elas, instaurou o devido inquérito (fl. PGE-35), chegando a Comissão de Regime Disciplinar a indiciar o Interessado (fl. PGE-39), citá-lo (fl. PGE-42), ouvi-lo (fl. PGE-43) e assinar-lhe prazo de dez dias para apresentação de defesa escrita, o qual começou a fluir a 02 de setembro/99, como visível à fl. PGE-44;

4 – antes do esgotamento do decêndio, porém, o Interessado impetrou Mandado de Segurança, com pedido de liminar, para ver arquivado o mencionado processo administrativo disciplinar. Ao recebê-lo, o Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual deferiu a medida pleiteada, determinando ao Presidente da CRD procedesse à imediata suspensão do feito "até decisão ulterior deste Juízo".

Essa "decisão ulterior" ainda não se deu, conforme atesta a Promoção nº 107/2002-PJC/PGE, à fl. 95. Ao ocorrer, em sendo desfavorável ao Interessado, implicará a retomada do inquérito disciplinar, e este, ao seu turno, poderá concluir que o Interessado já incorrera em abandono de cargo antes mesmo das sessões do Tribunal do Júri a que compareceu na condição de jurado, não lhe sendo devida a gratificação pleiteada, então.

Já que assim é, deve o Secretário de Estado do Desenvolvimento Econômico indeferir o pedido da peça vestibular

ou – conforme queira — sobrestar estes autos até a decisão final do MS pendente ou do processo administrativo disciplinar suspenso, na hipótese da eventual continuidade deste.

É o meu parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/
PGE**, em Manaus, 29 de novembro de 2002.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 1.448/02-PGE

INTERESSADO: Appio da Silva Tolentino

ASSUNTO: Gratificação de Atividade Industrial. Pagamento relativo aos dias de comparecimento a sessões do júri. Pendência de processo disciplinar.

D E S P A C H O

I – **APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, o **Parecer nº 113/02- PPE/PGE**, da lavra do ilustre Procurador-Chefe, da Procuradoria do Pessoal Estatutário-PPE/PGE, Dr. R. Frânio A. Lima.

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

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus(AM), 03 de dezembro de 2002.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 5064/02-PGE (3591/2002-PMAM - 4987/02-SEAD)

INTERESSADO: Luiz Gonzaga Rodrigues de Oliveira

ASSUNTO: Revisão de base de cálculo dos "quintos".

PARECER Nº 001/03-PPE/PGE

- Só deve ser aplicado nas hipóteses que se hajam concretizado até 20.04.99 (data da publicação da Lei nº 2.531/99) o entendimento firmado por esta PGE no sentido de que, "Quando o cargo ou função houverem sofrido alteração de padrão remuneratório, o cálculo será feito com base no seu valor atual". É que a partir daquela data, o que a Lei passou a considerar foi o valor então correspondente aos "quintos" a que fazia jus o servidor, ou seja, a importância em dinheiro percebida ou de direito no dia da publicação da Lei nº 2.531/99, desatrelando-a do cargo ou função que a gerou e sujeitando-a exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais. (in Parecer nº 120/02-PPE/PGE)

Senhor Procurador-Geral:

Requer o Interessado, CEL QOPM da Polícia Militar do Amazonas, transferido para a reserva remunerada em 16.07.96, a "correção do valor da Gratificação de Função GF-1, correspondente a Diretorias, Comandos Intermediários e Comando de Batalhão aos mesmos valores do Pessoal da Ativa da Polícia Militar, amparado pelo artigo 109, item XXII, da Constituição Estadual de 05 de outubro de 1999" (sic).

A Consultoria Jurídica da SEAD opinou pelo deferimento do pedido, com base no art. 109, XXI, da CE, assim:

"É de saltar à vista, por conseguinte que se o Interessado faz jus, também, a 3/5 (três quintos) relativos a funções

de comando, os mesmos deverão que obedecer à regra pecuniária determinada pela Lei nº 2.652 de 25.06.01, dando-se cumprimento, assim, ao comando constitucional acima referido" (sic).

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

É o relatório.

Primeiramente, cabe registrar que o inciso XXII do art. 109 da CE, invocado pelo Requerente como fundamento legal de seu pedido, não tem qualquer aplicação no caso concreto destes autos, já que estabelece que "por força dos §§ 2º e 3º do art. 111, é vedada a promoção do servidor e do militar para efeito de aposentadoria, reforma ou reserva remunerada".

Quanto ao mérito, a matéria destes autos é singelíssima, já havendo sido objeto de diversas manifestações desta Especializada.

A Lei nº 2.531, de 16.04.99, que extinguiu, por seu art. 1º, o questionado adicional de "quintos" estabeleceu:

"Art. 1º - Fica extinto o adicional pelo exercício de cargo ou função de confiança instituído pelo art. 82 da Lei nº 1.762, de 14 de novembro de 1986, e previsto nas Leis nºs. 1.778, de 08 de janeiro de 1987, 2.271, de 10 de janeiro de 1994, e 1.869, de 07 de outubro de 1988. (grifei)

Parágrafo único – A importância relativa ao adicional de que trata o *caput* deste artigo, adquirida e/ou incorporada na forma da Lei até a data da publicação deste diploma, passa a constituir vantagem nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais, sendo sua percepção incompatível com o exercício de cargo ou função de confiança, salvo se o servidor optar pela remuneração do cargo efetivo por ele ocupado."

O Decreto nº 20.306, de 10.09.99, que regulamentou o parágrafo único do art. 1º da Lei 2.531/99, considerou adquirido o direito à percepção dos “quintos” aos servidores que até a data da publicação da Lei houvessem implementado os requisitos para a obtenção das parcelas correspondentes, bem como mandou incorporar o valor, ou seja, a importância em dinheiro que vinha sendo percebida pelo servidor no dia da publicação da Lei nº 2.531/99, *i.e.*, 20 de abril de 1999, após a devida revisão da vantagem por uma Comissão instituída para esse fim.

Sem discutir o ato de concessão da vantagem ao Interessado, verifico do documento de fls. 134-PGE, que o Interessado percebe 5/5 (cinco quintos) do valor da função gratificada símbolo GF-1.

A Lei nº 2.652, de 25.06.01, que instituiu a Gratificação de Comando e Sub-Comando, entrou em vigor em 2001, quando já havia sido extinto o referido adicional de “quintos”.

Na data da Lei Estadual nº 2.531/99 o Interessado percebia 5/5 (cinco quintos) do valor da função gratificada de símbolo GF-1. Essa importância foi, então, por força de lei, incorporada ao patrimônio do Requerente, passando a constituir *vantagem individual nominalmente identificada*. Cabe registrar, por oportuno, que esta Procuradoria firmou, antes da Lei nº 2.531/99, entendimento no sentido de que “Quando o cargo ou função houverem sofrido alteração de padrão remuneratório, o cálculo será feito com base no seu valor atual” (In Revista da PGE, nº 09/10, 1987, pag. 36). Entretanto, tal conclusão permanece aplicável somente nas hipóteses que se hajam concretizado até 20.04.99. É que, a partir de então, o que a Lei mandou incorporar, foi o valor, ou seja, a importância em dinheiro percebida pelo servidor na data da publicação da referida Lei. A única variação desse valor, permitida por lei, é a da atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores estaduais, o que não é a hipótese destes autos.

A Administração Pública sujeita-se, por força de mandamento constitucional, ao princípio da legalidade, dele não se podendo afastar ou desviar, não podendo, portanto, alterar o

valor que o Interessado percebe, justo porque sua incorporação decorreu de lei.

Diante do exposto, e porque o que a Lei passou a considerar foi o valor então correspondente aos “quintos” a que fazia jus o servidor, ou seja, a importância em dinheiro percebida no dia de sua publicação, desatrelando-a do cargo ou função que a gerou e sujeitando-a exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais, opino pelo indeferimento do pedido.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/
PGE, em Manaus, 03 de janeiro de 2003.**

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 5064/2002-PGE

INTERESSADO: Luiz Gonzaga Rodrigues de Oliveira

ASSUNTO: Revisão de base de cálculo dos “quintos”

DESPACHO

I – **APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, o **Parecer nº 001/03-PGE/PGE**, da lavra da ilustre Procuradora do Estado Dra. Ana Eunice Carneiro Alves.

II – **DEVOLVAM-SE** os autos a Secretaria de Estado da Administração, Recursos Humanos e Previdência – SEAD.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus(AM), 06 de janeiro de 2003.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 5067/02-PGE (6072/02-SEAD)**INTERESSADO:** José Ronaldo da Silva**ASSUNTO:** Substituição da vantagem dos "quintos" pelo benefício do art. 140 da Lei nº 1.762/86. Pedido.**PARECER Nº 185/03-PPE/PGE****SUBSTITUIÇÃO DA VANTAGEM DOS "QUINTOS" PELO BENEFÍCIO DO ART. 140 DA LEI Nº 1.762/86-EF. OPÇÃO FORMALIZADA POSTERIORMENTE À REVOGAÇÃO DO ART. 82 DO EF. IMPOSSIBILIDADE.**

- O art. 30 da Lei nº 2.531/99 revogou, expressamente, o art. 82 do Estatuto dos Funcionários, que admitia, em seu § 5º, a possibilidade de substituição da vantagem dos "quintos" pelo benefício do art. 140 do mesmo Estatuto. Dessa forma, não havendo mais no ordenamento legal estadual norma admitindo essa modificação, não cabe falar em substituição das referidas vantagens, salvo se a opção houver sido formalizada antes da data da publicação da referida Lei, i.e., 16.04.99.

Senhor Procurador-Chefe:

Aposentado por Decreto publicado na edição do D.O.E. de 22.12.95, no cargo de Engenheiro Agrônomo do Quadro de Pessoal do IDAM, com a vantagem pessoal de "2/5 (dois quintos) do cargo de Diretor Técnico/Dirigente Intermediário" (cfr. fl. PGE-04), o Interessado pretende que seu decreto de aposentadoria seja retificado, de sorte a que a vantagem de quintos que percebe seja substituída pela do benefício do inciso II, § 1º, do art. 140 do Estatuto, de aposentação com as vantagens do cargo em comissão de maior valor que exerceu quando em atividade, por mais de um ano.

Em 13.12.02 a Consultoria Jurídica da SEAD opinou, às fls. PGE-32/33, pelo deferimento do pedido, havendo os autos chegado ao exame desta Procuradoria Geral por solicitação do Secretário Executivo da SEAD.

Antes da manifestação conclusiva desta PGE, e a fim de possibilitar uma melhor análise do pedido, solicitei a juntada aos autos de cópia integral do processo de aposentadoria do servidor, o que veio de ser atendido.

É o relatório.

Colho da instrução dos autos que o Interessado aposentou-se por Decreto de 22.12.95, no cargo de Engenheiro Agrônomo do Quadro de Pessoal da EMATER, com proventos proporcionais ao tempo de serviço (30/35 avos), havendo incorporado a seus proventos "2/5 (dois quintos) do cargo de Diretor-Técnico/Dirigente Intermediário" (fls. PGE-04). Verifico, também que, de acordo com a certidão de fls. PGE-25/26, o requerente exerceu cargos em comissão e funções de confiança por período superior a 10 anos. Em face desse tempo de exercício, o requerente pretende substituir a vantagem de "quintos" que percebe, pelo benefício constante do art. 140 do Estatuto, que cuidava de aposentação com as vantagens do cargo em comissão de maior valor que exerceu quando em atividade, por mais de um ano.

Pois bem: o § 5º do art. 82 da Lei nº 1.762/86 estabelecia que:

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

- I – da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo;
- II – do valor da função gratificada.

...

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

E o art. 140 dispunha que:

“Art. 140 – O funcionário ao se aposentar passará a inatividade:

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

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

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

Em face de tais disposições estatutárias, esta Procuradoria Geral firmou entendimento, através do Parecer nº 038/95-PPE/PGE, da lavra de V.Exa., no sentido de que

“Pode a vantagem dos “quintos ser substituída pelo benefício do art. 140 do Estatuto dos Funcionários, mesmo em relação às aposentadorias já decretadas, se o servidor formalizar a opção de que trata o § 5º do art. 82 do EF.”

Ocorre que a Lei nº 2.531, de 16.04.99, extinguiu, por seu art. 1º, o adicional de “quintos”, havendo revogado, expressamente, no art. 30, o referido art. 82 que dispunha sobre essa vantagem. E a mesma Lei estabeleceu que a importância relativa a essa vantagem passa a constituir vantagem individual nominalmente identificada, sujeita exclusivamente a atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais.

Vê-se então, que a partir de abril de 1999, o art. 82 deixou de vigorar, sendo admitida a concessão dos “quintos” apenas naquelas situações que se concretizaram até a data da publicação da Lei nº 2.531/99, *i.e.* 16.04.99. Conseqüentemente, a partir

daquela data, não mais se tornou possível a opção de que cuidava o § 5º daquele artigo.

Não bastasse isso, em 27.12.01 foi editada a Lei Complementar nº 30 que, por seu art. 122, revogou expressamente o art. 140 do EF.

Colho do requerimento de fls. PGE-03 que o Interessado formalizou a opção de alteração do termo de aposentadoria em 17.07.02, quando não mais vigorava o § 5º do art. 82, que previa essa possibilidade, nem o art. 140. Dessa forma, por não haver mais no ordenamento legal estadual norma admitindo essa modificação, e porque a opção no caso concreto destes autos se deu após a revogação do art. 82 do EF, opino pelo indeferimento do pedido, por absoluta falta de amparo legal.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/
PGE, em Manaus, 17 de novembro de 2003.**

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora do Estado

DESPACHO

Aprovo.
Devolva-se à SEAD.

PPE/PGE, em 17.11.03.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 4314/03-PGE (6851/03-SEAD)**INTERESSADO:** Maria Soares de Oliveira**ASSUNTO:** Pedido de pensão. Comprovação de condição de companheira mediante justificação judicial.**PARECER Nº 198/03-PPE/PGE****PENSÃO À COMPANHEIRA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.**

- A companheira tem direito à pensão por morte, desde que comprovada a união estável, bem como a dependência econômica.
- Não havendo nos autos nenhum documento que constitua, pelo menos, início de prova material da existência da sociedade de fato entre a Interessada e o *de cujus*, não pode a justificação judicial ser havida como suficiente para caracterizar essa relação para fins de percepção de pensão por morte.

Fundada em justificação judicial interposta para fins de comprovação do que os civilistas vêm denominando de sociedade de fato, requer a Interessada a concessão de pensão por morte do ex-servidor aposentado da SEFAZ ANTÔNIO CELESTINO GARCIA, falecido em 17.04.03.

A Consultoria Jurídica da SEAD opinou, às fls. PGE-35/37, pelo indeferimento do pedido, por entender que, *“por falta de ‘começo razoável de prova escrita’, não parece ter havido in casu o preenchimento de todas as exigências para materialização da entidade familiar, máxime pela constituição apenas de prova testemunhal o que levaria ao entendimento de que improcede o pleito”*.

Os autos vieram ao exame desta PGE por solicitação da Secretária Executiva da SEAD.

É o relatório.

Conforme colho da instrução dos autos, a Interessada ajuizou perante a 4ª Vara de Família desta cidade, ação de justificação judicial a fim de reconhecer a convivência marital que alega haver tido com o *de cujus*, ex-servidor aposentado da SEFAZ. O procedimento judicial foi instruído com o depoimento de três testemunhas, uma das quais filha do falecido. O representante do Ministério Público opinou de forma favorável à homologação da justificação, havendo sido prolatada a sentença, na forma do art. 866 do CPC, na qual o MM. Juiz deixou de apreciar o mérito da prova (fls. PGE-30).

A Carta Federal de 1988 estabelece, em seu art. 226, o seguinte:

“Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Na esteira dessa modernização, a Carta Federal incorporou também orientação já vigente no plano da legislação previdenciária, para definir:

“Art. 201 - A previdência social será organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá nos termos da lei, a:

(...)

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou ao companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”

No âmbito da legislação estadual, a Lei Complementar nº 30/01 estabelece em seu art. 2º, II, a, que:

“Art. 2º - São beneficiários do Programa de Previdência estabelecido por esta Lei Complementar:

I - (...)

II - Na condição de dependentes do segurado:

a) o cônjuge ou convivente, enquanto perdurar o casamento ou a união estável, bem como o ex-cônjuge ou ex-convivente se credor de alimentos.”

Vê-se então, dos dispositivos constitucionais e legais acima transcritos, que o ordenamento legal brasileiro reconhece a condição de companheiro, para fins de percepção de pensão por morte de servidor público.

No caso concreto destes autos, a condição de companheira da Interessada se deu através de justificação judicial, baseada tão somente em prova testemunhal. De se perguntar, então, se essa justificação seria suficiente para demonstrar a existência de união estável e dependência econômica, para fins de reconhecer-lhe o direito à percepção da pensão por morte. Tenho a resposta como negativa, por entender que a justificação judicial não se trata do instrumento processual próprio para reconhecer a existência de uma sociedade de fato, pelos seguintes motivos:

É sabido que a justificação judicial tem por objetivo reconhecer a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular. Sabe-se, também, que na justificação o juiz não se pronuncia sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais.

Pois bem: no caso concreto, a Interessada procurou demonstrar, através da justificação, a existência de uma sociedade de fato entre ela e o servidor falecido, valendo-se apenas de prova testemunhal. Não há, então, nesse caso, nenhum documento comprobatório que possa ser havido como início

razoável de prova material, capaz de comprovar, efetivamente, que existia, *in casu*, a união estável e a dependência econômica entre a Interessada e o *de cujus*. Assim, havendo incerteza sobre a existência dessa relação, penso que não há como a Administração — baseada apenas em prova testemunhal —, verificar se foram cumpridas as exigências legais de durabilidade, continuidade e caráter público da convivência e, como óbvio, do objetivo de constituição de família, para fins de caracterizar a condição de companheira da Interessada e, conseqüentemente, seu direito à percepção da pensão requerida. É fato, como já dito anteriormente, que a companheira tem direito à pensão por morte, mas para fazer jus a este direito, é necessário que reste efetivamente comprovada a união estável, bem como a dependência econômica. Penso, então, que o caminho idôneo a ser percorrido pela Interessada, seria o de ajuizamento de ação ordinária de reconhecimento de sociedade de fato e não simplesmente a justificação judicial, uma vez que a prova produzida na justificação de que se cuida, há de ser reproduzida no processo de conhecimento, sob o crivo do contraditório, podendo ser utilizada apenas de forma subsidiária.

Diante do exposto, por não haver nos autos nenhum documento que constitua, pelo menos, início de prova material da existência da sociedade de fato entre a Interessada e o *de cujus*, opino pelo indeferimento do pedido de pagamento de pensão à requerente, resguardando-me ao direito de reexaminar a matéria no caso de a Interessada apresentar documentos capazes de comprovar, efetivamente, o que foi objeto da justificação judicial interposta.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/
PGE, em Manaus, 10 de dezembro de 2003.**

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe, em substituição

PROCESSO Nº 4314/03 – PGE**INTERESSADO:** Maria Soares de Oliveira**ASSUNTO:** Pedido de Pensão. Comprovação de condição de companheira mediante Justificação Judicial.**DESPACHO**

I – **APROVO** o Parecer nº 198/03-PGE/PGE, da lavra da Procuradora do Estado chefe da Procuradoria do Pessoal Estatutário, em substituição, *Dra. Ana Eunice Carneiro Alves*.

II – **DEVOLVAM-SE** os autos a Secretaria de Estado da Administração, Recursos Humanos e Previdência - SEAD, com observância das formalidade de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 11 de dezembro de 2003.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 2927/2003 – PGE**INTERESSADO:** Secretaria de Estado da Educação e Qualidade do Ensino – SEDUC**ASSUNTO:** Possibilidade de relocação de integrantes da carreira do Magistério. Consulta.**PARECER Nº 130/03-PPE/PGE****RELOCAÇÃO DE INTEGRANTES DO MAGISTÉRIO.
CONSULTA.**

- Os servidores integrantes da Carreira Única do Magistério, titulares dos cargos de Professor e de Pedagogo, não poderão ser sujeitos de relocação, em decorrência do que dispõe o artigo 16 da Lei nº 1221, de 30 de dezembro de 1976.

Senhor Procurador-Chefe

A Secretária de Estado da Educação e Qualidade do Ensino consulta esta Procuradoria Geral do Estado acerca da *"possibilidade de relocação dos servidores integrados, readaptados e ocupantes de cargos exclusivos da SEDUC – integrantes do Grupo Magistério – em outros órgãos da Administração Direta ou Indireta do Estado."*

Em razão de não estarem instruídos com o parecer conclusivo da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Administração, Recursos Humanos e Previdência – SEAD, a Chefia Maior desta Casa enviou os autos àquela Pasta para que o Serviço Jurídico se manifestasse a respeito da matéria em exame.

Devolvido o processo com o cumprimento daquela exigência legal (fls. SEAD-13/15), foi distribuído a esta Especializada, para análise e parecer.

É o Relatório. Passo a opinar.

Definido por esta Especializada no Parecer nº 080/03-PPE/PGE (juntado aos autos em cópia, fls. SEAD-5/11) que o regime de colaboração entre órgãos distintos do Poder Executivo Estadual – matéria de que trata os autos – permanece disciplinado pelo que dispõem os §§ 1º e 2º do artigo 18 da Lei nº 1029/1971, com a redação dada pela Lei nº 1338, de 24 de setembro de 1979, resta dizer, para dirimir a dúvida do órgão consulente, se essas disposições são aplicáveis aos integrantes do Magistério, “*integrados, readaptados e ocupantes de cargos exclusivos da SEDUC*”.

Necessário, em primeiro lugar, identificar os servidores integrantes da carreira do Magistério e conceituar cada categoria mencionada pela Pasta em sua consulta, registrando-se que “*ocupantes de cargos exclusivos da SEDUC*” é gênero do qual são espécies os atuais titulares dos cargos de Professor e de Pedagogo, sejam eles integrados, readaptados, integrantes do Quadro Suplementar, etc.

A Lei nº 2377, de 3 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o Plano de Carreiras, Cargos e Vencimentos da SEDUC, assim estabelece a respeito da composição dos Quadros de Pessoal da Pasta:

“Art. 5º - Os quadros de pessoal da Secretaria de Estado da Educação ficam compostos pelos cargos de provimento efetivo, organizados em duas carreiras:

I – Carreira Única do Magistério; e

II – Carreira Técnico-Administrativa.

§ 1º - A Carreira Única do Magistério, privativa de professores e especialistas em educação, é escalonada de acordo com o grau de formação exigido dentro das respectivas classes.

§ 2º - A Carreira Técnico-Administrativa, privativa dos servidores que exerçam atividades de apoio à educação, é constituída de quatro grupos de carreira, estruturada e especificados seus requisitos nesta Lei.

§ 3º - As especificações da Carreira Única do Magistério

e da Carreira Técnico-Administrativa, com as condições, requisitos e área de atuação, são as constantes nas Especificações dos Cargos, Anexo I, desta Lei.” (grifei)

De acordo com o Anexo I da dita Lei, integram a Carreira Única do Magistério os servidores titulares dos cargos de **Professor** (antigos Professores MP.I.EC.A, MP.I e II.EC.B, MP.I e II.EC.C, MP.I e II.EC.D, MP.I e II.EC.E e MP.I e II.EC.F e Orientadores de Disciplina, estes docentes readaptados) e de **Pedagogo** (Especialistas em Educação, antigos Administradores, Supervisores, Orientadores e Planejadores Educacionais e Inspectores Escolares).

Quanto ao Quadro de Pessoal Técnico-Administrativo, é composto dos servidores titulares dos cargos de Auxiliar de Serviços Gerais, Merendeira, Motorista, Vigia, Auxiliar de Biblioteca, Assistente Administrativo, Programador de Computador, Técnico Agrícola, Técnico em Contabilidade, Administrador, Analista de Sistemas, Assistente Social, Bibliotecário, Contador, Engenheiro, Estatístico, Fonoaudiólogo, Nutricionista e Psicólogo.

No que diz respeito às categorias referidas na consulta, conhece-se por *integrados* os professores que se vinculavam originalmente à SEDUC pelo regime da CLT e passaram a estatutários por força do Decreto nº 6577, de 13 de agosto de 1982. *Readaptados*, por sua vez, são os integrantes do Magistério que, por terem sido afastados da prática da docência propriamente dita em decorrência de diminuição de sua capacidade física ou mental, passaram a exercer funções compatíveis com as limitações sofridas. Seja como for, são, todos, a partir da edição da Lei nº 2377/96, titulares do cargo de *Professor*.

Identificados os servidores integrantes da Carreira Única do Magistério e conceituadas as categorias dos integrados e readaptados, passo a transcrever o que diz o artigo 18 da Lei nº 1029/1971, com a redação dada pela Lei nº 1338, de 24 de setembro de 1979:

“Art. 18 – Os servidores públicos da Administração do Estado do Amazonas, a critério do Governador do Estado,

poderão ser postos à disposição do Poder Legislativo, Poder Judiciário e Tribunal de Contas e de outros órgãos ou de entidades da Administração Federal, da Administração Municipal, de outros Estados, dos Territórios ou do Distrito Federal, pelo prazo de 12 meses, sem ônus para a Administração pública estadual.

§ 1º - O regime de colaboração entre órgãos distintos da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo, para a utilização de servidores, será formalizado:

I – por disposição decretada por Ato do Governador do Estado pelo prazo de 12 (doze) meses, sem ônus para o órgão de origem do servidor;

II – Por ato de relotação, do Governador do Estado, se em caráter definitivo, passando para a folha de pagamento de destino o servidor cedido.

§ 2º - A disposição a que se refere o inciso I, do parágrafo anterior poderá ser prorrogada pelo Governador do Estado se permanecerem as condições determinativas da autorização inicial.

§ 3º - Atendendo as necessidades do serviço público, poderá o Chefe do Poder Executivo, excepcionalmente, determinar que a disposição constante deste artigo seja concedida por prazo superior a 12 meses e com ônus para o órgão de origem do servidor.” (grifei)

Como se vê, a lei previu a possibilidade de disposição de qualquer servidor público do Executivo Estadual para órgãos distintos de sua Administração Direta ou Indireta, não tendo feito distinção entre categorias de servidores. Ocorre que diploma posterior à Lei nº 1221, de 30 de dezembro de 1976, editada anteriormente à alteração operada na Lei nº 1029/71 pela Lei nº 1338/79, mas com esta compatível, previu exceções à regra contida no artigo 18 acima reproduzido. Este o dispositivo a que me refiro:

“Art. 16 – O Instituto da Relotação não recairá sobre servidores ocupantes das carreiras do Magistério,

fazendários ou específicos da área de saúde, salvo quando para órgãos cujas atribuições próprias permitam o exercício pleno da função original.” (grifei)

Interpretando sistematicamente os diplomas legais citados nesta peça, concluo que não poderão ser sujeitos de relocação os servidores públicos ocupantes dos cargos de **Professor** e de **Pedagogo**, de qualquer categoria (mesmo os conhecidos com “integrados” e “readaptados” e os integrantes do Quadro Suplementar, etc.), a não ser que os órgãos de destino possibilitem o exercício pleno de suas funções originais. Já os servidores da área técnico-administrativa poderão, diante do silêncio da lei, ser relotados.

Quis o legislador com a edição da norma em referência evitar o desvio de função de servidores que, por serem titulares de cargos aos quais são atribuídas funções específicas, acabariam exercendo nos órgãos de destino, em caso de relocação, funções totalmente diversas das inerentes aos cargos ocupados. É o caso dos integrantes da carreira do Magistério. Onde mais, dentre os órgãos da Administração Direta e Indireta do Executivo, poderiam exercer a docência?

Essa a razão, inclusive, para não ter sido incluído na exceção legal nenhum servidor público da área-meio. É que diversamente do que ocorre com algumas carreiras da área-fim de determinados órgãos (Magistério, Fazenda, Saúde), esses servidores públicos poderão exercer plenamente as atividades inerentes ao cargo ocupado, em, praticamente, qualquer órgão em que estiverem lotados. Assim, a relocação só deverá ser autorizada se houver perfeita compatibilidade entre as funções atribuídas ao cargo ocupado pelo servidor a ser relotado e as que serão exercidas nos órgãos em que passará a trabalhar.

Diante do exposto, respondo à consulta formulada pela SEDUC nos seguintes termos:

- 1) Os servidores integrantes da Carreira Única do Magistério, titulares de cargo de Professor ou de Pedagogo, de qualquer categoria (“integrados”,

“readaptados”, integrantes do Quadro Suplementar, etc.), não poderão ser sujeitos de relotação, em decorrência do que dispõe o artigo 16 da Lei nº 1221, de 30 de dezembro de 1976;

2) Os demais servidores da SEDUC, integrantes da Carreira Técnico-Administrativa, poderão ser relotados, por não terem sido incluídos na exceção do mesmo dispositivo legal.

É o Parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO –
PPE/PGE, em Manaus - AM, 29 de agosto de 2003.**

ISABELA PÉRES RUSSO ANDRADE
Procuradora do Estado

DESPACHO

Aprovo.
Devolva-se à SEDUC.

PPE/PGE, em 01.09.03.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Chefe

PROCESSO Nº 4925/2003 – PGE**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ**ASSUNTO:** Consulta a respeito do alcance da proibição contida no inciso XIII do artigo 150 do Estatuto Geral.**PARECER Nº 201/03-PPE/PGE****PROIBIÇÃO CONTIDA NO INCISO XIII DO ARTIGO 150 DA LEI Nº 1.762/86 – ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS. ALCANCE.**

- O inciso XIII do artigo 150 da Lei nº 1762/86 veda o exercício do comércio e a participação em sociedade comercial, exceto como acionista, cotista ou comanditário, por parte dos servidores públicos estatutários.
- Quis o legislador, com tal imposição, evitar que os servidores desempenhem, no comércio, funções que prejudiquem o eficiente exercício das atribuições decorrentes da titularidade do cargo público.

Senhora Procuradora-Chefe

Por meio do Ofício nº 003/2003-CORFAZ, a Corregedoria da Secretaria de Estado da Fazenda faz a esta PGE o seguinte questionamento:

“A fim de que possamos dirimir dúvidas, bem como prestar esclarecimentos quanto a não infringência daquele Estatuto vimos, respeitosamente solicitar análise e orientação em relação a situação em que um funcionário público regularizado como micro-empresário ou produtor rural sem inscrição em Junta Comercial ao

vender produtos produzidos em razão de tal atividade estaria exercendo o comércio vedado pelo item XIII do art. 150 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado do Amazonas.”

É o Relatório. Passo a opinar.

Início citando a lição do sempre lembrado mestre Hely Lopes Meirelles¹ a respeito da licitude do estabelecimento, pela Administração, de condições para o exercício das funções públicas:

“Dentre as *restrições* que a função pública impõe aos seus exercentes destacam-se a de se *sujeitarem aos impedimentos* estabelecidos para o desempenho do cargo.

Os *impedimentos* ou *incompatibilidades* para o desempenho de função pública constituem restrições perfeitamente admissíveis ao direito dos servidores estatais, autárquicos e paraestatais, porque é lícito à Administração estabelecer condições para a realização de seus serviços. Assim sendo, permitido é ao Poder Público impedir contratos de seus servidores com a Administração, estabelecer incompatibilidades entre o exercício do cargo ou da função e certas atividades públicas ou particulares, impor exigências de residência no local do trabalho e quaisquer outros requisitos de eficiência e moralidade do serviço público, desde que não afronte os direitos fundamentais do servidor, resguardados pela Constituição da República.” (grifei)

No exercício do direito de impor condições ao desempenho de cargos públicos, a Administração Pública Estadual elencou no artigo 150 da Lei nº 1762/86 as condutas

1 In “Direito Administrativo Brasileiro”, 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 402.

proibidas aos servidores públicos estatutários. Destaco, dentre elas, as previstas nos incisos XII e XIII, abaixo transcritos:

“Art. 150 – Ao funcionário é proibido:

[...]

XII – Participar de diretoria, gerência, administração, conselho técnico ou administrativo de empresa ou sociedade:

- a) Contratante ou concessionária de serviço público;
- b) Fornecedor de equipamento ou material de qualquer natureza ou espécie, a qualquer órgão estadual;
- c) Com atividades relacionadas à natureza do cargo ou função pública exercida;

XIII – Exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista, cotista ou comanditário.”

Apesar de o órgão consulente ter mencionado no expediente que deu origem a este processo o inciso XII do artigo 150 do Estatuto Geral, não se responde à questão posta pela Corregedoria da SEFAZ sob a ótica deste dispositivo, uma vez que a proibição ali contida se restringe à participação de servidor público estadual em diretoria, gerência, administração, conselho técnico ou administrativo de empresas ou sociedades que, de algum modo, estejam relacionadas à Administração (hipóteses das alíneas a, b e c do inciso).

Parece-me não residir aí a dúvida suscitada pela Corregedoria da SEFAZ. O questionamento feito é mais abrangente e diz respeito, em verdade, às empresas em geral, não vinculadas às atividades de Estado, de forma que a consulta será respondida a contento quando se definir o alcance da vedação contida no inciso XIII do artigo 150 do Estatuto, este, sim, que veda o exercício do comércio² e a participação dos servidores estatutários em sociedades comerciais³.

2 Chamado pelo Novo Código Civil de *atividade empresarial*.

3 Chamadas, agora, de *sociedades empresárias*.

Fazendo um estudo comparativo entre as proibições impostas ao servidor pela Lei nº 1762/86 – Estatuto Estadual e as constantes da Lei nº 8112/90 – Estatuto Federal, pode-se tirar conclusões mais apuradas acerca do assunto em debate, uma vez que o segundo diploma – embora não aplicável aos servidores estaduais – explica melhor a restrição de que se trata aqui. Reproduzo, a seguir, o inciso X de seu artigo 117:

“Art. 117 – Ao servidor é proibido:

[...]

X - participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.”

A exemplo do que ocorre no âmbito federal, a vedação imposta pelo legislador amazonense decorre do dever inerente aos servidores públicos estaduais estatutários de “desempenho, com zelo e presteza, dos trabalhos de sua incumbência” (inciso IV do artigo 149 do Estatuto Geral). Explico.

Como se vê do inciso X do artigo 117 da Lei nº 8112/90, o que pretendeu o legislador, federal e estadual, ao impor tal proibição, foi evitar que servidores públicos desempenhassem, na estrutura de uma empresa, os papéis de gerência ou administração. Isso porque inegável é a incompatibilidade existente entre o exercício das funções atribuídas aos ocupantes de cargos públicos e a dedicação demandada pela prática do comércio propriamente dita. Admitir a execução concomitante dessas duas atividades implicaria, necessariamente, no prejuízo das atribuições funcionais do servidor, restando desatendido o interesse público delas indissociável e preponderante o interesse particular, o que é inadmissível no sistema administrativo brasileiro.

É de se ver, no entanto, que a Lei não impede a participação do servidor público estadual nas *sociedades empresárias*; o Estatuto Estadual delimita, apenas, o papel a ser desempenhado por ele na estrutura da empresa. Ou seja, o

servidor pode ser acionista, cotista ou comanditário, mas não pode ser *administrador*⁴ de uma sociedade empresária.

E o que significa ser *administrador* de uma empresa?

Recaem sobre o administrador da sociedade empresária as responsabilidades relativas à representação da empresa em juízo ou fora dele, à assinatura de contratos, cheques e outros documentos, às apurações dos resultados financeiros, ao zelo pela regularidade fiscal da sociedade, à prestação de contas aos demais sócios, enfim, é ele que gere os negócios e pratica, efetivamente, o que se entende por atos de comércio.

Tenho, no entanto, que diante das inovações trazidas pela promulgação do Novo Código Civil Brasileiro, essa proibição deve ser estendida também a outras funções existentes na estrutura de uma sociedade empresária, como por exemplo a de membro de Conselho Fiscal (artigo 1066 do CCB).

Assim é porque o objetivo da Lei é proteger o eficiente⁵ desempenho das funções públicas por parte dos servidores, o que passa, obrigatoriamente, pela dedicação que estes devem ao serviço público. E se o fim buscado pelo legislador é impedir que o exercício de funções privadas prejudiquem as atividades do servidor estatutário, não se pode restringir a proibição ao desempenho do papel de *administrador*, mas a toda e qualquer função que requeira sua devoção, seu trabalho, seu esforço, enfim.

Em outras palavras, o servidor público estadual só pode exercer, no âmbito de uma empresa, o papel de simples investidor, na medida em que, nessa condição, contribui apenas economicamente para o negócio, recebendo em contra-partida o direito à percepção dos lucros havidos na proporção das cotas integralizadas ou de acordo com a quantidade de ações adquiridas, não podendo praticar atos de gestão, posto que

4 Anteriormente à promulgação do Novo Código Civil Brasileiro, o administrador era chamado de gerente ou sócio-gerente.

5 Apesar de a Lei nº 1762 datar de 14/11/86, sendo anterior, portanto, à promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 – esta que incluiu no *caput* do artigo 37 da CF o Princípio da Eficiência – pode-se dizer que o estabelecimento da proibição constante do inciso XIII do artigo 150 do Estatuto Estadual atende a tal princípio.

incompatíveis com as funções públicas inerentes ao cargo que ocupa na estrutura da Administração Estadual.

Chega-se, assim, à inevitável conclusão de que o exercício da *atividade empresarial* propriamente dita e o desempenho das funções inerentes aos cargos públicos são mesmo inconciliáveis.

É preciso deslindar ainda, antes de responder à consulta formulada, a questão referente à personificação das empresas.

As *sociedades empresárias* são classificadas em *personificadas*, quando se constituem por documento inscrito no Registro Público das Empresas Mercantis ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e *não personificadas*, que não gozam de personalidade jurídica⁶. A diferença, como se vê, reside na existência, ou não, de registro da sociedade no órgão competente.

Quanto ao início da personalização da sociedade, ensina Fábio Ulhôa Coelho⁷:

"A rigor, desde o momento em que os sócios passam a atuar em conjunto, na exploração da atividade econômica, isto é, desde o *contrato*, ainda que verbal, de formação da sociedade, já se pode considerar existente a pessoa jurídica.

Em outros termos, a melhor sistemática de disciplina da matéria não é legal, que identifica no registro o ato responsável pela personalização da sociedade empresária, mas a compreensão de que o encontro de vontade dos sócios já é suficiente para dar origem a uma nova pessoa, no sentido técnico de sujeito de direito personalizado." (grifei)

A respeito do assunto, cito também a lição de Ricardo Negrão⁸:

6 NEGRÃO, Ricardo. "Manual de Direito Comercial e de Empresa", Volume I, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p.237

7 In "Curso de Direito Comercial", Volume II, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16..

8 In "Manual de Direito Comercial e de Empresa", Volume I, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p.178/179.

“No sistema do Código Comercial, que torna facultativa a inscrição no Registro de Empresas, as sanções para a não-inscrição são indiretas, ou, como acima estudado, impedem o exercício pleno das prerrogativas próprias atribuídas ao comerciante regular. Nessa perspectiva, costuma-se indagar se a inscrição no registro público é constitutiva ou meramente declaratória da qualidade de comerciante. Depreende-se do Código Comercial de 1850 que o registro não confere a condição de comerciante a quem quer que seja, isto é, **o registro de comércio não é ato constitutivo de direito, pois, no sistema brasileiro, a qualidade de comerciante depende exclusivamente do exercício habitual de atos de comércio.**

Advindo a qualidade de comerciante do exercício do comércio, de forma habitual, o registro apenas declara essa condição. Contudo, a qualidade constante do registro pode ser elidida por prova em contrário, conforme assentado pela doutrina.

Vê-se, portanto, que o registro de comércio não é obrigatório e tampouco constitutivo de direito.

Entretanto, o Código Civil de 2002 traz regra de obrigatoriedade de registro, no art. 967: “É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.”

[...]

O sistema adotado pelo Código Civil, portanto, tornando obrigatória a inscrição, em nada altera o previsto no Código Comercial; o registro permanece meramente declaratório da condição de empresário, mas sua não-inscrição no Registro de Empresas coloca-o à margem das prerrogativas plenas previstas nas inúmeras leis que regulamentam sua atividade e que foram objeto de estudo, nas linhas anteriores (item 11.3).” (grifei)

A Doutrina Brasileira mais abalizada entende, como se vê, que a ausência de registro das sociedades empresárias no órgão competente não descaracteriza os atos de comércio que pratica. Apesar de o Novo Código Civil exigir a inscrição da empresa "antes do início de sua atividade", tem-se por meramente declaratórios os efeitos dessa inscrição, de forma que se considera comerciante aquele que, mesmo antes de providenciar seu registro, já pratica o comércio habitualmente.

Postas essas considerações, concluo que independentemente do tipo societário a que esteja vinculado e de se encontrar regularmente inscrito na Junta Comercial, o servidor público estatutário só pode participar de sociedade empresária na qualidade de *investidor* (cotista, acionista ou comanditário), não podendo, como já dito, exercer as funções de *administrador* ou quaisquer outras que exijam seu esforço, seu trabalho, sua dedicação.

Quanto à consulta formulada pela Corregedoria da SEFAZ, tenho duas observações a fazer.

A primeira delas diz respeito à situação do servidor que é micro-empresário, registrado ou não na Junta Comercial. É de se ver que o Código Civil Brasileiro não faz distinção entre o grande ou o micro-empresário, de modo que valem para este os comentários tecidos no corpo deste parecer.

A segunda pertine aos produtores rurais. Dizem os artigos 970 e 971 do CCB:

"Art. 970 – A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes."

"Art. 971 – O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro."

Necessário esclarecer quais são, realmente, os efeitos decorrentes do registro do produtor rural na Junta Comercial. Leciona Ricardo Negrão⁹:

"Dependendo da qualidade da pessoa que realiza os atos, são distintos os efeitos decorrentes da inscrição no Registro de Empresa, impondo a diferenciação: se efetuados por declaração do empresário individual, ou se o foram pelo arquivamento dos atos constitutivos da sociedade empresária. No primeiro caso o registro concede proteção jurídica e gozo das prerrogativas próprias de empresário, tratamento registrário e fiscal favorecido e diferenciado quando se tratar de pequeno empresário, e no segundo, além daquelas, faz nascer a pessoa jurídica."

Ora, se dentre os efeitos do registro não se encontra a caracterização da prática do comércio (assunto sobre o qual não vou tecer maiores comentários agora para não ser repetitiva), não pode vingar o argumento de que o produtor rural não se equipara a empresário porque para ele o registro na Junta é facultativo, já que o relevante para a Administração Estadual, no tocante à proibição do inciso XIII do artigo 150 do Estatuto, não é a regularização do servidor perante a Junta Comercial, mas se os atos efetivamente praticados por ele na condição de produtor rural afetam ou não o desempenho de suas funções públicas.

Oportuna é a transcrição do artigo 966 do CCB, que dispõe exatamente sobre a caracterização do *empresário*, anteriormente conhecido como "comerciante":

"Art. 966 – Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁹ In "Manual de Direito Comercial e de Empresa", Volume I, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p.174/175.

Parágrafo único – Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da produção constituir elemento de empresa.” (grifei)

Na medida em que o produtor rural se enquadra perfeitamente na descrição de *empresário* constante do *caput* do artigo 966 acima transcrito, não há dúvidas de que, independentemente de registro na Junta Comercial, essa atividade deve mesmo ser tida por empresarial.

Diante de tudo o que foi dito até aqui, reafirmo que o parâmetro a ser seguido pela Corregedoria da SEFAZ no que diz respeito à proibição contida no inciso XIII do artigo 150 do Estatuto é o papel desempenhado pelo servidor público estadual na condição de *empresário* e não a existência de registro na Junta Comercial.

É o Parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/
PGE**, em Manaus, 15 de dezembro de 2003.

ISABELA PÉRES RUSSO ANDRADE
Procuradora do Estado

DESPACHO

Aprovo.

Devolva-se à SEFAZ, observado o disposto no item II da Portaria 086/02-GPGE.

PPE/PGE, em 17 de dezembro de 2003.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe, em substituição

PROCESSO Nº 0488/2003-PGE**INTERESSADO:** Inês Lima Daou, Diretora-Presidente da FUNTEC.**ASSUNTO:** Consulta sobre acumulações de empregos com funções no âmbito da FUNTEC**PARECER Nº 02/2003-PPT/PGE****ACUMULAÇÃO DE EMPREGO COM FUNÇÃO REMUNERADA EM FUNDAÇÃO PÚBLICA.**

Ressalvados os casos de acumulação remunerada, previstos no artigo 37, XVI, alíneas a, b e c da Constituição Federal, impõe-se reconhecer a ilicitude da acumulação de emprego com função, fora das hipóteses de incidência antevista no texto da CF. Cessação dos atos designatórios dos servidores que são apanhados na norma de acumulação proibitiva. Contratação de servidores para as atividades de radialista, além da submissão ao concurso público, é de ser observado o disposto na Lei n. 6.615, de 16 de dezembro de 1978.

Senhora Procuradora-Chefe,

Deseja a Sra. INÊS LIMA DAOU, digna Diretora Presidenta da Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas - FUNTEC, que esta Especializada se pronuncie a respeito da seguinte questão:

"No quadro de pessoal desta Funtec encontramos servidores contratados pela CLT, desempenhando funções diferentes das descritas em seus contrato de trabalho, percebendo gratificação por acúmulo de função, pelo que se encontram enquadradas no código 205, de acordo com a Lei. 6615/78.

Por tratar-se de fato que não pode persistir, solicitamos em julho de 2002 à SEAD instruções para o devido saneamento sem obter resposta satisfatória para solucionar o referido.

Solicitamos a esta Procuradoria instruções a respeito das medidas jurídicas que devem ser tomadas para sanear a folha de pagamento da FUNTEC corrigindo tais distorções, para tanto estamos encaminhando o Processo n. 5604/2002 - SEAD bem como cópia das fichas funcionais e financeiras desses funcionários”.

Este o Relatório.

Passo a opinar.

Ao que se depreende do objeto da consulta, a Direção da FUNTEC deseja orientação sobre o procedimento que deve ser adotado pela Administração, com relação aos empregados da fundação que, a despeito de serem contratados para determinados empregos, estão cumulativamente desempenhando funções diversas, percebendo, por estas últimas, gratificações, daí por que estão enquadrados no código 205, em conformidade com a Lei Federal n. 6.615, de 16 de dezembro de 1978, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Radialista e dá outras providências.

Ao que se colhe da leitura, objeto da consulta, vislumbro que se trata de acumulação remunerada de emprego com função exercidos por servidores vinculados à Fundação Pública, in casu, a FUNTEC, que é órgão integrante da Administração Indireta do Poder Executivo Estadual.

A matéria se inscreve na órbita do Direito Constitucional, notadamente, nas disposições do artigo 37, XVI e XVII da CF que se ocupa das acumulações remuneradas nos entes da Administração Direta e Indireta.

A propósito, o assunto está normatizado nas disposições dos incisos XVI e XVII do artigo 37 da vigente Constituição Federal, verbis:

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:

XVI- é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando o houver incompatibilidade 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;**

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

Sendo, então, a FUNTEC, órgão da Administração Indireta do Poder Executivo Estadual, conforme define a nova Lei de Organização Administrativa, a de n.2.783 de 31 de janeiro de 2.003, tenho que os servidores em causa, ainda que designados para responderem por funções diversas das quais foram inicialmente contratados, estão laborando em flagrante acumulação remunerada ilícita, por afronta direta aos preceptivos constitucionais acima realçados.

Seja permitido trazer ao debate, a sempre lúcida e judiciosa lição do irrepreensível constitucionalista de nomeada, o ilustre professor **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, em sua consagrada obra: **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª edição, 01.2003, p.668, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda n. 39, de 19.12.2002), Malheiros Editores, que sob o título **vedação de acumulação remunerada**, pontifica:

"A Constituição, seguindo a tradição, veda as acumulações remuneradas de cargos, empregos e funções na Administração direta e nas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público (EC19/98), significando isso que, ressalvadas as exceções expressas (infra), não é permitido a um mesmo servidor acumular dois ou mais cargos ou funções ou empregos, nem cargo com função ou emprego, nem função com emprego, quer sejam um e outros da Administração direta ou indireta, quer sejam um daquela e outro desta - art.37, XVI e XVII-(grifos não no original).

Autorizam-se, contudo, exceções, para possibilitar a acumulação nos seguintes casos: *(a) dois cargos de professor; (b) um cargo de professor com outro técnico ou científico; (c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas (enfermeiros, farmacêuticos, fisioterapeuta, fonoaudiólogos, biólogos, além de médicos etc. - EC-34/2001. As exceções, nos casos das letras a e b, só se referem a cargos; no da letra c, a cargo ou emprego. Observa-se, também, que, em qualquer das hipóteses excepcionadas, a acumulação só será lícita em havendo compatibilidade de horário, notando-se que a Constituição não exige mais a correlação de matérias entre os cargos acumuláveis de professores ou um de professor e outro técnico ou científico. Mas a remuneração ou subsídio dos cargos acumulados não pode ultrapassar o teto do artigo 37, XI, quando ele for definido".*

Cumpra-se notar que os empregos, tais como motorista, cinegrafista, auxiliar de serviços gerais, *master control*, diretor de imagem e editor de imagem exercidos cumulativamente com funções remuneradas pelos servidores da FUNTEC, conforme exibem as fichas funcionais e financeiras trazidas aos autos, não

se inscrevem nas exceções previstas no inciso XVI, alíneas a, b e c, do artigo 37 da Constituição Federal, por isso mesmo, a ilicitude dos atos que as concederam é patente, sendo o seu desfazimento pela Administração medida que se impõe, sem tardança.

Como visto, as funções acumuladas com os empregos referidos na consulta, tidas por irregulares, como na espécie, por não guardarem compatibilidade com o texto constitucional federal, devem ser havidas por ilegais, devendo serem cessadas por ato próprio da Administração.

Oportuno sublinhar que o desfazimento dos atos (Portarias) que designaram os servidores para o exercício de funções em regime de acumulação ilícita com os seus respectivos empregos, não agride, em nenhum momento, a cláusula da irredutibilidade remuneratória, assegurada no artigo 37, XV, da CF, haja vista a flagrante inconstitucionalidade de que padecem as acumulações em comento.

No caso, o preceptivo constitucional da garantia da irredutibilidade remuneratória protege única e exclusivamente os valores *licitamente* percebidos pelos servidores.

Portanto, é difícil supor que a garantia da irredutibilidade de vencimentos ou remuneração pudesse ficar imune à abrangência do princípio da legalidade, previsto no próprio *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988.

Em remate, não há como se inferir diferente: a aplicação do artigo 37, XV, da Carta Magna pressupõe iniludivelmente a licitude dos valores percebidos.

A prevalecer outra inteligência do texto albergado no citado artigo 37, XV, da CF/88 é admitir-se a negativa de um texto constitucional por um outro.

Em síntese, fique claro, que o princípio da irredutibilidade vencimental não pode sobrepor-se à cláusula da vedação de acumulação remunerada ilícita, como *in casu*.

É que o Direito não protege atos ilícitos. E atos nulos não geram direitos.

Com efeito, as funções remuneradas, objeto da consulta, que estão sendo exercidas por servidores da FUNTEC em

acúmulo com os seus respectivos empregos, por estarem conflitando com o texto do citado artigo 37, XVII, da Constituição Federal, são tidas por ilegais. Logo, os seus valores estão sendo percebidos de forma ilícita, o que autoriza a Administração da FUNTEC a promover a retirada da parcela atinente às funções sem molestar o princípio da irredutibilidade da remuneração, porque estará agindo debaixo do princípio da legalidade insculpido no *caput* do artigo 37 da Magna Carta.

Por isso e em face disso, é o Parecer no sentido de que se recomende à Direção do órgão consulente:

- a) A cessação de todos os atos que designaram os servidores para o exercício de funções, seja em substituição ou em caráter permanente, que estão em flagrante acumulação remunerada ilícita com os seus respectivos empregos, assegurada a ampla defesa e o contraditório constitucional, em homenagem ao devido processo legal previsto no artigo 5º, LIV da CF;
- b) A organização do quadro de pessoal com empregos em quantitativo suficiente para o atendimento das necessidades básicas do órgão, criados por lei;
- c) Promoção de concurso público para os empregos permanentes, em obediência aos ditames constitucionais.
- d) Abstenha-se a Administração da FUNTEC de continuar utilizando ou a vir a utilizar os seus funcionários em serviços ou atividades estranhos aos legalmente estipulados em seus respectivos contratos.

Recomenda-se, a outro tanto, que, a além das observações indicadas nos itens b e c, as contratações de servidores para o desempenho das atividades de radialistas,

devem obedecer os requisitos especificados na Lei n. 6.615, de 16 de dezembro de 1978, esta que regulamenta a Profissão de Radialistas e dá outras providências.

É o que me Parece sub censura.

**PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/
PPT-PGE, em Manaus, 25 de fevereiro de 2003.**

LEONARDO PRESTES MARTINS
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 0488/2003-PGE

INTERESSADO: FUNTEC

**ASSUNTO: Consulta referente a gratificação por acúmulo de
função**

DESPACHO

I - **ACOLHO**, integralmente, por seus jurídicos fundamentos, o **Parecer nº 002/2003- PPT/PGE**, da lavra do ilustre Procurador do Estado, **Dr. Leonardo Prestes Martins**.

II - **ENCAMINHEM-SE** o processo ao Sr. Procurador-Geral para deliberação final.

**PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PPT-
PGE, Manaus, 7 de Março de 2003.**

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES
Procuradora-Chefe da PPT

PROCESSO Nº 0488/2003-PGE

INTERESSADO: FUNTEC

ASSUNTO: Consulta sobre acumulações de empregos com funções no âmbito da FUNTEC

DESPACHO

I. APROVO o Parecer nº 002/2003-PPT/PGE da lavra do Procurador do Estado **Dr. Leonardo Prestes Martins**, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário PPT/PGE, **Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes**.

II. ENCAMINHE-SE os autos à Fundação de Televisão e Rádio Cultura do Amazonas — FUNTEC, na forma sugerida da Promoção em tela, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus/AM, 12 de março de 2003.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO No. 2450/2003 - PGE

INTERESSADO : AFEAM

ASSUNTO: Consulta formulada pela AFEAM referente a cessão ou disponibilidade de servidores celetistas ou estatutários que cursam administração pública, nos termos da lei nº 2.778/2002.

PARECER Nº 15/2003-PPT/PGE

EMENTA: ALUNO DE CURSO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - O CUMPRIMENTO DE ESTÁGIO CURRICULAR DEVE OBSERVAR OS TERMOS DA LEI 6.494, de 07.12.1977 E DECRETO Nº 87.497, de 18.08.1982. A CESSÃO OU DISPONIBILIDADE FUNCIONAL DECORRE DE ATO DISCRICIONÁRIO DO EMPREGADOR, SEGUNDO OS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ÓRGÃO DE ORIGEM.

A AFEAM – Agência de Fomento do Estado do Amazonas S.A, por meio de expediente datado de 16 de junho de 2003, requer seja examinada por essa procuradoria a solicitação feita pelo Senhor Secretário de Administração, Recursos Humanos e Previdência para liberação dos servidores ANDREZZA CARDOSO PALHETA, LEANDRO CRUZ BARROS e ISRAEL LEIBNITZ FERREIRA GOMES para cumprirem estágio curricular naquele órgão, nos termos da Lei nº 2.778, de 30 de dezembro de 2002.

Na exposição de motivos, feita pela referida empresa pública, ora requerente, a mesma conclui que a solicitação da SEAD mais se enquadra num instrumento de cessão ou disponibilidade funcional do que de estágio, dentro das premissas na mencionada lei.

É o relatório, resumidamente.

Analisando a questão ora apresentada, verifica-se que a lei nº 2.778, de 30 de dezembro de 2002 que instituiu a carreira de

administrador público, com cargo de provimento efetivo, nos quadros de pessoal do Poder Executivo, dispõe em seu art. 5º, que:

“Os estudantes regularmente matriculados em curso de Administração Pública, mantido por instituição oficial de ensino superior credenciado no Estado do Amazonas, poderão optar pela realização de estágio profissional em órgãos ou entidades do Poder Executivo, no interesse da administração e observado o disposto na legislação federal pertinente”.

A legislação federal pertinente, a que se refere o texto legal retro citado, é a lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977, que dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de ensino profissionalizante do 2º grau e supletivo, estabelecendo que o estágio somente poderá verificar-se nas unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do estudante e que, para esse fim, o mesmo deve estar em condições de estagiar, segundo o disposto na regulamentação da referida lei (§1º, art. 1º).

Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 87.497, de 18 de agosto de 1982, que dispõe:

“Art. 3º - O estágio curricular, como procedimento didático-pedagógico, é atividade de competência da instituição de ensino a quem cabe a decisão sobre a matéria, e dele participam pessoas jurídicas de direito público e privado, oferecendo oportunidade e campos de estágio, outras formas de ajuda e colaborando no processo educativo.

...

Art. 5º - para caracterização e definição do estágio é necessária, entre a instituição de ensino e pessoas jurídicas de direito público e privado, a existência de instrumento jurídico, periodicamente reexaminado, onde estarão acordadas todas as condições de realização daquele estágio, inclusive transferência de recursos à instituição de ensino, quando for o caso”.

O instrumento jurídico mencionado é o acordo de cooperação que deverá ser implementado através de convênio entre o órgão da administração pública concedente do estágio e a instituição de ensino e que tem por finalidade formalizar as condições básicas para realização do estágio de estudantes.

Desse modo, após analisar a situação ora apresentada e toda a legislação pertinente à questão, conclui-se que a AFEAM tem razão ao concluir que a situação mais se enquadra na hipótese de cessão ou disponibilidade funcional do que de estágio, uma vez que este tem que se dar nos estritos termos da legislação retro citada, relativa ao estágio curricular de estudante.

Quanto à cessão ou disponibilidade de empregado público, releva destacar que para tanto, deve-se observar um procedimento administrativo que importa na solicitação pelo órgão interessado (cessionário) e na autorização, pelo órgão de origem (cedente).

Os órgãos ou entidades administrativas formalizam o mencionado procedimento através de convênio firmado entre ambos, devendo-se observar sempre o interesse dos pactuantes, vez que constitui-se em ato discricionário, cujo critério é o da conveniência e oportunidade administrativa.

Assim, tanto a requisição quanto a autorização decorrem do poder discricionário dos pactuantes, vez que deve-se observar os critérios de conveniência e oportunidade a serem observados para ambos, mormente em se tratando de disponibilidade com ônus para o órgão de origem.

Diante do exposto, ratifico o posicionamento da AFEAM de que a situação ora proposta trata-se de cessão ou disponibilidade funcional e esta por constituir-se em ato discricionário das partes interessadas tem-se por imprescindível a aquiescência do empregador.

É o parecer, smj.

**PROCURADORIA DE PESSOAL TEMPORÁRIO -
PPT/PGE, em Manaus(AM), 14 de maio de 2003.**

SIMONETE GOMES SANTOS
Procuradora do Estado

PROCESSO N° 2450/2003-PGE**INTERESSADO:** AFEAM**ASSUNTO:** Consulta sobre cessão ou disponibilidade de servidores celetistas ou estatutários que cursam administração pública, nos termos da Lei estadual nº 2778/2002**DESPACHO**

I. **ACOLHO**, integralmente, por seus jurídicos fundamentos, o **Parecer nº 015/2003-PPT/PGE** da lavra da ilustre Procuradora do Estado **Dra. Simonete Gomes Santos**.

II. **ENCAMINHEM-SE** o processo ao Sr. Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE,
em Manaus/AM, 16 de julho de 2003.

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES
Procuradora-Chefa da PPT

PROCESSO N° 2450/2003-PGE**INTERESSADO:** AFEAM**ASSUNTO:** Consulta sobre cessão ou disponibilidade de servidores celetistas ou estatutários que cursam administração pública, nos termos da Lei estadual nº 2778/2002**DESPACHO**

I. **APROVO** os termos do **Parecer nº 015/2003-PPT/PGE** da lavra da ilustre Procuradora do Estado **Dra. Simonete Gomes Santos**, acolhida pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário-PPT/PGE, **Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes**.

II. **RETORNEM-SE** os autos à AFEAM, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus/AM, 16 de julho de 2003.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº: 3518/2000-PGE

INTERESSADO: Companhia de Desenvolvimento do Estado do Amazonas-CIAMA

ASSUNTO: Proposta de transação em processo trabalhista *sub judice* feita pelo Reclamante Fabiano José Affonso

PARECER Nº 16/2003-PPT/PGE

TRANSAÇÃO (art. 840 a 850, do CC)

- a transação pressupõe concessões recíprocas (art. 840, do CC)

- "se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz" (art. 842, do CC)

Senhora Procuradora Chefe:

A COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DO AMAZONAS–CIAMA, sociedade de economia mista com personalidade jurídica de direito privado, através da CARTA Nº 104/2003-GDP, endereçada ao Exmº Sr. Procurador Geral do Estado, formula diversas questões acerca de um acordo apresentado pelo ex-servidor FABIANO JOSÉ AFFONSO que ingressou com Reclamatória Trabalhista perante a Justiça do Trabalho.

Primeiramente, antes de responder as perguntas, faço aqui um histórico sobre o processo trabalhista:

a) O Reclamante foi contratado pela CIAMA em OUTUBRO/1995, através da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo dispensado em MARÇO/1999;

b) Ingressou com Reclamatória Trabalhista perante a 6ª Vara do Trabalho de Manaus, em JANEIRO/2001, requerendo reintegração, salários vencidos, 13º salário e férias, no valor de

R\$ 80.188,64 ou, de outro modo, caso não fosse possível a reintegração, indenização referente a estabilidade provisória no valor de R\$ 141.777,62;

c) A MM. 6ª Vara do Trabalho, através de sentença prolatada em JANEIRO/2001, julgou a ação totalmente improcedente, face a nulidade da contratação do Reclamante pela CIAMA, por não ter sido precedida de concurso público;

d) O Reclamante recorreu para o E. Tribunal Regional do Trabalho, que através do v. Acórdão nº 1.314/2002, concedeu ao Reclamante o seguinte: **“... indenização, na forma dos pleitos alternativos constantes de fl. 07, tais como: salários vencidos do período de estabilidade (34 meses); 13º salários 99/2000 e 2000/2001, proporcional/02 – 2/12; férias dobradas 98/99 + 1/3 e simples 99/00, 00/01 + 1/3; férias proporcionais – 5/12 + 1/3; FGTS dos salários vencidos 8% + 40% e da rescisão.”**, indeferiu o pedido de reintegração, salários vencidos e vincendos, porque incompatíveis com a indenização estabilitária deferida;

e) A Procuradoria Geral do Estado interpôs recurso de Revista perante o C. Tribunal Superior do Trabalho, alegando nulidade da contratação pela ausência de concurso público, em afronta direta ao art. 37, II, c/c o § 2º, da CF/88; divergência jurisprudencial com o Enunciado 363, e decisões de Turmas do C. TST;

f) O Reclamante formulou administrativamente um pedido de acordo, onde a CIAMA desistiria do recurso de revista interposto perante o C. TST, reintegrando-o ao cargo com o pagamento da indenização estabilitária, renunciando o Reclamante ao percentual de 30% do valor referente a indenização;

g) A Procuradoria Geral do Estado – PGE manifestou-se do seguinte modo: **“... sou de opinião que se assim entender o recorrente CIAMA – atendidas as exigências da CONVENIÊNCIA e OPORTUNIDADE da efetivação da TRANSAÇÃO, deve fazê-lo nos termos requeridos, descontando-se apenas da importância devida ao recorrido além do percentual de 30%, a importância já recebida quando**

da Rescisão de seu Contrato de Trabalho, além do pagamento pelo mesmo da importância devida de Custas Processuais, Encargos da Previdência Social e demais cominações legais, inclusive o pagamento de Honorários Profissionais e, devidamente submetida a HOMOLOGAÇÃO pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região.”.

Passo a responder as perguntas formuladas pela CIAMA:

1) A CIAMA, como Sociedade de Economia Mista, controlada pelo Estado do Amazonas está obrigada a recorrer até a última instância judicial para solução de suas questões trabalhistas?

Antes de adentrar na questão, mister se faz relembrar os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles:

“Sociedades de economia mista – As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de Direito privado, com participação do poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de atividade econômica ou serviço de interesse coletivo outorgado ou delegado pelo Estado. Revestem a forma das empresas particulares, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, com as adaptações impostas pelas leis que autorizarem sua criação e funcionamento. São espécie do gênero paraestatal, porque dependem do Estado para sua criação, e ao lado do Estado e sob seu controle desempenham as atribuições de interesse público que lhes forem cometidas. Integram a Administração indireta como instrumentos de descentralização de serviços (em sentido amplo: serviços, obras, atividades) que antes competiam ao Poder Público.

Como pessoa jurídica privada, a sociedade de economia mista deve realizar, em seu nome, por sua conta e risco, atividades de utilidade pública, mas de natureza técnica, industrial ou econômica, suscetíveis de produzir renda e lucro, que o Estado tem interesse na sua execução mas reputa inconveniente ou inoportuno ele próprio realizar

e, por isso, outorga ou delega a uma organização empresarial privada, com sua participação no capital e na direção da empresa, tornando-a mista e fomentando-a na sua criação e desenvolvimento. O Poder Público incentiva e faz realizar, assim, atividades úteis aos seus próprios serviços, ou ao público em geral, nos setores em que sua atuação direta seria desaconselhável.

Inegável, assim, o caráter híbrido da sociedade de economia mista, que, associando o capital particular ao investimento público, erige-se em entidade de Direito Privado mas realiza determinadas atividades de interesse estatal, por delegação do Poder Público. Concilia-se, deste modo, a estrutura das empresas privadas com os objetivos de interesse público. Vivem, portanto, em simbiose o empreendimento particular com o amparo estatal.

...

O que define a sociedade de economia mista é a participação ativa do Poder Público na vida e realização da empresa. Não importa seja o Estado sócio majoritário ou minoritário; o que importa é que se lhe reserve, por lei ou convenção, o poder de atuar nos negócios sociais.

...

Patrimônio: o patrimônio da sociedade de economia mista é formado com bens públicos e subscrições particulares. ... Na extinção da sociedade, o patrimônio público reincorpora-se no da entidade estatal que a instituirá. Pela mesma razão, a lei de ação popular preserva o patrimônio das sociedades de economia mista contra qualquer lesão por ato ou contrato de seus dirigentes, possibilitando-lhes a anulação pelo respectivo processo especial (lei 4.717/65, art. 1º).” (in, Direito Administrativo Brasileiro, 21ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho— São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.331/336)

Os dirigentes da sociedade de economia mista, tem a incumbência de gerir um patrimônio e erário que não são somente privados, mas também são públicos, portanto, tais

administradores possuem os poderes e deveres do administrador público, que **“são os expressos em lei, e os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade”** (p. 88, da obra citada), além do constante no seu estatuto.

Obviamente, no cumprimento de suas obrigações, o dirigente há de zelar pelo patrimônio e pelo dinheiro público, utilizando-se assim de todos os meios legais existentes no direito que lhe são assegurados constitucionalmente:

“Art. 5º ...

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Desse modo, ao recorrer de qualquer decisão que lhe foi desfavorável, a CIAMA está resguardando seu patrimônio, zelando pelo seu erário e, principalmente, utilizando-se dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa permitidos a todos os acusados em geral.

No processo do Reclamante FABIANO JOSÉ AFFONSO, o Procurador do Estado fez o recurso de revista para o C. TST por entender que havia possibilidade de êxito, pois se entendesse ser o recurso protelatório e inviável juridicamente, solicitaria autorização por escrito ao Exmº Sr. Procurador-Geral do Estado, para não interpor tal recurso, nos termos do inciso VII, do art. 10, da Lei Estadual nº 1.639, de 30 de dezembro de 1983 e alterações posteriores:

“Art. 10 - Ao Procurador-Geral do Estado, sem prejuízo de outras atribuições, compete:

VII – autorizar, mediante delegação de competência do Governador do Estado, a não-propositura e a desistência de ações, a não-interposição de recursos

ou a desistência dos interpostos e a não-execução de julgados em favor do Estado, quando tais medidas forem contra-indicadas ou houver indícios de que resultarão infrutíferas;" (grifei)

2) Em caso de acordo, poderá, a CIAMA apresentar uma contra-proposta?

O Código Civil estabelece:

"Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz."

Mister se faz dizer, que a CIAMA não é obrigada a fazer qualquer transação judicial na Reclamatória trabalhista interposta pelo ex-servidor FABIANO JOSÉ AFFONSO, principalmente porque o processo está *sub-judice*, isto é, encontra-se em fase de julgamento perante o C. Tribunal Superior do Trabalho.

De qualquer forma, em qualquer transação judicial há o pressuposto de concessões recíprocas, portanto, é salutar que, caso a CIAMA tenha interesse e entenda ser oportuna a concretização da transação, apresente outras propostas, de acordo com a sua conveniência e disponibilidade financeira.

3) Poderá o acordo ser feito mediante o pagamento de parte da indenização pretendida sem que haja a reintegração no cargo?

O v. Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, determinou o pagamento de indenização estabilitária, indeferindo a reintegração.

Assim, qualquer transação judicial que a CIAMA entenda por fazer no processo trabalhista em epígrafe, tem que observar que não houve condenação da CIAMA em reintegração, até porque, a jurisprudência pátria é unânime que, em caso de estabilidade provisória, é devida a indenização e não reintegração, conforme arestos adiante transcritos:

“Reconhecida a nulidade da dispensa, porque detentor o empregado de estabilidade contratual, lhe é devida indenização, não cabendo, porém, a reintegração no emprego” (TST, RR 9.537/90.6, Almir Pazzianotto, Ac. 1ª T. 1.743/91)

“Não há estabilidade que justifique a reintegração, ainda mais que a antecipação da prestação jurisdicional constitui flagrante lesão a direito líquido e certo do empregador. A reintegração do empregado só se torna exigível após transitada em julgado a decisão que a determinou” (TST, RO-MS 96.653/93.2, Cnéa Moreira, Ac. SBDI-2 1.563/96)

“Declarada a rescisão contratual, pleiteada pelo autor e condenada a empresa ao pagamento da indenização correspondente, não há que se falar em reintegração e, de consequência, em salários atrasados. A indenização prevista no art. 496 da CLT resulta da conversão da obrigação de reintegrar. Inocorrência das violações alegadas. Inexistência de divergência específica” (TST < AI 1.057/85-4, Barata Silva, Ac. 2ª T. 2.443/85).

“Na impossibilidade do cumprimento da obrigação de reintegração, converte-se esta na indenização correspondente ao período assegurado pela estabilidade provisória, sob pena de, caso proceder-se o contrário, deferir-se direito de garantia no emprego em tempo superior ao assegurado provisoriamente” (TST, RR 224.264/95.7, José Luiz Vasconcellos, Ac. 3ª T. 4.765/96)

“Dirigente sindical. Portador de estabilidade provisória tem direito aos salários correspondentes ao período e não a reintegração” (TST, RR 7.462/90.9, Hylo Gurgel, Ac. 2ª T. 1.359/91.)

Aliás, a título de esclarecimento, a defesa da CIAMA perante o C.TST também baseia-se na inexistência de estabilidade provisória, vez que, o Reclamante não era dirigente sindical, mas tão somente membro do Conselho Fiscal, o que impossibilitaria a estabilidade, como bem demonstra decisão do C. TST: **“O art. 522 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Empregado eleito como membro de diretoria regional para um dos cem cargos previstos no estatuto do Sindicato não possui estabilidade provisória. O número excessivo de componentes dos órgãos de administração sindical constitui-se circunstância configuradora de abuso de direito”** (TST, RR 290.771/96.9, João Oreste Dalazen, Ac. 1ª T. 1.636/97).

De outro modo, a reintegração do ex-servidor ao cargo público é inconstitucional, por força do que dispõe o art. 37, II, c/c o § 2º, da CF, vez que, incumbe também à Administração Indireta, a observância do concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura de cargo público e, ausente esse requisito, a contratação é nula de pleno direito, conforme Enunciado 363, do C. TST:

“363. A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora.”

É o parecer, *sub censura*.

Encaminho os autos à consideração superior.

**PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO-PPT/
PGE, em Manaus, 03 de setembro de 2003.**

VIVIEN MEDINA NORONHA
Procuradora do Estado

PROCESSO N° 3518/2000-PGE

INTERESSADO: CIAMA

ASSUNTO: Proposta de transação em processo trabalhista *sub judice*

DESPACHO

I. **ACOLHO**, integralmente, por seus jurídicos fundamentos, o **Parecer nº 016/2003-PPT/PGE** da lavra da ilustre Procuradora do Estado **Dra. Vivien Medina Noronha**.

II. **ENCAMINHEM-SE** o processo ao Sr. Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE,
em Manaus/AM, 8 de setembro de 2003.

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES

Procuradora-Chefe da PPT

PROCESSO N° 3518/2000-PGE

INTERESSADO: CIAMA

ASSUNTO: Proposta de Transação em Processo Trabalhista *sub judice*

DESPACHO

I - **APROVO**, por seus jurídicos e legais fundamentos, o **Parecer nº 016/2003-PPT/PGE** da lavra da ilustre Procuradora do Estado **Dra. Vivien Medina Noronha**, acolhida pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário/PGE, **Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes**.

II - **OFICIE-SE** à Companhia de Desenvolvimento do Estado do Amazonas-CIAMA, encaminhado cópia do Parecer acima aprovado, em resposta à consulta formulada através do OF. 104/03-GDP/CIAMA.

III - **DEVOLVAM-SE** os autos do Processo à Procuradoira do Pessoal Temporário/PGE.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 08 de setembro de 2003.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº: 4956/2003-PGE

INTERESSADO: Fundação Televisão e Radio Cultura do Amazonas-FUNTEC

ASSUNTO: Cumprimento de Convenção Coletiva de Trabalho

PARECER Nº 023/2003-PPT/PGE

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL DOS ARTIGOS 578/610 DA CLT E CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA DO ART. 8º IV DA CF/88. NATUREZA DISTINTA:

Exceto a contribuição sindical prevista nos artigos 578/610, que é compulsória e independe da vontade do empregado, o desconto das demais modalidades de contribuição em folha de pagamento de servidores públicos regidos pela CLT, incluindo a confederativa prevista no art. 8º IV da CF/88, deve obedecer à uma autorização ou consentimento do obreiro, e desde que este esteja sindicalizado, sob pena de violar o direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado no art. 8º inciso V da Carta Magna.

Senhora Procuradora Chefe:

A FUNDAÇÃO TELEVISÃO E RÁDIO CULTURA DO AMAZONAS-FUNTEC, encaminhou para fins de análise e parecer desta PGE, cópia do processo no. 006/03, da Comissão Intersindical de Conciliação Prévia a FUNTEC, no qual consta uma notificação para comparecer à audiência de tentativa de conciliação realizada no dia 02.12.03, às 10:30, em função da demanda apresentada pelo SINDICARGAS-AM, requerendo:

1) Pagamento da multa de R\$ 397,50, prevista na cláusula Décima Sexta, pelo descumprimento da Cláusula Décima Primeira §§ 1º e 2º, em virtude que nos meses de setembro e outubro/2003, quando a FUNTEC deixou de efetuar o desconto assistencial de seus empregados motoristas e motociclistas;

2) Pagamento de multa de R\$ 397,50, prevista na cláusula Décima Sexta, pelo descumprimento da Cláusula Trigésima Primeira § 6º, em função de que nos meses de setembro e outubro/2003 a FUNTEC deixou de remeter a lista dos motoristas e motociclistas que tiveram o desconto assistencial;

3) Pelo descumprimento nos termos indicados no itens 1 e 2, o pagamento do valor de R\$ 795,00, a título de multa convencionalizada pela violação da cláusula Trigésima Primeira, §§ 1º 2º e 6º; 4 .

O processo recebeu pareceres das Consultorias Jurídicas da FUNTEC e da SEAD.

É o relatório.

Passo a opinar:

Pelo que se depreende dos autos, constata-se que o SINDICARGAS-AM ingressou perante a Comissão Intersindical de Conciliação Prévia, com uma demanda requerendo, em resumo, além do pagamento de multas pelo descumprimento das cláusulas da Convenção Coletiva de Trabalho de 2003, o desconto relativo à "CONTRIBUIÇÃO NEGOCIAL DE CUSTEIO DO SISTEMA CONFEDERATIVO LABORAL" e o pagamento do "PISO" da categoria aos motoristas que trabalham na FUNTEC.

Conforme ata em anexo da Comissão Intersindical de Conciliação Prévia, a tentativa de conciliação ficou frustrada por falta de acordo entre as partes.

A Assessoria Jurídica da FUNTEC apresentou seu parecer com o seguinte teor:

“A taxa de contribuição anual, que passou a denominar-se “ Contribuição Negocial de Custeio do Sistema Confederativo Laboral” é obrigatória, sendo devida por toda a categoria representada pelo SINDICARGAS.

No entanto, segundo a Constituição Federal em seu art. 8º, II, diz que ninguém é obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a Sindicato, devendo, portanto, existir a manifestação da vontade do servidor quanto a sua filiação ao Sindicato, bem como ao conseqüente desconto dos valores para este fim.

Quanto ao aumento de salário, referente ao Dissídio, ou melhor, da Convenção Coletiva, sugiro que seja encaminhado ofício à SEAD, questionando acerca da viabilidade para tal pagamento.”

A Consultoria Jurídica da SEAD assim se pronunciou sobre a matéria em tela:

“Em primeiro plano é conveniente destacar que o Governo do Estado fez editar o Decreto no. 20.694 de 31.12.99 que dispõe sobre consignações em folha de pagamento, modificado pelo Decreto no. 22.031 de 02.08.01.

Pela referida regra, há possibilidade para descontos de contribuição para entidade de classe inclusive, sendo certo que na forma do art. 2º, parágrafo 2º do Decreto no. 20.694 para a formalização do referido desconto é imprescindível que haja a AUTORIZAÇÃO PRÉVIA E FORMAL DO SERVIDOR,.

No tocante à aplicação de piso salarial da categoria, não tem o Estado nenhuma obrigação legal de cumprir convenções que são originárias de empresas e do sindicato requerente.”

Ao adentrar na discussão do mérito da matéria, é imprescindível inicialmente analisar a legalidade de cobrança da

contribuições sindicais realizada por sindicatos de servidores pertencentes às entidades da Administração Pública Direta e Indireta. O assunto não é estranho na PGE, inclusive já foi objeto do Parecer nº 073/01-PPE/PGE, proferido pelo Procurador do Estado, Dr. Frânio Lima, que, após exaustiva explanação, concluiu: **“reafirmo o entendimento que expus ao apreciar o Processo 0518/91-PGE, isto é, à falta de disposição legal que preveja expressamente a imposição da contribuição sindical aos servidores estaduais regidos pela Lei 1.762/86 ou por outras normações estatutárias locais, o tributo regulado pelos arts. 578/610 da Consolidação das Leis do Trabalho é de ser exigido somente aos servidores estaduais regidos por essa legislação consolidada. ...”** (Grifei).

In casu, como os funcionários da FUNTEC são regidos pela CLT, aquela Fundação está obrigada a recolher a contribuição anual. Nesse sentido, com a maestria em seus ensinamentos, destaca o doutrinador Sérgio Pinto Martins, em sua obra “Direito do Trabalho”, 13ª Edição, Editora Atlas, 2001, pg. 656:

“O STF entendeu que a contribuição sindical pode ser cobrada dos servidores públicos, pois foi recebido pela Constituição o art. 578 da CLT) Ac. STF, Rec. Em MS 21.758-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU I de 4-11-94, p. 29831). Entretanto, o art. 578 da CLT trata apenas de funcionários privados e não públicos. O inciso IV do art. 8º da Constituição também diz respeito, apenas, aos funcionários do setor privado e não público, pois o § 2º do art. 39 da Lei Maior não faz remissão ao art. 8º da Constituição. Haveria necessidade, portanto, de lei própria. Sem lei, não poderia ser exigida a contribuição sindical de funcionários públicos, SALVO DOS EMPREGADOS PÚBLICOS QUE SÃO REGIDOS PELA CLT...”(grifei)

Pelo que se pode interpretar da tão confusa Cláusula Trigésima Primeira da CCT, objeto da presente consulta, os

sindicatos que a convencionaram consideraram em sua redação que a taxa de contribuição anual regida pelo art. 582 da CLT, passou a ter uma nova denominação **“Contribuição Negocial de Custeio do Sistema Confederativo Laboral”**. Na mencionada cláusula destacam que essa contribuição está de acordo com o que dispõe o art. 8º, IV, da CF/88.

Diz expressamente o art. 8º, IV, da CF/88:

“assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;”

É claro que a supracitada contribuição inserida na Cláusula Trigésima Primeira da CCT é de natureza jurídica distinta da contribuição sindical considerada legal, geral para todos os trabalhadores, fixada por lei (CLT, art. 578). Desse modo, comungo do entendimento doutrinário de que, exceto a contribuição sindical prevista nos artigos 578/610 da CLT, que é compulsória e independe da vontade do empregado, o desconto das demais modalidades de contribuição deve obedecer a uma autorização ou consentimento do obreiro, e desde que este seja sindicalizado, sob pena de violar o art. 8º, inciso V, da Carta Magna:

“ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado à sindicato;”

Sobre a matéria em foco, esclarece com propriedade o renomado doutrinador Sérgio Pinto Martins, em sua obra já citada, pg. 655:

“Fica recepcionado pela Constituição o art. 545 da CLT, ao mencionar que os descontos de contribuições podem ser feitos, desde que autorizados pelos empregados, salvo em relação à contribuição sindical, que é compulsória e independe da vontade do obreiro de contribuir...”

Mesmo para a contribuição prevista na Cláusula Trigésima Primeira da CCT, para servir como custeio do sistema confederativo da representação sindical, respaldada no art. 8º inciso IV da CF/88, somente deve ser descontada em folha se houver autorização expressa do obreiro. É assim também a conclusão do já citado autor Sérgio Pinto Martins, pg. 661:

“A contribuição confederativa é uma obrigação consensual, em razão de depender da vontade da pessoa que irá contribuir, inclusive participando da assembléa geral na qual ela será fixada, pois é a assembléa que irá fixar o *quantum* da contribuição. A assembléa detém a soberania, nos termos do estatuto do sindicato, porém, apenas em relação aos associados. Logo, a contribuição confederativa não é compulsória, como que ninguém poderia se opor a sua cobrança, mas facultativa, pois se vincula aos associados...”

Pelas informações fornecidas pela FUNTEC, os motoristas que lá trabalham não demonstraram interesse em sindicalizar-se ou autorizar expressamente o desconto em folha da sobredita contribuição. Portanto, procedimento contrário ao consentimento dos funcionários, seria considerado inconstitucional, conforme jurisprudência pacífica dos nossos tribunais superiores:

“As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados” (TST, SDC, Orientação Jurisprudencial 17).

“Contribuição confederativa, Art. 8º, IV, da Constituição. Trata-se de encargo que, por despido

de caráter tributário, não sujeita senão aos filiados da entidade de representação profissional. Interpretação que, de resto, está em consonância com o princípio da liberdade sindical consagrado na Carta da República.”(STF, RE 173869/SP, Min. Ilmar Galvão PP 45547 julg. 19.9.97)

Quanto ao piso salarial, entendo que, apesar de ser a FUNTEC uma fundação de direito privado, pertencente à Administração Pública Indireta, ela obedece também normas de direito público e, qualquer inclusão de aumento ou reajuste salarial em suas despesas, deve ficar atrelado ao orçamento do qual participa, sob pena de seus administradores serem responsabilizados penal, civil e administrativamente.

Diante do exposto, concluo que somente a contribuição sindical prevista nos artigos 578/610 é compulsória e independe da vontade do empregado, enquanto que o desconto das demais modalidades de contribuição em folha de pagamento de servidores públicos regidos pela CLT, incluindo a confederativa prevista no art. 8º, IV, da CF/88, deve obedecer à uma autorização ou consentimento do obreiro, e desde que este esteja sindicalizado, sob pena de violar o direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado no art. 8º, inciso V, da Carta Magna.

É o parecer, *sub censura*.

Encaminho os autos à consideração superior.

**PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO-PPT/
PGE, em Manaus, 22 de dezembro de 2003.**

ALBERTO BEZERRA DE MELO
Procurador do Estado

PROCESSO N° 4956/2003-PGE

INTERESSADO: FUNTEC

ASSUNTO: Cumprimento de Convenção Coletiva de Trabalho

DESPACHO

I. **ACOLHO**, integralmente, por seus jurídicos fundamentos, o **Parecer n° 023/2003-PPT/PGE** da lavra do ilustre Procurador do Estado **Dr. Alberto Bezerra de Melo**.

II. **ENCAMINHEM-SE** o processo ao Sr. Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE, em Manaus/AM, 6 de janeiro de 2003.

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES

Procuradora-Chefa da PPT

PROCESSO N° 4956/03-PGE

INTERESSADO: FUNTEC

ASSUNTO: Consulta. Cumprimento de Convenção Coletiva de Trabalho

DESPACHO

I. **APROVO** o **Parecer n° 023/03-PPT/PGE**, da lavra do ilustre Procurador do Estado **Dr. Alberto Bezerra de Melo**, acolhida pela Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário/PGE, **Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes**.

II. **RETORNEM-SE** os autos à Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus/AM, 9 de janeiro de 2004.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO No. 0836/2003-PGE**INTERESSADO: SEAD****ASSUNTO** : Consulta formulada pela SEAD referente ao pedido formalizado por **WALQUELINE DA SILVA PEREIRA**, para que seja enquadrada no quadro suplementar da SEDUC, com base na Lei 2.624, de 22.12.2000.**PARECER Nº 07/2003-PPT/PGE****EMENTA: LEI 2.624, DE 22.12.2000. ENQUADRAMENTO EM QUADRO SUPLEMENTAR.**

Servidores públicos do Estado do Amazonas regidos pelo Regime Especial disciplinado pela Lei 1674/84, desligados da Administração Pública antes da vigência da Lei 2.624, de 22.12.2000, não fazem jus ao benefício do enquadramento em quadro suplementar assegurado pela referida lei.

A servidora **WALQUELINE DA SILVA PEREIRA**, por meio de seu expediente datado de 22.01.2001, informa que foi admitida no Regime Especial em 28.05.87, no cargo de Professora, lotada no Departamento de Administração geral da Secretaria de Estado da Educação e Qualidade do Ensino, desempenhando a função de Gerente de Finanças, requerendo sua integração em Quadro Suplementar, no cargo administrativo, com base na Lei 2.624, de 22.12.2000. Comunica também que a solicitação ora formulada baseia-se no fato do seu nome não constar na relação de servidores beneficiados pela supracitada lei, devido não possuir licenciatura.

A Consultoria Geral dos Sistemas da SEAD, por sua vez, em seu parecer nº. 084/2001, de 23.03.01, menciona que:

“...Como bem podemos observar a interessada, teve seu vínculo empregatício com a Administração

através de atos do Titular da Pasta, porém, como professora não chegou a empregar suas atividades inerentes ao cargo, visto ser nomeada para exercer cargo comissionado junto a SEDUC/SEDE.”

Desse modo, a Consultoria de conformidade com o art. 1º da Lei no. 2.624, de 22.12.2000, concluiu que o peticionário não pode ser beneficiado, pois o texto legal assegura seu benefício para quem estivesse com mais de cinco anos no serviço público na data de sua publicação, a Interessada não preenche os requisitos exigidos por aquela lei, considerando que possui habilitação em Ciências Contábeis. Com relação à postulação da Requerente para que seja enquadrada no cargo administrativo daquela Pasta, aquele Órgão de Consultoria sugeriu que os autos fossem encaminhados à SEDUC, a fim de que houvesse manifestação quanto ao interesse em enquadrá-la no cargo administrativo.

Ao responder à consulta formulada por aquela Consultoria Jurídica, a SEDUC por meio do Ofício no. 063-GS/SEDUC, datado de 18.01.2002, informou que não se opõe ao enquadramento ou integração da Requerente no cargo de Assistente Técnico, uma vez que a mesma é formada em curso superior.

Ao retornar os autos para a SEAD, a sua Consultoria Jurídica em parecer no. 081/2002-CJ/SEAD, de 19.02.02, foi de entendimento contrário ao pedido formulado pela Requerente, face somente possuir habilitação em Ciência Contábeis, bem como pelo fato da Requerente haver desvinculado do Regime Especial em agosto de 2000, e a Lei no. 2.624/2000 ter sido editada cinco meses depois de seu desligamento.

É o relatório.

Respondendo à consulta formulada, é necessário logo de início analisar que, das informações fornecidas pela Gerência de Pessoal da SEDUC, por meio de expediente datado de 14.03.2001, fls. 21, extrai-se o entendimento de que, quando foi editada a Lei no.2.624, de 22.12.2000, publicada no D.O.E. na mesma data, que dispõe sobre a integração de servidores em

Quadro Suplementar, a interessada não se encontrava mais regida pela Lei no. 1674/84, a qual instituiu o Regime Jurídico dos Servidores admitidos em caráter temporário.

Diz expressamente o art. 4º da Lei no. 2.624/2000:

“ Art. 1º - Ficam transformados em cargos as funções, que atualmente desempenham os servidores que pertenciam ao regime especial instituído pela Lei no. 1.674, de 10 de dezembro de 1984, ou admitidos na forma do § 1º do art. 108 da Constituição do Estado.”

Portanto, não se pode admitir reintegração ou readmissão no quadro suplementar, uma vez que a Interessada não chegou a ser enquadrada no aludido quadro. Da mesma forma, não se pode conceber que a Requerente possa se beneficiar da supracitada lei, considerando que a mesma foi desvinculada do Regime Especial em agosto de 2000, e a Lei no. 2.624/2000 ter sido editada cinco meses depois de seu desligamento.

Ademais, a Peticionária à época da publicação da Lei retrocitada não possuía habilitação em licenciatura para ser enquadrada no quadro suplementar.

Diante do exposto, em forma de conclusão, respondendo à consulta formulada, sou pelo indeferimento do pleito em tela, considerando que a Requerente não se encontrava na data da publicação da Lei no. 2.624/2000 exercendo alguma função prevista no Regime Especial (Lei 1674/84), bem como não possuía à época da vigência da referida lei habilitação em licenciatura para ser enquadrada no Quadro Suplementar.

É o parecer, smj.

**PROCURADORIA DE PESSOAL TEMPORÁRIO -
PPT/PGE, em Manaus(AM), 31 de março de 2003.**

ALBERTO BEZERRA DE MELO
Procurador do Estado

PROCESSO N° 0836/2003-PGE

INTERESSADO: SEAD

ASSUNTO: Consulta sobre pedido de enquadramento de servidor no quadro suplementar

DESPACHO

I. ACOLHO, integralmente, por seus jurídicos fundamentos, o **Parecer n° 007/2003-PPT/PGE** da lavra do ilustre Procurador do Estado **Dr. Alberto Bezerra de Melo**.

II. ENCAMINHEM-SE o processo ao Sr. Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE, em Manaus, 4 de abril de 2003.

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES
Procuradora-Chefa da PPT

PROCESSO N° 0836/2003-PGE

INTERESSADO: SEAD

ASSUNTO: Consulta sobre pedido de enquadramento de servidor no quadro suplementar

DESPACHO

I. APROVO o **Parecer n° 007/2003-PPT/PGE**, da lavra do ilustre Procurador do Estado **Dr. Alberto Bezerra de Melo**, acolhida pela Procuradora do Estado chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário/PGE, **Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes**.

II. ENCAMINHEM-SE os autos à Casa Civil, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus/AM, 09 de abril de 2003.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº: 2462/2003

INTERESSADO: SEFAZ

ASSUNTO: Consulta – Tratamento a ser dado a verbas repassadas pelo Fundo Nacional de Saúde com base na produtividade de servidores da saúde pertencentes aos quadros do Estado.

PARECER Nº 017/2003-PPT/PGE

Ementa: ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. REPASSES DO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE. PRODUTIVIDADE MÉDICA DE SERVIDORES ESTADUAIS.

A produtividade de médicos contratados ou integrantes dos quadros da administração pública estadual tem o condão de gerar crédito junto ao Fundo Nacional de Saúde, mas esse crédito pertence ao Estado do Amazonas, através do Fundo Estadual de Saúde, não sendo suscetível de repasse direto, sem autorização legal, para os profissionais responsáveis pela produtividade.

I - RELATÓRIO

Às fls. 002-PGE o sr. Secretário Executivo do Tesouro, Sr. Edson Theophilo Ramos Pará dirigiu consulta a esta PGE, recebida em 24/06/2003, narrando que o Governo Federal, a partir de 2002 passou a transferir para o Estado do Amazonas valores referentes à produtividade médica no âmbito do SUS, valores estes que antes eram pagos diretamente aos profissionais.

Diante desses fatos indagou: 1) qual a classificação contábil, para o Estado, do repasse dessa verba, e 2) se caberia a incidência de descontos previdenciários, e para que instituto previdenciário oficial.

Considerando-se a insuficiência de detalhes/informações, lavrou-se Promoção de fls. 05-07/PGE, solicitando esclarecimentos, a qual foi criteriosamente respondida pela Informação de fls. 12 a 14, da lavra da sra. Diretora administrativo-financeira da Maternidade Balbina Mestrinho, além dos documentos constantes das páginas seguintes, onde foi informado o seguinte, em síntese:

- o Que tais profissionais médicos são, em sua quase totalidade, estatutários ou estatutários do Quadro Suplementar, *"ressaltando-se apenas algumas situações inerentes a segunda contratação pelo regime temporário"*;
- o Que se trata do pagamento feito por força do lançamento, nas Autorizações de Internação Hospitalar – AIHs, do código "tipo 30", instituído *"para regularização dos pagamentos de procedimentos médicos (...) realizados por profissionais que possuem vínculo empregatício com estabelecimentos de saúde da rede pública ou privada conveniados com o Sistema Único de Saúde, (...), sem contanto, caracterizar duplicidade de percepção remuneratória"*;
- o Que as unidades de saúde da rede pública recebem esses recursos através de depósito em suas contas correntes junto ao Banco do Brasil.

Retorna agora este processo para esta Procuradoria.
É o sucinto relatório.
Passo a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1 - BREVÍSSIMO INTRÓITO AO SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A DETALHES RELATIVOS À QUESTÃO SUB EXAMINE

Como exposto na Promoção anterior, é necessário frisar que a realidade do SUS – Sistema Único de Saúde é extremamente complexa, até porque regida, em sua maior parte,

por normas pouco conhecidas da competência do Ministério da Saúde, através principalmente da Secretaria de Atenção à Saúde.

Neste passo, é importante acrescentar que a realidade do SUS não é apenas complexa, mas imperfeita, segundo se justificará no decorrer deste parecer, ao analisar-se algumas práticas adotadas no âmbito desse sistema.

O SUS, criado pela Constituição da República de 1988, não é uma pessoa jurídica, não tem existência como um órgão, uma individualidade. É, como o próprio nome diz, um *sistema*, ou seja, é a coordenação da atuação independente das três esferas de governo no âmbito do oferecimento de serviços de saúde¹.

Inclua-se, aí, a prestação pela iniciativa privada de forma complementar², a qual, entretanto, dar-se-á sempre mediante contrato ou convênio, por imperativo constitucional³.

Entenda-se bem que esta atuação independente não conflita com a idéia de cooperação mútua, sob a orientação central da União como ente promotor da implantação paulatina do sistema⁴ em direção ao objetivo maior de plena prestação de serviços públicos de saúde de modo gratuito, universal e tão municipalizado quanto possível⁵, cabendo a Estados (e Distrito Federal) e União as ações de média e alta complexidade e a coordenação do sistema regional e nacionalmente.

1 Como diz o art. 4º da Lei n. 8.080, de 19/09/90 (Lei Orgânica da Saúde), "O conjunto de ações serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)".

2 Cf. art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.080, de 19/09/90 (Lei Orgânica da Saúde).

3 Cf. art. 199, § 1º, da CF/88 e art. 24, par. ún., da Lei nº 8.080, de 19/09/90 (Lei Orgânica da Saúde).

4 Cf. art. 16, XIV, XV, XVII e XVIII, da Lei nº 8.080, de 19/09/90 (Lei Orgânica da Saúde).

5 Lei nº 8.080, de 19/09/90 (Lei Orgânica da Saúde):

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo::

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

(...)

Assim é que a União, através do Ministério da Saúde, desempenha esse papel de promotora da implantação nacional do SUS pelas demais esferas de governo⁶, editando para isso normas as mais diversas, notadamente portarias (*portarias/GM, portarias/SAS etc.*).

Dentre tais normas, destacamos aqui as chamadas *Normas Operacionais*, através das quais o MS (Ministério da Saúde) tem estruturado as principais características do SUS, vigorando atualmente a Norma Operacional Básica – NOB/1996 e a Norma Operacional de Assistência à Saúde – NOAS/2002.

2 - CARACTERÍSTICAS DO FINANCIAMENTO DO SUS

O financiamento do SUS se dá, basicamente, com recursos oriundos do Orçamento da Seguridade Social, no âmbito de cada uma das esferas governamentais, sem exclusão de outras fontes, e com a previsão de percentuais mínimos⁷.

No que se refere à operacionalização dos recursos, a Lei Orgânica da Saúde⁸, no capítulo da *Gestão Financeira*, prevê:

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 1º. *Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.*

6 Como diz o Manual Básico de Gestão Financeira do Sistema Único de Saúde, 3ª ed., p. 10, editado pelo Ministério da Saúde, a este compete, como gestor federal, a formulação de políticas nacionais de saúde, planejamento, normalização, avaliação e controle do SUS em nível nacional, além do financiamento das ações e serviços de saúde por meio da aplicação/distribuição de recursos públicos arrecadados.

7 Cf. art. 198, §§ 1º, 2º e 3º da CF/88 e art. 31 da Lei nº 8.080, de 19/09/90 (Lei Orgânica da Saúde).

8 Lei nº 8.080, de 19/09/90.

Com efeito, no que respeita à União, o Fundo Nacional de Saúde (FNS), criado pelo Decreto-lei nº 701, de 24/07/69, foi reorganizado pelo Decreto nº 806, de 24/04/93, *"de acordo com as diretrizes e os objetivos do Sistema Único de Saúde"*, conforme dizia a ementa deste normativo. Atualmente está regulado pelo Decreto nº 3.964, de 10/10/01.

É através do FNS, portanto, que a União aplica os recursos destinados ao SUS, e que, consoante o art. 3º do mencionado Decreto nº 3.964, de 10/10/01, destina-se, entre outras, a prover *"transferências para a cobertura de ações e serviços de saúde destinadas a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial e hospitalar e às demais ações de saúde do SUS a serem executados de forma descentralizada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios"*.

Bem antes dessa norma, a Lei nº 8.142, de 28/12/90, já dispunha:

Art. 2º. Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como:

(...);

IV – cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Parágrafo único. Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços à cobertura assistencial, ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.

Em suma, para utilizar as palavras do *Manual Básico de Gestão Financeira do Sistema Único de Saúde* já mencionado (v. nota nº 6), *as ações e serviços de saúde, implementados pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, são financiados com recursos da União, próprios e de outras fontes suplementares de financiamento, todos devidamente contemplados no Orçamento da Seguridade Social. Esclarece ainda que os recursos são repassados por meio de transferências regulares e automáticas, remuneração por serviços produzidos, convênios, contratos de repasses e instrumentos similares.*

Esta remuneração por serviços produzidos é que nos interessa, pois é a modalidade de pagamento da qual tratam os autos.

3 - MECANISMO DA REMUNERAÇÃO POR SERVIÇOS PRODUZIDOS

Como visto, o Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde, participa do financiamento de serviços de saúde pagando o faturamento hospitalar autorizado e a produção ambulatorial, segundo tabelas de preços sobre os procedimentos, previamente definidas pelo próprio Ministério.

O caso dos autos refere-se especificamente ao pagamento do faturamento hospitalar, motivo pelo qual trataremos apenas deste.

Para que um estabelecimento de saúde (público ou privado) receba pagamentos por serviços prestados ao SUS (*rectius*: pelos serviços gratuitos de saúde prestados ao público em geral), é preciso que esteja antes de tudo cadastrado e plenamente integrado no Sistema de Informações Hospitalares – SIH. No caso de entidades de Direito Privado, evidentemente, é absolutamente necessária a existência de contrato ou convênio como dito acima⁹.

Nessa condição, uma vez solicitada a internação por um médico, mediante o competente laudo, o paciente deve buscar o órgão emissor local para ser avaliada a solicitação. Uma vez aprovada, é emitida a AIH – Autorização de Internação Hospitalar, documento que servirá basicamente para identificar o paciente e os serviços prestados sob regime de internação hospitalar.

Isto se dá porque os campos da AIH destinam-se, dentre outras coisas, a identificar os procedimentos efetuados e o tipo de profissional que o desempenhou (campo serviços profissionais – 042 – TIPO).

Após a prática de todos os procedimentos referentes àquela internação, é emitida fatura que passa pelo crivo do gestor

⁹ Vide nota n. 3

local (estadual ou municipal) do SUS, que, aprovando, envia para o DATASUS para processar os dados e emitir o crédito respectivo.

4 - IMPORTÂNCIA DA QUALIFICAÇÃO DO CAMPO SERVIÇOS PROFISSIONAIS – 042-TIPO, DA AIH – DIFERENÇAS E NATUREZA JURÍDICA DOS REPASSES A TÍTULO DE REMUNERAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS FEITO PARA OS TIPOS 4 E 7

Como mencionado anteriormente, ao ser realizado um procedimento médico em paciente do SUS, isto deve gerar um lançamento na AIH respectiva, onde se identificará não só o procedimento realizado, mas o tipo de profissional que o realizou, segundo códigos definidos pelo Ministério da Saúde.

Como “herança” do INAMPS, um dos códigos identificadores do tipo de profissional é o “código 7” ou “tipo 7”, como é conhecido no jargão dos profissionais que lidam nesta área. Este código identifica quando o procedimento foi realizado por “profissional autônomo” em contraposição ao profissional que possuísse vínculo com o estabelecimento de saúde, cujo código correspondente seria o “tipo 4”.

A relevância do lançamento de procedimento pelo “tipo 7”, ou pelo “tipo 4”, está na conseqüência financeira de um e outro: naquele, em sendo o profissional cadastrado no SUS, o crédito referente ao seu serviço era depositado diretamente em sua conta pessoal, ao passo que, para este último, o crédito gerado era e é dirigido para o estabelecimento de saúde ao qual está vinculado. Esta é a informação que se extrai não só pelo teor do Parecer nº 566/03-PA/PGE, mas também pela primeira narrativa neste processo ou mesmo por *sites* na *internet*¹⁰.

Creemos que as diferentes conseqüências entre os lançamentos de um ou outro código se devem à lógica subjacente a cada um, ou seja, às realidades absolutamente distintas a que os mesmos se referem:

¹⁰ Basta colocar em *sites* de busca os parâmetros de pesquisa [sus saude “tipo 7”] ou [sus saude “codigo 7”].

- O pagamento ao código 7, por referir-se à remuneração de um profissional autônomo tem a natureza jurídica de verdadeiros honorários médicos que o FNS paga a este autônomo por ter prestado um serviço público de saúde (serviço "ao SUS"), pois a natureza da prestação de serviços sob esse título pressupõe tal modalidade de pagamento.

- Já o pagamento feito em função do serviço prestado por um profissional com vínculo ("código 4") gerava e gera o crédito a favor do estabelecimento de saúde, pois a lógica aqui (óbvia, aliás) é de que esse profissional já recebe salário para desempenhar seus serviços. Nesse caso, não há falar propriamente em "remuneração" do serviço produzido, mas sim que o repasse do FNS para o estabelecimento de saúde tem, nesse caso, a natureza jurídica de verdadeiro ressarcimento a este mesmo estabelecimento, pelos gastos que já efetuou. O crédito gerado, portanto, é a contraprestação devida ao estabelecimento de saúde, por força de contrato ou convênio, quando entidade de Direito Privado.

No que se refere à prestação de serviços médicos por profissionais autônomos, de ver-se que este tipo de serviço constitui uma prática comum no âmbito da profissão médica, sem que isso constitua vínculo empregatício para com os hospitais onde esse autônomo desempenha suas funções eventualmente, restando bem clara a divisão, para o usuário, entre o preço de serviços hospitalares e o valor pago a título de honorários médicos, que nada tem que ver com o hospital onde o médico prestou o serviço.

Ocorre que tal prática não nos parece coadunar-se com os princípios basilares de Direito Público para o fim de, no âmbito do SUS, fazer-se o pagamento diretamente a este tipo de profissional. Senão vejamos.

5 - O PROBLEMA DO PAGAMENTO FEITO A PROFISSIONAL DO "TIPO 7" COM RECURSOS DO FNS

Antes de tudo, cumpre frisar que os recursos repassados pelo Fundo Nacional de Saúde são recursos públicos, sujeitando-se portanto a todas as restrições e controles que esta qualificação implica, como previsão orçamentária, controle interno e externo, contratações mediante prévia licitação etc.

Nesta senda, o repasse de dinheiro entre entidades de Direito Público não acarreta maiores complicadores, mas quando se trata da transferência, a qualquer título, para pessoas (físicas ou jurídicas) de Direito Privado, há que, com muito mais razão, buscar-se maior cautela para que tal operação obedeça aos princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da Legalidade, da Isonomia, da Publicidade e da Impessoalidade.

Aqui ressaltamos que o Princípio da Impessoalidade exsurge com acentuada importância para a hipótese em exame, pois desse princípio maior derivam outros dois, que orientam as relações (principalmente financeiras) entre Administração e administrados: o princípio do concurso público e o princípio da prévia licitação para contratar com o ente público. A fiel observância destes princípios contribui, outrossim, com a persecução da *moralidade administrativa*, evitando-se que as ações do Poder Público sejam desvirtuadas beneficiando alguns poucos sem que iguais oportunidades sejam oferecidas à toda a sociedade.

Pois bem, neste sentido, devemos acrescentar que, consoante singela mas eficiente definição do professor HELY LOPES MEIRELLES¹¹, agentes públicos são *todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal*. É também evidente a toda prova que o princípio da Legalidade exige que tal desempenho se dê com o respaldo de uma roupagem jurídico-formal adequada, i.e., que este agente público seja investido em suas funções ao amparo do competente ato ou contrato administrativo¹².

11 In Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 22ª ed., 1997, p. 70.

12 *Idem, ibidem*, pp. 76-77.

É precisamente aqui que se nos antolha a incompatibilidade do pagamento direto ao tipo 7”

No momento em que o FNS destina suas verbas (que são públicas) a particulares, para remunerar-lhes um serviço, pagando-lhes autênticos honorários por um serviço prestado, tal operação adquire inegavelmente foros de pagamento a um agente público.

Ora, nesse diapasão, haveremos de perguntar então: onde o instrumento jurídico hábil a respaldar tal pagamento, a demonstrar a investidura de tal agente, segundo o Princípio da Legalidade? Onde o procedimento de ampla publicidade e necessária transparência que garanta a impessoalidade, e por via de conseqüência a moralidade, na escolha desses profissionais meramente “credenciados” por critérios desconhecidos? Se tais profissionais autônomos não fazem parte dos quadros da Administração Pública Federal, então como justificar a sua remuneração direta, ao desamparo de pelo menos um contrato administrativo com os mesmos?

Julgo, assim, que a prática do pagamento direto aos profissionais “tipo 7” é incompatível com os ditames do Direito Público, por configurar indevidamente um vínculo entre a União e tais profissionais, sem as imprescindíveis formalidades jurídico-procedimentais para tal.

Essa ilações são exclusivamente nossas. Não obstante, julgamos que à mesma conclusão tenha chegado o próprio Ministério da Saúde, pois não são poucos os sites sobre o tema que deixam a entender que o governo federal entrevia já um problema nesse mecanismo do SUS, inclusive já apontado pelo Tribunal de Contas da União¹³. O próprio ofício de fls. 17-PGE, da

13 No site “Descentralização on line” encontramos resumo do debate havido na reunião ordinária da Comissão Intergestores Tripartite-CIT, em 13/12/01, onde o assunto é tocado: “Por fim, a Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde fez um relato sobre algumas alternativas que estão sendo analisadas para a contratação de serviços e remuneração de profissionais no SUS (incluindo o código 7), tema para o qual busca-se equacionamento, inclusive por determinação do Tribunal de Contas da União. Segundo a Diretora do Departamento de Gestão da Assistência, Dra. Maria Helena Brandão, a alternativa que está sendo encontrada, em análise na Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, é que o contrato para a prestação de serviços seja feito entre gestor e prestador e o pagamento de profissionais e fornecedores seja feito pelo prestador. A modalidade de pagamento seria cessão de crédito presumida: o hospital contratado autoriza o Ministério da Saúde a repassar os recursos diretamente aos fornecedores e profissionais. Paralelamente, a SAS/MS está trabalhando na regulamentação dos contratos”

oriundo da Secretaria de Assistência à Saúde - SAS, começa dizendo *“tendo em vista possíveis implicações legais decorrentes da manutenção da prática de pagamento de ‘tipo 7’ a profissionais com vínculo empregatício em unidades públicas, (...)”*.

Talvez por esse motivo o Ministério da Saúde, sob os protestos da classe médica que se utilizava desse mecanismo¹⁴, mudou as regras referentes ao pagamento desses profissionais, dando-lhe uma configuração jurídica mais lógica em relação aos fatos que regulava, evitando a ambigüidade de se pagar particulares sem instrumentos jurídicos adequados. Tal mudança veio sob a forma da instituição da figura da *cessão de crédito* prevista no Código Civil, arts. 1.065 a 1.077, conforme Portaria SAS/MS nº 766/02, revogada e substituída em seu conteúdo pela Portaria SAS/MS nº 929/02¹⁵.

14 Informação também depreendida de sites de associações da classe médica, como, v.g., a página www.ahmg.com.br/hospfax/f_117.shtml, da Associação de Hospitais de Minas Gerais, onde se lê:

“Cabe informar que o assunto que mais inflamou a reunião foi a questão do Médico tipo 7, em que a SAS apresentou uma proposta de “Cessão de Crédito”, em substituição ao Médico tipo 7 na qual o Hospital autorizaria o médico a receber diretamente do SUS.

No entanto, a proposta apresentada pela SAS apenas transfere o problema que se perpetua, pois as cargas trabalhistas e tributárias permanecem, e neste sentido, todas as entidades presentes representantes de hospitais e médicos foram unânimes em concordar que a proposta não seria aceita, e concordam, ainda, que existem dois vínculos distintos que precisam ser regularizados pelo SUS, quais sejam: relação SUS-Hospitais e relação SUS-Médicos, são serviços distintos, e este último não pode ficar sobre a carga do hospital, acarretando problemas com tributação e relações empregatícias.”

15 Portaria nº 929 de 26 de Novembro de 2002

O Secretário de Assistência à Saúde, no uso de suas atribuições legais,

Considerando os Artigos nº 1.065 e segs, do Código Civil que prevêem a cessão de Crédito como um mecanismo pelo qual o credor pode transferir a terceiros o direito de receber de seu devedor a importância estipulada no documento que a formalizar, para quitação de dívida com o cessionário;

Considerando a necessidade de possibilitar, dentro dos Sistemas Assistenciais do SUS, a operacionalização pelos Estabelecimentos de Saúde de pagamentos desvinculados a pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos, materiais e congêneres, e

Considerando que os Estabelecimentos de Saúde são responsáveis pelos seus serviços de terceiros e pelas informações constantes da Autorização de Internação Hospitalar - AIH e Autorização de Procedimentos de Alto Custo - APAC, assim como pela qualidade do atendimento prestado ao usuário do SUS durante a internação ou atendimento ambulatorial, resolve:

De fato, através desta sistemática nenhuma censura se pode fazer à operação: o crédito pelo serviço produzido pertence ao estabelecimento de saúde devida e legitimamente contratado ou conveniado com o SUS através de algum de seus gestores. Este estabelecimento é o responsável pelos serviços de terceiros

Art. 1º - Determinar que, para o Estabelecimento de Saúde proceder à cessão de crédito a pessoas jurídicas ou físicas, conceituadas como estabelecimentos de saúde, pela Portaria SAS/MS nº 511, de 29 de dezembro de 2000, estas deverão igualmente estar cadastradas no CNES e o estabelecimento que a contrata deverá reconhecê-la como seu serviço de terceiros, informando no campo serviços especializados da FCES a condição de "terceiros" e indicando o seu CNPJ/CPF.

Parágrafo único - O Cadastro do serviço terceirizado se efetua no CNES, marcando no Módulo Básico - campo identificador a opção: "terceiros", e informando a conta corrente em campo específico da FCES.

Art. 2º - Estabelecer que para os Fomecedores de Órteses, Próteses e Materiais Especiais, Serviço de Nutrição Enteral, Banco de Válvula Cardíaca, Banco de Olhos, Banco de Órgãos e Tecidos e outros terceiros que não são conceituados como estabelecimentos de saúde se habilitarem a receber diretamente dos Sistemas Assistenciais, os recursos devidos por Estabelecimentos de Saúde vinculados ao SUS para os quais sejam fomecedores, deverão estar cadastrados na ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, acrescentando ao cadastro daquele órgão, dados que possibilitem o pagamento direto, informações essas já incorporadas ao cadastro da ANVISA.

Parágrafo único - O módulo de cadastramento e a forma estão descritas na Resolução da ANVISA, RDC nº. 236, de 23 de dezembro de 2001, que dispõe sobre as normas básicas de atendimento e cadastros dos agentes regulados no endereço eletrônico da ANVISA na Internet <http://www.anvisa.gov.br>.

Art. 3º - Manter, no Sistema de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde - SIH/SUS, os lançamentos de serviços profissionais sem vinculação de honorários na AIH para os "tipos" abaixo descritos e outros que possam ser compatíveis com prestação de serviço ao SUS por profissional autônomo:

- 5 – Cooperativa De Médicos (Pessoa Jurídica)
- 6 – Atendimento ao Rn Na Sala De Parto (Pessoa Física)
- 7 – Profissional Autônomo (Pessoa Física)
- 14 – Profissional Transplante (Pessoa Física)
- 21 – Analgesia Para Realização de Parto (Pessoa Física)
- 23 – Pediatria 1ª Consulta (Pessoa Física)
- 29 – Anestesia Em Queimados (Pessoa Física)
- 40 – Perfusionista (Pessoa Física)

Parágrafo único – Conforme previsto na Portaria SAS/MS Nº 511/00, para o cadastramento de profissional que atua como autônomo no Sistema de Informações Hospitalares do SUS, recebendo seus honorários desvinculados da Unidade, cadastrado na atual FCT, que será extinta, deverá ser preenchida a folha 8/14 da FCES.

Art. 4º - Estabelecer que até a total implementação do CNES como base cadastral dos sistemas assistenciais, ou seja, 15 de dezembro de 2002, conforme disposto na

em suas dependências, cabendo-lhe, se for conveniente, ceder seu crédito junto ao SUS para o profissional autônomo que trabalhou no atendimento que gerou o crédito, sem que isso possa implicar vínculo entre este e o FNS que o remunera, pois fica claro que o crédito pertence ao estabelecimento de saúde e não a este.

Portanto, a tendência do Ministério da Saúde é, inegavelmente, extinguir a figura do profissional “tipo 7”, mas os motivos que conduzem a isto podemos apenas supor, de sorte que, segundo nossas próprias razões de convencimento, entendo haver incompatibilidade entre a prática médica da prestação autônoma de serviços, com pagamento de honorários de forma desvinculada, e a remuneração dessa modalidade pelos cofres públicos.

O fato de o pagamento provir do Erário impõe, inevitavelmente, que se adotem mecanismos formais que, em última instância, suscitam, ou antes exigem, uma vinculação para com o profissional médico beneficiário da remuneração, situação esta que é a própria negação da condição de autônomo, tal como a praxe médica a entende na esfera privada.

6 - CORRELAÇÃO ENTRE O PROBLEMA DO “TIPO 7” E A PRESENTE CONSULTA – DOS FATOS QUE EMBASARAM ESTA CONSULTA E AQUELA APRECIADA NO PARECER Nº 566/03-PA/PGE

O motivo das anteriores considerações a respeito do “tipo 7” encontra justificativa no fato de que parece ser a origem dos presentes questionamentos a esta Procuradoria.

Realmente, o ofício de fls. 02-PGE, oriundo da SEFAZ, que encaminha a questão em análise, menciona que o motivo dos questionamentos se devia a que “o Ministério da Saúde pagava diretamente para os médicos vinculados a alguns hospitais

Portaria SAS/MS nº 511/2000 mantém-se o atual banco existente no Departamento de Informática do SUS - DATASUS, no SIA e SIH/SUS, para fins de cessão de crédito.

Art. 5º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, revogando a Portaria SAS/MS Nº 766, de 18 de outubro de 2002.

RENILSON REHEM DE SOUZA

Secretário

do Estado um valor mensal correspondente à produtividade do trabalho médico, medida pelos procedimentos realizados por cada médico da Unidade”.

Aduza-se a essa descrição o relatório do susomencionado Parecer nº 566/03 – PA/PGE, em que, em agosto de 2001, a Secretaria de Saúde já indagava sobre *como proceder ao ressarcimento pelos serviços prestados pelos profissionais da área de saúde que detém vínculo empregatício em unidades públicas*, ficando bem claro em outro trecho que se tratava do “ressarcimento” aos profissionais “tipo 7”.

Da combinação de tais descrições resta-nos quase evidente que ambas as consultas estão a tratar do mesmo problema: a dificuldade que os técnicos da área da saúde têm em compreender e equacionar juridicamente a questão do que é pago pelo FNS a título de remuneração pelos serviços prestados.

Esmiuchando-se o assunto, obtêm-se os seguintes fatos:

1 – Segundo transcreve o próprio parecer da Procuradoria Administrativa, alguns médicos, servidores do Estado, ao desempenharem seus serviços na jornada normal de trabalho, lançavam na AIH o “código 7”, como se fossem autônomos, a fim de que a remuneração correspondente, a ser paga pelo FNS, fosse creditada em suas contas pessoais.

2 – O mencionado Parecer da PA desaprovou esse procedimento sob o prisma da proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos ou funções, prevista no art. 37, XVI e XVII, da CF/88, além do art. 28 da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde).

3 – O próprio motivo da consulta fora o ofício do Ministério da Saúde de fls. 17-PGE, datado de 15/12/00, alertando contra tal prática, esclarecendo ainda que por força das Portarias SAS/MS nº 438, de 16/11/00 e 465, de 07/12/00¹⁶, respectivamente, vedou-se o lançamento do “código 7” por hospitais públicos e foi criado o “tipo 30”.

4 – O “tipo 30” identificava o profissional que possuísse vínculo empregatício com o estabelecimento de saúde, com a

16 Cópias às fls. 16 e 15-PGE, respectivamente.

característica de permitir o lançamento do CPF do profissional, para o fim declarado nos considerandos da Portaria de *"conhecer o perfil da produtividade dos profissionais que possuem vínculo empregatício com os estabelecimentos de saúde"*, sem que isso importasse em transferência pessoal do crédito junto ao FNS, que pertencia ao estabelecimento, pelo seu CNPJ.

5 – A consequência deste novo procedimento é que, como descrito no ofício da SEFAZ, o valor da produtividade passou ser integralmente depositado na conta corrente do estabelecimento de saúde, e este (*in casu*, a Maternidade Balbina Mestrinho, que presta os esclarecimentos de fls. 12 a 14-PGE) por sua conta, começou a "repassar" tal valor para os profissionais que fizeram os procedimentos que geraram tais créditos.

6 – Esta, afinal, a situação de fato que parece constituir o fundamento da presente consulta.

7 - CRÍTICA ACERCA DO TRATAMENTO DADO AO "TIPO 30" PELA UNIDADE CONSULENTE

Do cotejo entre o que já foi tratado até aqui e a narração dos fatos no tópico imediatamente anterior, extraem-se as considerações abaixo.

A prática anterior de lançar, nas AIHs, o "código 7" para descrever os serviços de médicos servidores do Estado quando no desempenho de suas atividades na jornada normal de trabalho não nos parece justificável sob nenhum aspecto.

Não obstante o anátema lançado pelo bem lançado e preciso Parecer nº 566/03-PA/PGE, ante a proibição constitucional de acúmulo de cargos, empregos e funções não se coadunar com tal prática, vamos além.

Acreditamos que isto constituía mesmo uma interpretação errônea da lógica do financiamento do SUS, acreditando aqueles médicos que sinceramente faziam jus ao pagamento "feito pelo SUS", bastando para isso discriminar seu procedimento com o "código 7".

O problema do "código 7", conforme expusemos acima, adquire nessa hipótese maiores dimensões, na medida em que o

lançamento desse código por profissionais com vínculo constituía, salvo melhor juízo, erro grosseiro, pois, como visto *supra* (v. p. 5), o “código 4” era o adequado a identificar os procedimentos realizados por profissionais com “vínculo empregatício”¹⁷.

Mais grave ainda, conforme nossa opinião exposta anteriormente, cremos que isto era uma forma de tais profissionais obterem indevidamente uma segunda remuneração por um serviço que já lhes era remunerado, e em detrimento do estabelecimento, que seria o legítimo destinatário da verba, caso fosse lançado o código correto¹⁸.

Com a instituição do “código 30”, a unidade consulente apenas continuou laborando no raciocínio enganoso de que os médicos que praticaram aqueles serviços geradores do crédito do FNS teriam o direito de receber a “remuneração” desses serviços, cabendo ao estabelecimento a “obrigação” de “repassar” a verba recebida, o que gerou as dúvidas ora analisadas.

17 Julgamos que esta expressão deve ser tomada em sentido lato.

18 Em socorro a este nosso pensar, aduzo-se o seguinte ofício circular da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, que encontramos no site www.fesehf.org.br/documentos/tecnico/2000/b0194-2000.htm:

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE - SUS/SP
CPS - COORDENADORIA DE PLANEJAMENTO EM SAÚDE
GATS - DEPARTAMENTO DE AVALIAÇÃO TÉCNICA EM SAÚDE
GTNAC - DEPARTAMENTO TÉCNICO DE AUDITORIA E CONTROLE

São Paulo, 31 de maio de 2000

Ofício Circular CPS/GATS/GTNAC Nº 32/2000

Senhor(a) Coordenador(a),

Reiterando ofício circular CPS/GATS/GTNAC nº 28/2000, enviado em 18/05/2000, que trata a respeito da suspensão do pagamento aos profissionais desvinculados “código 7”, das unidades estaduais, tanto de SIA/SUS como de SIH/SUS, a partir da competência 05/00, apresentação 06/00, ressaltamos a importância da direção do Hospital estar atenta ao preenchimento correto das AIHs, onde:

no campo serviços profissionais, em todas as AIHs emitidas, DEVERÃO CONSTAR CÓDIGO 4 e não CÓDIGO 7, para que não ocorra pagamento indevido aos profissionais e consequentemente redução no valor a ser pago ao hospital.

Solicitamos que esta informação seja repassada aos diretores de Hospitais Estaduais, pertencentes a esta coordenadoria.

Atenciosamente,

Dra. Marília Cristina Prado Louvison
Diretora GATS/GTNAC

Não podemos concordar com este pressuposto. Tal raciocínio nada mais é do que a perpetuação do equívoco praticado desde a indevida utilização do "código 7".

Não concordamos com a opinião da ilustre Diretora da Maternidade consulente de que o "código 30" fora criado para substituir o "código 7", legalizando a prática de pagar médicos servidores públicos estaduais com dinheiro de repasses oriundos do FNS e que o repasse desse dinheiro não constitua duplicidade remuneratória. Como explicitado acima, tais médicos já são remunerados pelos vencimentos inerentes ao cargo que ocupam, não havendo por que entender-se ser-lhes devida ainda mais uma remuneração, já que o trabalho que desempenham se dá em sua jornada normal como servidores que são.

A instituição do "código 30", repita-se, difere do "código 4" apenas pela característica de identificar o profissional que executou o procedimento, explicitando-lhe a produtividade, provavelmente para fins de estatística, mas também resta absolutamente claro que o crédito gerado não lhe incumbirá, e sim ao estabelecimento a que está vinculado. É o que se depreende da Portaria que o criou.

Tal situação é que o estabelecimento consulente parece não compreender bem, julgando que seu papel é de mero repassador da verba recebida, quando na verdade esse dinheiro pode ser utilizado, ao nosso ver, para qualquer fim, desde que intrinsecamente ligado à manutenção dos serviços médicos da unidade hospitalar beneficiária.

Permitido nos seja conjecturar que a instituição do "código 30" parece ter sido decorrência da necessidade do Ministério da Saúde de conciliar a eliminação dos inconvenientes jurídicos do "tipo 7" utilizado por hospitais públicos, com as exigências políticas das classes médicas, em âmbito nacional, de não perder essa fonte de remuneração. Com isso, ao proibir a utilização do "código 7" e criar o "código 30" (que não ensejava repasse direto, mas identificava permitia quantificar a produtividade individualmente), o MS equacionou o problema para si, pois extinguiu o problemático pagamento direto aos profissionais, ao mesmo tempo em que, ao manter a quantificação da produtividade individual desses,

possibilitava a manutenção da sistemática de remunerá-los com a produtividade produzida. A diferença é que, agora, como o recurso pertencia aos entes beneficiários diretos da produtividade de seus servidores, na prática o problema da grita da classe médica foi transferido para Estados e Municípios.

8 – ESPECIFICIDADES DA REMUNERAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS QUANDO SE TRATAR DE ESTABELECIMENTO PÚBLICO DE SAÚDE – MANEJO CONTÁBIL E UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO REPASSADO PELO FNS

Já demonstramos alhures que a diferença entre as hipóteses fáticas dos códigos 4 e 7 tem relevantes conseqüências para a natureza jurídica do crédito que o serviço prestado gera.

Porém, é importante dizer, quando se tratar de serviços prestados por estabelecimento público de saúde, acreditamos que a questão adquire algumas nuances que merecem destaque.

É que a promoção da saúde é dever do Estado como um todo¹⁹, ou seja, em todas as esferas governamentais. Neste sentido, a prestação de um serviço por hospital público estadual nada mais é que uma atuação do SUS, ou seja, do sistema público de saúde, que é único, apesar de ser prestado por diversos agentes. É indevido, assim, o raciocínio de que a parcela repassada pela União, através do FNS, é uma “verba recebida do SUS”, pois este, como visto no início, não é uma pessoa jurídica, mas a própria rede pública de saúde integrada de forma sistêmica. O dinheiro é recebido, isso sim, do orçamento da União, agindo através do Fundo Nacional de Saúde – FNS.

Logo, outra não pode ser nossa conclusão, a não ser a de que o valor repassado pelo FNS a hospitais públicos estaduais ou municipais, em virtude dos serviços de saúde prestados, possui a natureza jurídica de verdadeiro

19 Cf. art. 196, da CF/88.

co-financiamento²⁰, por parte da União, da saúde pública gratuita prestada por outra esfera de governo, que não tem por que arcar sozinha com esses custos. Não é, assim, uma contraprestação contratual.

20 Conquanto não tenhamos encontrado textos doutrinários ou legais que corroborassem expressamente esta nossa opinião, podemos depreender tal ponto de vista pelos *considerandos* e o teor da Portaria GM/MS nº 1.125, de 31/08/99:

MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA Nº 1.125, DE 31 DE AGOSTO DE 1999 DO 168, de 1/9/99

O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições legais, e

Considerando os princípios e diretrizes que norteiam o Sistema Único de Saúde, especialmente o da descentralização político-administrativa;

Considerando a co-responsabilidade entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, no financiamento do SUS, com a conjugação de seus recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos, na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

Considerando as atribuições comuns aos gestores do SUS, especialmente as de administrar recursos orçamentários e financeiros destinados à saúde, elaborar normas técnicas, estabelecer padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

Considerando a necessidade de contribuir para o aperfeiçoamento da atuação institucional e gerencial das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, incrementando a descentralização político-administrativa e de gestão do Sistema, respeitadas as diversidades regionais;

Considerando o papel gestor dos estados e do Distrito Federal e a desejável separação deste papel daquele de prestadores de serviços ao SUS;

Considerando a necessidade de construção gradual de um novo modelo de financiamento, solidário, das ações e serviços públicos de saúde, que devem receber tratamento diferenciado daquele dos demais prestadores de serviços, resolve:

Art. 1º Determinar que os serviços ambulatoriais e hospitalares, prestados por unidades próprias dos estados, sob gestão e gerência estaduais passem a ser custeados, em adição aos recursos estaduais nelas aplicados, por meio de um valor mensal global a ser repassado pelo Ministério da Saúde a título de co-financiamento.

§ 1º Este valor global será definido em programação baseada na produção real, observada no primeiro semestre de 1999 e será explicitado em Portaria Conjunta da Secretaria Executiva e Secretaria de Assistência à Saúde.

§ 2º Este valor global será repassado, mensalmente, fundo a fundo ou para conta específica, aos estados e ao Distrito Federal, na mesma forma e cronograma utilizados nas transferências a estado em gestão plena do sistema estadual;

§ 3º Ficam excetuados do co-financiamento por valor global:

a - as unidades próprias classificadas como Posto de Saúde, código 01 e Unidade Básica de Saúde, código 02, da Conceituação dos Tipos de Unidades, constante do Anexo I da Portaria SAS/MS nº 35, de 04 de fevereiro de 1999;

Um dos principais motivos que nos levam a esta conclusão é o já mencionado²¹ art. 2º, IV e par. ún., da Lei nº 8.142, de 28/12/90, o qual menciona que os recursos do Fundo Nacional de Saúde(FNS) serão alocados, entre outras coisas " *como cobertura das ações e serviços de saúde a serem implantados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal*" (inc. IV), esclarecendo ainda que tais recursos "*destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde*"(par. ún.)²².

Tais dispositivos deixam claro que a promoção da saúde pública a cargo de Estados e Municípios é um ônus a ser suportado também pela União, através do FNS.

b - os procedimentos integrantes do PAB.

c - os procedimentos executados pelas unidades próprias que correspondam a procedimentos incluídos nas áreas específicas dos tetos financeiros, a saber: Terapia Renal Substitutiva, Assistência Oncológica Ambulatorial, Medicamentos Excepcionais e Hemoterapia;

d - os procedimentos pagos pelo Ministério por intermédio do Fundo de Ações Estratégicas e Compensação - FAEC;

Art. 2º Determinar que, para se habilitarem ao recebimento dos valores globais definidos no Artigo 1º desta Portaria, os estados e o Distrito Federal, deverão:

a - assinar Termo de Compromisso a ser definido em ato conjunto pela Secretaria Executiva e Secretaria de Assistência à Saúde, ouvido o CONASS, assegurando a manutenção, no mínimo, do atual volume de produção de serviços de suas unidades próprias; do atual nível de gastos por conta do orçamento estadual com estas unidades, e seu incremento proporcional aos eventuais acréscimos de recursos financeiros no valor do co-financiamento aportado pelo Ministério da Saúde;

b - anexar ao Termo de Compromisso acima referido, a Execução Orçamentária da Secretaria Estadual de Saúde e das Entidades Supervisionadas do ano de 1998 bem como o respectivo Orçamento para o ano de 1999;

Art. 3º Definir que, a contar da competência janeiro/2000, os procedimentos da Tabela SIA, relativos ao PAB, não sejam passíveis de remuneração por produção aos estados e municípios, independente de sua condição de habilitação.

Art. 4º Determinar à Secretaria Executiva e à Secretaria de Assistência à Saúde que, em ato conjunto, regulamentem a implementação desta Portaria.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

JOSÉ SERRA

21 Vide tópico nº 2.

22 No mesmo sentido, vide também o art. 3º, II, do Decreto nº 3.964, de 10/10/01.

Repita-se que, diante disso, a natureza jurídica da verba repassada se mostra ligeiramente diferente da hipótese de pagamento a serviço prestado por entidade privada, pois para estes casos o pagamento será a devida contraprestação *ope contracto* ou por força de convênio. Já para uma unidade pública o Decreto nº 1.232, de 30/08/94, esclarece em seu art. 1º que “os recursos do Orçamento da Seguridade Social alocados ao Fundo Nacional de Saúde e destinados à cobertura dos serviços e ações de saúde a serem implementados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios serão a estes transferidos, (...), independentemente de convênio ou instrumento congênere”.

Assim, quando se tratar de transferência entre entidades de Direito Público, pensamos que não se deveria entender ou falar propriamente em serviços prestados “remunerados”, mas sim em custos operacionais co-suportados, funcionando a apuração dos serviços efetivamente prestados como critério quantificador do co-financiamento a ser oferecido. Não sealaria então que o crédito foi gerado para custear o procedimento, mas por causa do procedimento.

O problema, visto por este ângulo, acarreta o corolário de que os créditos gerados pelos serviços prestados são, com muito mais razão, pertencentes unicamente ao ente público que prestou tal serviço, jamais ao profissional que “gerou” o crédito.

Outro aspecto que merece análise é que julgamos que a unidade hospitalar não deveria ser a destinatária do crédito, através de conta própria (conforme informa os esclarecimentos de fls. 13-PGE), mas sim o ente público que o custeia, pois tais unidades, conquanto possam constituir unidades orçamentárias, com inscrição no CNPJ, não possuem personalidade jurídica nem receitas próprias, a não ser as receitas orçamentárias que o ente público ao qual pertence lhe destina.

Demais disso, o ingresso de receitas diretamente em conta própria do hospital não parece, sob nossa ótica, respeitar o princípio da Unidade de Tesouraria, consoante reza a Lei nº 4.320:

“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."

A esse respeito, esclarece a doutrina que "a lei estabelece a 'unidade de tesouraria', isto é, a arrecadação de todas as receitas das entidades governamentais sujeitas a estas normas será centralizada em uma só caixa, formando um todo e vedando a utilização de caixa especial para cada espécie de receita e, conseqüentemente, a sua vinculação a uma despesa."²³ E mesmo que "conforme modernamente se entende o assunto na prática, a obediência a essa unidade exige uma conta bancária única que funciona como centralizadora de todos os recursos"²⁴

Mas se não deveria haver a designação de conta sob a titularidade da unidade hospitalar, então qual o mecanismo adequado para receber o crédito do FNS?

Acontece que uma das exceções a esse princípio consiste precisamente nos chamados *Fundos Especiais*, previstos no art. 71 da mesma Lei nº 4.320/64, e, no caso do Amazonas, já se tem instituído, pela Lei Estadual nº 2.364, de 11/12/95, o competente Fundo Estadual de Saúde.

Este Fundo é constituído, dentre outras receitas, pelas "parcelas do produto da arrecadação de outras receitas próprias oriundas das atividades econômicas de prestação de serviços e de outras transferências que o Estado tenha direito a receber por força de Lei e convênios" (art. 5º, V).

É bem verdade que esta conta termina integrando orçamentariamente o FES, conforme explicita o Decreto que regulamentou o Fundo²⁵. Entretanto, pensamos que esse fato não justifica a cisão no recebimento desses recursos em tantas contas quantas forem as unidades orçamentárias. Deveria, parece-nos ser indicada uma única conta especial, integrante do FES, para receber a produtividade de todas as unidades da Saúde

23 MACHADO JR., J. Teixeira e REIS, Heraldo da Costa. A Lei 4.320 Comentada. Rio de Janeiro: IBAM, 1997, 28ª ed., p. 115.

24 CRUZ, Flávio da. Comentários à Lei nº 4.320. Editora Atrás, 2ª ed., 2001, p. 96.

25 Decreto nº 22.282, de 31/10/01.

Pública Estadual, cabendo eventuais repartições segundo as produtividades dessas unidades a uma escolha política do gestor estadual, pois assim como os profissionais médicos não são "donos" dessa remuneração gerada, tampouco as unidades de saúde podem se apropriar desta, pois o beneficiário da produtividade é um só: a pessoa jurídica Estado do Amazonas, que deve ter liberdade na gestão desses recursos segundo suas necessidades.

Na esteira de tudo quanto foi dito, cabe então indagar: se o crédito que o estabelecimento de saúde recebe do FNS não é gerado para os procedimentos, mas sim por causa dos mesmos (segundo nosso ponto de vista), então que destino pode ser dado a esse valor? Como esse dinheiro poderá ser utilizado se não para pagar os profissionais que geraram?

Ora, considerando nossa visão de que esse pagamento constitui um co-financiamento do serviço público de saúde, uma espécie de ressarcimento, pensamos então que o mesmo, uma vez depositado no Fundo de Saúde, mistura-se ao saldo existente, sem se vincular em uma conta especial para servir de mero repasse para a Unidade Hospitalar "geradora" do crédito. Com isso, entendemos que essa receita, pode ser utilizada para o custeio das ações e serviços de saúde, conforme diz a já mencionada NOB/96:

Nas esferas estadual e municipal, além dos recursos oriundos do respectivo Tesouro, o financiamento do SUS conta com recursos transferidos pela União aos Estados e pela União e Estados aos Municípios. Esses recursos devem ser previstos no orçamento e identificados nos fundos de saúde estadual e municipal como receita operacional proveniente da esfera federal e ou estadual e utilizados na execução de ações previstas nos respectivos planos de saúde e na PPI."

Na delimitação do alcance da expressão *ações e serviços de saúde* socorre-nos o também já mencionado *Manual*

*Básico de Gestão Financeira do Sistema Único de Saúde*²⁶, que além de esclarecer quanto à obrigatoriedade de se manejar os recursos do SUS através dos Fundos de Saúde, indica igualmente que consideram-se ações e serviços de saúde:

Ações de vigilância epidemiológica e controle de doenças; ações de vigilância sanitária; vigilância nutricional, controle de deficiências nutricionais, orientação alimentar, e a segurança alimentar promovida no âmbito do SUS; educação para a saúde; saúde do trabalhador; assistência à saúde em todos os níveis de complexidade; assistência farmacêutica; atenção à saúde dos povos indígenas; •capacitação de recursos humanos do SUS; pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde, promovidos por entidades do SUS; produção, aquisição e distribuição de insumos setoriais específicos, tais como medicamentos imunobiológicos, sangue e hemoderivados, e equipa-mentos; saneamento básico e do meio ambiente, desde que associados diretamente ao controle de vetores, a ações próprias de pequenas comunidades ou em nível domiciliar, ou dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) e outras ações de saneamento a critério do Conselho Nacional de Saúde; serviços de saúde penitenciários, desde que assinado Termo de Cooperação específico entre os órgãos de saúde e os órgãos responsáveis pela prestação dos referidos serviços; atenção especial aos portadores de deficiência; ações administrativas realizadas pelos órgãos de saúde no âmbito do SUS e indispensáveis para a execução das ações indicadas nos itens anteriores.

Ao mesmo tempo, acrescenta que não são considerados gastos com a saúde pública:

Pagamento de aposentadorias e pensões (pessoal inativo); assistência à saúde de clientela fechada, por

não atender ao princípio da universalidade, tais como: institutos de previdência e assistência ou planos de saúde de servidores públicos, hospitais do corpo de bombeiros ou da polícia militar, etc.; merenda Escolar; ações de saneamento básico realizadas com recursos provenientes de taxas e tarifas, ou do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, ainda que venham a ser excepcionalmente executadas pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados; ações de limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo); ações de preservação e correção do meio ambiente, realizados por órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não-governamentais; ações de assistência social não vinculadas diretamente à execução das ações e serviços de saúde e não promovidas pelos órgãos de saúde do SUS; ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos que não os especificados na base de cálculo para definição dos vinculados à saúde.

Em suma, uma vez efetuado o ingresso financeiro, esse crédito se presta, salvo melhor entendimento para qualquer ação prevista nos objetivos do Fundo a que pertence.

9 – A QUESTÃO DA REMUNERAÇÃO DOS MÉDICOS SERVIDORES DO ESTADO

De acordo com o que ficou assentado, entendemos que os médicos que prestam serviço para o Estado, qualquer que seja o vínculo ao qual estejam submetidos, já recebem a devida remuneração por seu trabalho, pois ocupam um cargo, emprego ou função pública, para os quais há previsão legal das obrigações e da contraprestação devida.

Portanto, repita-se: o crédito eventualmente produzido pelo serviço desses profissionais não lhes pertence por direito, automaticamente.

Obviamente que não somos contrários ao incremento da remuneração dos profissionais médicos vinculados ao Poder

Público. Nem dizemos que estes não o merecem ou que não podem recebê-la. Apenas isso não parece estar sendo feito da forma jurídica devida.

Como dito, a remuneração de ocupante de cargo público é matéria de disposição legal-formal, segundo as prescrições estatutárias. O servidor público só ganha aquilo que a lei permite lhe seja pago, segundo critérios também em lei estabelecidos. Salvo engano, não parece haver lei que estabeleça uma espécie de gratificação ou adicional em função da produtividade desses médicos. Se houvesse, nada a opor quanto à sua concessão, sobre a qual incidiriam todos os descontos legalmente cabíveis, como contribuições previdenciárias e imposto de renda.

Tal matéria, por envolver competência de outra Especializada, deixamos de esmiuçar. Devemos ater-nos apenas à hipótese dos servidores contratados pelo Regime Temporário instituído pela Lei Estadual n. 2.607/00.

Esse diploma dispõe em seu art. 7º que *"a retribuição pecuniária do contratado corresponderá, conforme o caso, aos vencimentos da classe singular ou inicial do cargo cujas funções sejam idênticas ou assemelhadas às desempenhadas por efeito do contrato"*. No art. 10º são elencados, *numerus clausus*, os dispositivos estatutários aplicáveis, dentre esses as gratificações e licenças cabíveis.

Diante disso, concluímos que a Lei, atualmente, não deixa brechas, no caso do servidor contratado temporariamente pelo art. 37, IX, da CF/88, para que lhes sejam estendidas vantagens outras que não *"os vencimentos da classe singular ou inicial do cargo"* mais as gratificações de *produtividade*²⁷; *pela execução de trabalhos de natureza especial, com risco de vida ou de saúde; ou pelo exercício em determinadas zonas ou locais*; e as ajudas de custo.

27 Apenas para que fique claro, esta gratificação se presta a *"remunerar o trabalho executado fora do período normal de expediente"*, conforme dicação do art. 92 do Estatuto dos Funcionários Público Civis do Estado do Amazonas (Lei nº 1.762, de 14 de novembro de 1.986), vedando ainda, o § 3º respectivo, a concessão de *"gratificações por serviços extraordinários com o objetivo de remunerar outros serviços ou encargos"*.

Quanto aos servidores estritamente estatutários (do Quadro Suplementar ou não), legamos a palavra final sobre o assunto à Procuradoria do Pessoal Estatutário, competente para tanto.

CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto é lícito extrair as seguintes conclusões:

1. O serviço de profissionais médicos servidores do Estado do Amazonas gera crédito junto ao Fundo Nacional de Saúde, na modalidade *remuneração de serviços prestados*.
2. No caso de entes públicos, como o Estado do Amazonas, deve-se entender que a pessoa jurídica de Direito Público é que está sendo remunerada, pelos custos já despendidos, não a Unidade Hospitalar ou outro estabelecimento de saúde, que não são mais do que órgãos ou unidades orçamentárias.
3. Os médicos com vínculo para com o Estado, não importando qual o regime, já recebem a remuneração legalmente prevista para os procedimentos geradores do referido crédito.
4. Portanto, o repasse automático desse crédito recebido, para os profissionais que o geraram, constitui grave erro procedimental, decorrente da continuação de um entendimento equivocado da lógica de cooperação financeira entre as diferentes esferas governamentais no custeio do Sistema Único de Saúde.
5. A concessão de incremento remuneratório a profissionais médicos contratados sob o Regime Temporário, sob a forma de vantagens não se mostra possível diante da rigidez imposta pela Lei Estadual nº 2.607/00 nessa matéria.
6. Diante de tal impossibilidade, e da presente desaprovação do procedimento de "repassar"

diretamente para os profissionais médicos o recurso recebido do FNS (ao menos da forma como está sendo feita), tem-se por prejudicadas as perguntas concernentes à classificação orçamentária da despesa e aos descontos cabíveis sobre esse pagamento.

7. Por fim, que a presente situação, no que concerne a servidores estatutários demanda o pronunciamento da Procuradoria do Pessoal Estatutário.

É o parecer *sub censura*.

**PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO –
PPT/PGE em Manaus (AM), 29 de setembro de 2003.**

RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
Procurador do Estado

PROCESSO N° 2462/2003-PGE

INTERESSADO: SEFAZ

ASSUNTO: Consulta - Tratamento a ser dado a verbas repassadas pelo Fundo Nacional de Saúde com base na produtividade de servidores da saúde pertencentes aos quadros do Estado

DESPACHO

I. ACOLHO, integralmente, por seus jurídicos fundamentos, o **Parecer nº 017/2003-PPT/PGE** da lavra do ilustre Procurador do Estado **Dr. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres**.

II. ENCAMINHEM-SE o processo ao Sr. Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE,
em Manaus, 20 de outubro de 2003.

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES
Procuradora-Chefa da PPT

PROCESSO N° 2462/2003-PGE**INTERESSADO: SEFAZ****ASSUNTO:** Consulta - tratamento a ser dado a verbas repassadas pelo Fundo Nacional de Saúde com base na produtividade de servidores da saúde pertencentes aos quadros do Estado**DESPACHO**

I. APROVO os termos do Parecer nº 017/2003-PPT/PGE, da lavra do ilustre Procurador do Estado do Amazonas **Dr. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres**, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário/PGE, **Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes**.

II. REMETAM-SE os autos à Procuradoria do Pessoal Estatutário-PPE, conforme sugere o Parecer em epígrafe.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Manaus/AM, 28 de outubro de 2003.

CARLOS ALEXANDRE M.C.M.MATOS
Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 01182/2003**INTERESSADA:** Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ**ASSUNTO:** Termo de Convênio - SEFAZ e AMAZONPREV -
Transfência da Administração dos Créditos da Dívida
Ativa**PARECER Nº 02/2003-PROCONT/PGE**

EMENTA: COBRANÇA DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA – FUNÇÃO INSERIDA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – ARTIGO 194 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – CTN – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-AFETAÇÃO DA RECEITA – ARTIGO 167, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DESTINAÇÃO DIRETA DE PARCELA DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DE CRÉDITOS DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DO ORÇAMENTO – ARTIGO 167, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.

Trata-se de minuta de termo de convênio que pretendem celebrar a Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ e o Fundo Previdenciário do Estado do Amazonas – AMAZONPREV, com vistas à conjugação de recursos técnicos dos participantes, para implantação do sistema de custeio do Estado do Amazonas, em consonância com a Lei Complementar nº 30, de 27 de dezembro de 2001, que dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência do Estado do Amazonas e estabelece seus Planos de Benefícios e Custeio.

Delimitando o campo de análise circunscrito à matéria inserida no âmbito de competência dessa Especializada, cuidou, preambularmente, das atribuições das entidades convenientes inscritas na cláusula terceira da proposta de ajuste que, dentre

outras, destaca que constitui obrigação da Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ - *Transferir a administração de parte dos créditos da Dívida Ativa* - para o Fundo Previdenciário do Estado do Amazonas – AMAZONPREV.

Essa transferência, pelas implicações decorrentes, penso, carece de detido exame sobre a acepção de crédito inscrito em Dívida Ativa e sua repercussão na Administração Pública Estadual, bem assim o entendimento que encerra a idéia de administração de créditos inscritos em dívida ativa.

Saliente-se que a cláusula gizada não faz distinção entre crédito de natureza tributária e não tributária, inferindo-se, por interpretação de simplicidade franciscana, que qualquer crédito, desde que inscrito em dívida ativa, poderá, em princípio, segundo a minuta de convênio, ser transferido para administração do AMAZONPREV.

Quedo-me, a um só tempo, surpreso e intrigado, não só pela evidente, *data venia*, ambigüidade entre o objeto do convênio e as obrigações das entidades signatárias que, possibilita ao AMAZOPREV receber diretamente do Tesouro Estadual parcela do produto da arrecadação de parte dos créditos inscritos em dívida ativa, mas também pela falta de clareza sobre a acepção consignada na minuta de convênio, isto é, o significado e alcance da obrigação a que se submete o Primeiro Conveniente de transferir a administração de parte dos créditos da Dívida Ativa para o Segundo Covenente.

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Para a compreensão do fenômeno, busco auxílio no magistério de Bernardo Ribeiro de Moraes¹ que nos oferece a idéia de que administração é uma atividade organizada, dirigida para um determinado fim. Administrar é vocábulo que tem sentido eminentemente dinâmico, dando a idéia de atividade operacional para obtenção de um fim.

¹ Compêndio de Direito Tributário, Ed. Forense, 1987, p.733

Agora sim, desnubladas as dúvidas iniciais e, considerando que o Órgão de Arrecadação do Estado figura no respectivo termo, infere-se por dedução lógica e, também, por força de suas específicas atribuições, que a expressão "*transferir a administração de parte dos créditos da Dívida Ativa*", está se referindo as funções de administração tributária, outorgadas pelo legislador constituinte aos entes autônomos da federação de dispor sobre a administração dos tributos que lhes pertencem.

Pois bem, à evidência e, parafraseando o jurista acima mencionado, o que nos interessa, no momento, é a administração pública, mais especificamente, uma parcela da administração pública, parte ligada à atividade financeira do Estado, que trata da obtenção de receita tributária.

Nessa direção, exige a matéria que os olhos se voltem para a parte da administração pública que cuida da atividade financeira, setor relativo ao controle, formalização e recepção de receitas tributárias, olhando, também, mesmo de soslaio, sem denotar, contudo, desprezo ao poder-dever da cobrança da dívida ativa.

Em síntese, o foco central da análise se volta para administração financeira e tributária, a qual tem por escopo a realização dos meios para obtenção de receitas provenientes de tributos, penalidades fiscais e outras obrigações legais.

Sobre tal gestão, e suas múltiplas funções, destaca o professor Bernardo Ribeiro de Moraes², com o peso de sua autoridade, que essa atividade abrange uma série enorme de funções específicas, que vão desde o planejamento até o atendimento do contribuinte ou terceiro. Para se ter uma idéia dessas funções administrativas ligadas à tributação, observe-se que a administração tributária não se preocupa apenas com atos ligados à formação da obrigação tributária, mas também, cuida das fontes de tributação, alteração das normas jurídicas tributárias, racionalização dos métodos e rotinas de trabalho, cadastros fiscais, controle e avaliação da ação fiscal, fiscalização tributária, arrecadação tributária e seu controle, política fiscal, **formação da dívida ativa e sua cobrança**, dentre outras.

2 Ob. Cit, p.736

Vê-se, pois, que se inserem na administração tributária, a formação da dívida ativa e sua respectiva cobrança, com vistas à obtenção de receitas públicas pelo Estado, na consecução dos seus fins.

DÍVIDA ATIVA – OBJETIVO E ATUAÇÃO DA PGE

O Código Tributário Nacional – CTN (art.201) e a Lei 4.320 (art. 39, § 2º) traduzem com perfeição o conceito legal de dívida ativa, em seu duplo aspecto, isto é, de natureza tributária e não tributária. Sobre o primeiro escreveu o legislador infraconstitucional que constitui dívida ativa tributária a proveniente dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão proferida em processo regular.

Por sua vez, dívida ativa não tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxa de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimento público, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação, de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

O propósito dessa referência sobre o conceito legal de Dívida Ativa visa a focar o caráter de crédito definitivamente constituído, com o específico interesse de promover a sua cobrança, cumprindo, assim, o desiderato final de que se reveste a idéia de administração tributária, no que pertine à dívida ativa, em outros termos, o fim almejado, traduzido na obtenção de receitas provenientes de tributos, penalidades fiscais e outras obrigações, mediante atuação do órgão responsável pela função administrativa de cobrança.

A tarefa de administração dos créditos inscritos em dívida ativa, no que diz respeito à sua cobrança, que se inclui, *lato sensu*,

como demonstrado, entre as funções de administração tributária, encontra no Estado do Amazonas, Ato Legislativo próprio que atribui à Procuradoria Geral do Estado-PGE, o cumprimento dessa função.

Veja-se, o que determinou o legislador estadual, no Inciso IV, do Art. 2º, da Lei nº 1.639, de 30 de dezembro de 1983, *in litteris*:

“Art. 2º - À Procuradoria Geral do Estado, instituição permanente, essencial à justiça e à Administração Pública do Estado do Amazonas, vinculada exclusiva e diretamente ao Chefe do Poder Executivo, como órgão superior do Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual, compete:

I -

IV – determinar a inscrição em dívida ativa de créditos da Fazenda Pública Estadual e **promover sua cobrança administrativa e judicial**, bem como atuar em todos os feitos judiciais em que haja interesse fiscal do Estado;”
(destaquei)

Essa relevante função, ressalta Paulo de Barros Carvalho³ é o único ato de controle de legalidade, efetuado sobre o crédito tributário já formalizado, que se realiza pela apreciação crítica de profissionais obrigatoriamente especializados: os Procuradores da Fazenda.

De se vê, portanto, à luz dos fundamentos jurídicos deduzidos, que a administração dos créditos inscritos em dívida ativa, por força, *ex lege*, compete à PGE, constituindo-se, sem margem para dúvida, usurpação de competência, a transferência da administração de parte dos créditos da Dívida Ativa do Estado à revelia do Órgão que o Poder Legislativo Estadual atribuiu incontestável competência para administrar esse patrimônio.

3 Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 11ª edição, 1999, p.368

PARTICIPAÇÃO DO AMAZONPREV SOBRE O PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DE PARTE DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA

Deixando à ilharga o aspecto da transferência da administração de parte dos créditos da dívida ativa, por ser matéria vencida e estar claramente posta na Lei de Regência acima apontada, vejamos, agora, a possibilidade jurídica do AMAZONPREV receber uma fatia do produto da arrecadação desses créditos.

Ricardo Lobo Torres⁴ argumenta, com razão, que, do ponto de vista constitucional, os ajustes intergovernamentais se fazem principalmente pela repartição das receitas tributárias, ou melhor, diz ele, pela participação sobre a arrecadação dos impostos alheios.

Prosseguindo, registra, ainda, que essa participação é matéria de direito financeiro, e não de direito tributário, que cria para os entes públicos menores o direito de uma parcela da arrecadação do ente maior. Diz, também, que as participações podem ser diretas ou indiretas; a diferença consiste em que as indiretas se realizam através de fundos e a lei complementar pode estabelecer condições para o rateio, enquanto as outras são entregues diretamente aos entes menores ou por eles apropriadas mediante transferência orçamentária.

Cumpra observar que este tema foi desenvolvido sob a ótica da repartição das receitas tributárias, previsto nos Artigos 157, 158 e 159 da Constituição Federal.

Transpondo o raciocínio para a hipótese em exame, afigura-se-me, em princípio, *mutatis mutandi*, juridicamente possível o AMAZONPREV receber uma parcela do produto da arrecadação dos créditos inscritos em dívida ativa.

Acresça-se, ademais, a vontade clara e dirigida do legislador constitucional de, cada vez mais, fortalecer os Regimes Próprios de Previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal

⁴ Curso de direito Financeiro e Tributário, Ed. RENOVAR, 9ª ed. 2002, p.330/331

e dos Municípios. Tanto é verdade que através da Emenda Constitucional n. 20/98, acrescentou à Constituição Federal o Art. 249, cuja redação é por demais reveladora, *in verbis*:

"Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos".

Há de se esclarecer, desde logo, que essa participação está constitucionalmente delimitada aos créditos inscritos em dívida ativa de natureza não tributária, incluindo-se, aí, as multas e as penalidades pelo cometimento de infração à legislação tributária.

A assertiva acima tem a prestigiá-la o disposto no Art. 167, inciso IV da Carta de 88 que ergueu irremovível obstáculo, construído com forte argamassa, vedando a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesas. Isso, em respeito e homenagem ao Princípio constitucional da não-afetação da receita, a que todos, indistintamente, devem vassalagem.

Ressalta Miguel Reale, citado por Ricardo Lobo Torres⁵: "Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a aplicação e interpretação, quer para a elaboração de novas normas".

Isso significa dizer que na eventual destinação de parcela do produto da arrecadação dos créditos inscritos em dívida ativa, a regra inscrita no art. 167, IV da Constituição Federal, deverá ser observada com o máximo rigor, em face da prescrição que proíbe

5. op. Cit., p. 77.

a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, sob pena de ofensa frontal ao princípio constitucional em referência.

Veja-se, o que sobre o tema em comento escreveu o Professor Ricardo Lobo Torres, *verbis*

“O Princípio da não-afetação tem por enunciado a vedação, dirigida ao legislador, de vincular a receita pública a certas despesas. Aparece explicitamente no art.167, item IV, que, na redação da EC 3/93, proíbe a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos (arts. 158 e 159), a destinação de recursos para a manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (art. 165, § 8º) e a prestação de garantia ou contragarantia à União ou o pagamento de débitos para com esta com a vinculação da receita própria gerada pelos impostos dos Estados e Municípios (arts. 155 e 156). O Princípio da não-afetação se restringe aos impostos, ao contrário do que ocorria no regime de 1967/69, quando abrangia todos os tributos; está permitida, portanto, a vinculação da receita de taxas a órgão ou fundos, com o que se volta antigas práticas financeiras, que tanto mal fizeram à administração pública”.

É de frisar-se, ainda, como dissemos alhures, que essa vedação não alcança os créditos de natureza não tributária, os quais, podem em face não proibição legal, constituírem-se em ativo, em outras palavras, fonte de custeio do Regime Próprio de Previdência do Estado do Amazonas.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, como contributo derradeiro, sugiro, na hipótese de se levar adiante o propósito de destinar parcela do produto da arrecadação de parte dos créditos inscritos em dívida

ativa ao AMAZONPREV, seja atendido o princípio constitucional da especialidade do orçamento, previsto no art. 167, VI da Constituição Federal que - *veda a transposição, remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa* -, impondo inarredável cumprimento para produzir os efeitos desejados.

O Princípio constitucional acima, aponta, na hipótese de se destinar fatia do produto da arrecadação dos créditos de natureza não tributária ao AMAZONPREV, que se faça, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, através de Ato Legislativo próprio, isto é, Lei dispondo sobre a natureza do crédito, os órgãos envolvidos e suas atribuições e o percentual a ser destinado.

O respeito ao Texto Constitucional acima, impõe seja expungida a idéia de se utilizar o instrumento administrativo – Convênio – como forma de realizar a pretendida transferência que, deverá merecer, por expressa determinação do legislador constituinte, deliberação do Poder Legislativo.

É o parecer que submeto a elevada reflexão da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário – PROCONT/PGE.

**PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO/
PGE, em Manaus (AM), 27 de abril de 2003.**

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador do Estado

PROCESSO Nº 1182/2003-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Fazenda-SEFAZ

ASSUNTO: Termo de Convênio - SEFAZ e AMAZONPREV -
Transferência da Administração dos Créditos da Dívida Ativa

DESPACHO

ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos o Parecer nº 02/2003-PROCONT/PGE, da lavra do Procurador **Paulo José Gomes de Carvalho**.

Com efeito, restou demonstrado que o entendimento que encerra a idéia de administração de créditos inscritos em dívida refere-se as finções de administração tributária, na qual se insere a formação da dívida ativa e sua respectiva cobrança.

Por outro lado, está evidenciado que a tarefa de administrar os créditos inscritos em dívida ativa, no concernente à sua cobrança, é da Procuradoria Geral do Estado, nos termos do art. 2º, IV, da Lei nº 1.639, de 30 de dezembro de 1983.

Logo, a transferência da "administração dos créditos da dívida ativa" implica inexoravelmente em usurpar a competência da Procuradoria Geral do Estado para tal mister.

Noutro giro, analisando especificamente a possibilidade jurídica de transferência de parte dos créditos da dívida ativa para compor os ativos do fundo de previdência do Estado, impõe-se observar os princípios constitucionais pertinentes, insertos no art. 167, incisos IV e VI, da Carta Magna.

O art. 167, IV, da Constituição da República, veda a vinculação de impostos a fundo, órgão ou despesa, ressalvadas as hipóteses que não se enquadram na situação em análise.

Por seu turno, o inciso VI, do dispositivo constitucional acima referido, *veda a transposição, remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.*

Aliás, sobre esses aspectos constitucionais, essa Procuradoria Geral do Estado já se manifestou, através dos Pareceres nº 02/2003-PE/DF e 01/2003-PROCONT, aprovados pelo Exmo. Procurador Geral do Estado, recomendando fosse elaborado projeto de lei para incluir na Lei Complementar nº 30/2001 como receitas dos Fundos Previdenciários créditos de natureza não-tributária, consoante se verifica às fls. 8/21.

Ante o exposto, endosso as conclusões lançadas no Parecer no sentido da impossibilidade jurídica de utilizar-se Convênio para transferência de créditos da dívida ativa, sem observância dos procedimentos legais, sob pena de ferir os princípios constitucionais retro-aludidos.

Remeta-se ao Exmo. Procurador-Geral do Estado para manifestação final.

PROCONT/PGE, em 30 de abril de 2003.

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
Procuradora-Chefe

PROCESSO Nº 1182/2003-PGE

INTERESSADO: SEFAZ

ASSUNTO: Termo de Convênio - SEFAZ e AMAZONPREV -
Transferência da Administração dos Créditos da Dívida
Ativa

DESPACHO

I - APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o **Parecer nº 02/03-PROCONT**, do Procurador do Estado **Dr. Paulo José Gomes de Carvalho**, acolhido pela ilustre Procuradora-Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário-PROCONT/PGE, **Dra. Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato**.

II - DEVOLVAM-SE o processo à Secretaria de Estado da Fazenda-SEFAZ, com observância das formalidades de praxe.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 13 de maio de 2003.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
Procurador-Geral do Estado

INTERESSADO: ESTADO DO AMAZONAS

ASSUNTO: Pagamento de participação ao proprietário da terra previsto na Lei nº 9.478/97-Lei do Petróleo.

PARECER Nº 01/2002-PE/DF-PGE/AM

EMENTA: PAGAMENTO DE RECEITA EM FACE DE CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO REAL DE USO CELEBRADO ENTRE O ESTADO DO AMAZONAS E A PETROBRÁS. PAGAMENTO QUE NÃO SE VINCULA À ATIVIDADE DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL PREVISTA NA LEI nº 9.478/97.

PAGAMENTO DE RECEITAS PREVISTAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO CELEBRADOS ENTRE A PETROBRÁS E A AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO POR FORÇA DA LEI nº 9.478/97. É DEVIDO O PAGAMENTO DA PARTICIPAÇÃO PREVISTA NO ART. 52, DA LEI nº 9.478/97 E DEFINIDO NO ART. 3º, DA PORTARIA 143/ANP, AO ESTADO DO AMAZONAS, PROPRIETÁRIO DAS TERRAS EM QUE SE SITUAM OS CAMPOS DE URUCU.

O ESTADO DO AMAZONAS é titular da área em que se localiza a bacia sedimentar de Urucu, cujos campos Sudoeste Urucu, Leste Urucu e Rio Urucu situam-se em suas terras dominicais.

Na data de 30 de novembro de 1998 foi celebrado um Contrato de Concessão de Direito Real de Uso entre o Estado do Amazonas e a PETROBRÁS S/A, tendo por fim o pagamento pela posse e uso de área das glebas de terra para a implantação e operacionalização, pela Concessionária, de projetos e de programas de pesquisa, exploração, perfuração e produção de óleo e outros hidrocarbonetos, na Região do Rio Urucu.

Foi estipulado na cláusula Quarta, como contraprestação devida ao Estado do Amazonas, a quantia de CZ\$ 11.000.000,00 (ONZE MILHÕES DE CRUZADOS), reajustável anualmente, de acordo com as variações das Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs), ou outro índice oficial que vier a ser criado em substituição ora adotado como fator de atualização.

Referido Contrato foi posteriormente aditado, conforme extrato publicado no DOE de 02 de abril de 1998, com o objetivo único de alterar e ampliar a área ocupada, tendo em vista o aumento de investimentos da PETROBRÁS S/A, mantida, contudo, a equação econômico-financeira inicialmente entabulada, proporcionalmente à área que passou a ser ocupada.

Portanto, o Estado do Amazonas vem recebendo, anualmente, contraprestação pecuniária pela ocupação de terras de sua propriedade, receita financeira desvinculada dos resultados da exploração, por força do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso regido pelo Decreto-Lei nº 271, de 26/02/1967.

Ocorre que a atividade econômica de exploração de petróleo e gás natural passou a reger-se pela Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei do Petróleo, a qual, ao instituir novo regime jurídico para a mesma atividade, além de admitir a sua delegação à livre iniciativa, condicionou a ratificação dos direitos da PETROBRÁS – antes detentora do monopólio inflexível –, à celebração de contratos de concessão dos blocos explorados com a Agência Nacional de Petróleo - ANP, no prazo de um ano, contado a partir da publicação da referida Lei, como se infere do art. 31 c/c o art. 34.

Assim, tem-se que, como a PETROBRÁS S/A já ocupava e explorava os três campos de Urucu, foi mantida esta relação jurídica preexistente, em face das atividades em curso, que receberam da Lei do Petróleo normas específicas para tais casos.

Desse novel regime, faz-se importante destacar que o artigo 34, da Lei 9.478/97, assegura que os contratos de concessão, a serem celebrados entre a ANP e a PETROBRÁS S/A, cumpridas as regras do art. 31, e dentro do prazo de um ano, a contar da data da publicação da Lei, devem obrigatoriamente prever e contemplar, especificamente, as participações

governamentais de que tratam os artigos 45 a 52 do referido Diploma Legal, as quais, portanto, passaram a ser devidas *ex lege* pela PETROBRÁS S/A, a todo aquele que se enquadre nas situações e critérios legalmente previstos.

O Estado do Amazonas, enquanto entidade federada, em cujo território dá-se a exploração e na condição de proprietário das terras ocupadas pela PETROBRÁS S/A, encontra-se contemplado pelas regras dos artigos 45 e também do 52, da Lei do Petróleo, fazendo jus ao recebimento de royalties, de participação especial e também de participação de cinco décimos a um por cento em razão da produção de petróleo e gás natural, por ser titular da área onde se situam os campos de Urucu.

Portanto, a Lei do Petróleo ampliou o elenco das receitas financeiras que decorrem da exploração das jazidas de petróleo, estas de propriedade da União, na forma do art. 20, IX, § 1º, da Constituição Federal, sendo que, dessa mesma exploração, resta assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra, como firmado pelo art. 176, § 21º, também da Carta Maior, *verbis* :

“Art. 20. São bens da União :

.....
IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo.”

“Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

.....§ 2

º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.” (grifei)

É bem de ver que a participação do proprietário do solo, decorrente da exploração do petróleo de que trata o art. 176 da CF, inclui, dentre outras receitas previstas no art. 45 da Lei do Petróleo, o pagamento de participação, de natureza obrigatória

ao Estado do Amazonas, pela PETROBRÁS S/A, na forma do art. 52 da referida lei, nos termos a seguir transcritos:

"Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

I - bônus de assinatura;

II - *royalties*;

III - participação especial;

IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área."

§1º. As participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias." (grifei)

"Art. 52 Constará também do contrato de concessão de bloco localizado em terra, cláusula que determine o pagamento aos proprietários da terra de participação equivalente, em moeda corrente, a um percentual variável entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da ANP. Parágrafo único A participação a que se refere este artigo será distribuída na proporção da produção realizada nas propriedades regularmente demarcadas na superfície do bloco." (grifei)

Decorre da interpretação das citadas regras a confirmação, a favor do Estado do Amazonas, do pagamento de participação ao proprietário da terra, considerando a produção de petróleo e gás natural, prevista no art. 52, da Lei do Petróleo, que difere do pagamento daquela receita contratada entre o Estado do Amazonas e a PETROBRÁS S/A, através do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso, que não tem qualquer vinculação com a atividade produtiva, mas tão somente em virtude da posse e uso da área em que se situam os três campos de Urucu.

Há de destacar-se que embora albergadas por regimes jurídicos diferentes, ambas receitas financeiras constituem receitas patrimoniais, de natureza não-tributária, que se sujeitam, sobretudo, ao regime jurídico da Lei nº 4.320/64, integrando o

orçamento público estadual para aplicação na forma prevista na Lei n.º 7.990/89 e alterações posteriores.

Portanto, além das participações governamentais elencadas no art. 45 da Lei do Petróleo, o Estado do Amazonas faz jus ao pagamento de participação prescrita no art. 52 da mencionada lei, a ser paga mensalmente, considerando-se a produção de petróleo e gás natural, como descrito pelo art. 3.º da Portaria n.º 143/ANP, a seguir transcrito:

“Art. 52. Constará também do contrato de concessão de bloco localizado em terra, , cláusula que determine o pagamento aos proprietários da terra de participação equivalente , em moeda corrente, a um percentual variável entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da ANP.”

“Art. 3.º. A participação devida aos proprietários de terra será paga mensalmente com relação a cada campo em terra, a partir do mês em que ocorrer e efetivo início da produção.”

E, em sendo receita pública financeira, de natureza não-tributária, são irrenunciáveis, não-modificáveis e indisponíveis, eis que se submetem, ainda, aos princípios e limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101/2000, sob pena de sujeição às penalidades cabíveis, sem prejuízo de que agentes legitimados ajuizem ações populares, de improbidade administrativa e civil pública.

Dessarte, assim como a Lei do Petróleo assegurou o direito adquirido da PETROBRÁS S/A manter-se na exploração dos campos de Urucu, assim também possui o Estado do Amazonas direito líquido e certo ao pagamento da receita prevista no art. 52 da Lei do Petróleo, sob pena de descumprimento de preceitos constitucionais, das normas da Leis n.º 4.320/64 e pertinente decreto regulamentar, além da própria Lei n.º 9478/97.

De consequência, dita participação devida, se acaso não vem sendo efetuado pela PETROBRÁS S/A, possivelmente com

suposto fundamento no Contrato de Concessão de Direito Real de Uso celebrado com o Estado do Amazonas a 30 de novembro de 1988, com base no Decreto-Lei n.º 271, de 28.02.1967, com aditamento ajustado em 30 de março de 1998, não deve prevalecer, data vênua, ante as razões e fundamentos jurídicos aqui analisados.

Nada obstante, o citado Contrato de Concessão de Direito Real de Uso não constitui justo título para a PETROBRÁS S/A se eximir ao pagamento da referida participação assegurada pelo artigo 52, da Lei n. 9.478/97 e Portaria n.º 143 – ANP. Isso porque, o objeto do contrato diz respeito somente ao pagamento pela posse e uso para exploração das áreas em que se localizam os três campos de Urucu, não trazendo qualquer acordo de vontades relativo a qualquer modalidade de participação no resultado da produção de petróleo e gás natural.

Ao contrário, em face dos Contratos de Concessão de nº 48000.0036282/97-81, 8000.00.3873/97-24 e 48000.00.3627/97, celebrados entre a ANP e a PETROBRÁS S/A, esta, por força da cláusula vigésima segunda, item 22.1, que dispõe que o concessionário pagará as participações Governamentais e de Terceiros estabelecidas no Anexo IV, o qual, em sua alínea "d", prevê o seguinte :

"Pagamento aos Proprietários da Terra no montante de 1% (um por cento) do Petróleo e Gás Natural produzidos na proporção da Produção realizadas na suas propriedades regularmente demarcadas na superfície da Área da Concessão e devidamente registradas no Registro Geral de Imóveis das comarcas respectivas."

As participações no resultado da produção de petróleo e gás natural foram introduzidas, supervenientemente, pela Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), baseada na Constituição Brasileira (art. 20, IX, d 1º, c/c o art. 176, § 2º), diante da qual, e por força da Emenda Constitucional nº 09, nem mesmo a PETROBRÁS S/A, que desfrutava da antiga situação jurídica monopolista para exploração das jazidas de propriedade da União, foi isenta de se amoldar às novas regras.

Com efeito, a Lei do Petróleo condiciona a ratificação do direito de a PETROBRÁS S/A continuar a explorar os blocos em atividade no momento da edição da lei à celebração de contrato de concessão com a ANP, no qual sejam asseguradas não somente as participações governamentais do art. 45, mas, também, aquela participação prescrita no art. 52, esta ora pleiteada pelo Estado do Amazonas.

Sendo assim, é assente que a PETROBRÁS S/A teve assegurado direito adquirido de manter-se na atividade em curso porque preencheu, através dos Contratos de Concessão celebrados com a ANP, os requisitos previstos na Lei n.º 9.478/97, nada afetando em relação ao pagamento da receita decorrente da posse e uso da área com base em contrato anterior à Lei do Petróleo, salvo se as partes assim repactuarem em sentido contrário.

Sim, porque segundo a novel Lei, ficou essa empresa obrigada a preencher novos requisitos e a se submeter a novas condições para continuar desempenhando a atividade econômica monopolizada pela União, dentre as quais o pagamento mensal, da participação equivalente a um percentual variável entre cinco décimos por cento a um por cento da produção de petróleo ou gás natural. (Art. 52). Aliás o art. 80, da Lei do Petróleo, harmonizando-se com os demais preceitos normativos antes mencionados, nesse específico, reza que os atos anteriores, praticados pela PETROBRÁS S/A, devem ser ajustados ao novo regime jurídico instituído.

Por fim, tendo em vista o ordenamento jurídico ora invocado, tem-se que, desde a edição da Lei n.º 9.478/97, a partir de um ano, a contar da data de sua publicação, firmou-se como condição essencial à subsistência do direito à exploração da bacia de Urucu, pela PETROBRÁS, consoante o artigo 34 da Lei n.º 9.478/97, o pagamento desta receita de agosto de 1998 a agosto de 2002, cuja totalização se encontra apurada na planilha anexa.

Com estas razões, analisadas sob a luz do ordenamento constitucional e infraconstitucional, resta devido desde agosto de 1998 até o presente mês de dezembro de 2002, o pagamento da participação prevista no art. 52 da Lei do Petróleo, em face da

titularidade da área dos campos de Urucu, equivalente ao percentual de 1% (um por cento) da produção de petróleo ou gás natural, estabelecido pela Agência Nacional de Petróleo nos Contratos de Concessão firmados com a PETROBRÁS S/A, conforme art. 52 da Lei n. 9.478/97 e art. 3º da Portaria nº 143/ANP, a cujo cumprimento se encontra sujeita esta Concessionária.

É o parecer, salvo melhor juízo.

BRASÍLIA (DF), 06 de dezembro de 2002.

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Estado
no Distrito Federal

RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA

Procurador-Chefe da Procuradoria do Patrimônio
Imobiliário e Fundiário

INTERESSADO: Estado do Amazonas

ASSUNTO: Pagamento de Participação ao Proprietário da Terra
Previsto na Lei nº 9.478/97 - Lei do Petróleo.

DESPACHO

APROVO, por seus jurídicos e legais fundamentos,
Parecer nº 01/02-PEDF/PGE-AM, subscrito pela Dra. **Sandra Maria do Couto e Silva** e pelo Dr. **Ruy Marcelo Alencar de Mendonça**.

ENCAMINHE-SE o referido parecer à Secretaria de Estado da Fazenda.

JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO

Procurador-Geral do Estado

TRABALHOS FORENSES

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA JUNTA DE RECURSOS DOS CONTRIBUINTES DO INSS(AM)

NFLD n.º 35.312.192-4

O ESTADO DO AMAZONAS – SECRETARIA DE ESTADO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E DO TRABALHO – SETRAB, representado pela Procuradoria Geral do Estado, situada na Rua Emílio Moreira, nº 1308, Praça 14 de Janeiro, por sua Procuradora infra-assinada, na forma prevista no artigo 132 da Constituição da República, vem, respeitosamente, perante esta Egrégia Junta, apresentar

IMPUGNAÇÃO

contra a NFLD n.º 35.312.192-4, pelos motivos de fato e de direito a seguir alinhados:

DOS FATOS

Em data de 17 de maio de 2001, foi iniciada Ação Fiscal promovida pelo Serviço de Arrecadação do INSS/AM, junto à Secretaria de Estado da Assistência Social e do Trabalho – SETRAB, que culminou na subscrição da NFLD n.º 35.312.192-4, cujo objeto foi a falta de recolhimento da contribuição de 20% (vinte por cento) sobre a folha de pagamento dos empregados do INSTITUTO ESTADUAL DO BEM ESTAR DO MENOR DO AMAZONAS - IEBEM, por se considerar entidade de fins filantrópicos, extinto pela Lei nº

2.528, de 30/12/98, que transferiu suas atribuições, finalidades, patrimônio e orçamento à SETRAB.

O término da Ação Fiscal sucedeu em **16/04/03**, com a intimação do Sr. Subprocurador Geral do Estado, Dr. Carlos Alexandre Matos, apontando como valor consolidado do débito a importância de **R\$ 3.146.230,33**.

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Impende salientar, a princípio, a tempestividade do presente recurso. A Procuradoria Geral do Estado foi notificada em 16/04/2003. O dia seguinte, 17/04/2003, foi decretado ponto facultativo nas repartições públicas, sendo que sexta-feira, 18/04/2003, e segunda-feira, 21/04/2003, foram feriados nacionais, iniciando-se o prazo em 22/04/2003, próximo dia útil seguinte à notificação.

Dispondo o Estado do Amazonas do prazo de **15** (quinze) dias para validamente apresentar impugnação e tendo sido o presente arrazoado protocolado nesta data (05/05/2003), resta, portanto, configurada a tempestividade do recurso.

DA DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O Código Tributário Nacional foi instituído pela Lei n.º 5.172/66, lei essa ordinária, mas que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como se lei complementar fosse, por força do seu art. 146, segundo o qual:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – Estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) Obrigações, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Como os entes políticos têm competência legislativa concorrente em matéria de direito tributário (art. 24-I, da CF/88)

e, nestes casos, a competência da União limitar-se-á a estabelecer regras gerais (art. 24, § 1.º, da CF/88), o CTN, em matéria tributária, é um compêndio de normas gerais. E, embora a CF/88 estabeleça que lei complementar disporá sobre decadência tributária, como o CTN já se encontrava em vigor, e na falta da lei complementar a que se refere o texto Constitucional, o Código Tributário Nacional é hoje a legislação que regula a decadência e a prescrição tributária, em seus aspectos gerais, até porque foi recepcionado pela Carta Magna.

Fundada no que foi acima exposto, e visando especificar a legislação referente aos tributos federais previdenciários, a União, em 24/07/1991, editou a Lei n.º 8.212, que dispôs sobre o plano de custeio da Seguridade Social. Em seu art. 45, estabeleceu que o prazo decadencial para a Seguridade Social instituir seus créditos tributários é de 10 (dez) anos, e, nesse particular, entrou em franco conflito com o art. 173, do CTN, em cujos termos se encontra disposto que o prazo decadencial para a instituição de qualquer crédito tributário é de 5 (cinco) anos.

A controvérsia que se põe, portanto, hoje, é saber se a Lei n.º 8.212/91 pode fixar o prazo decadencial de 10 anos para a constituição do crédito tributário previdenciário, sendo norma específica da União (lei federal), ou se o CTN, sendo norma geral, já teria esgotado a matéria de decadência tributária, impossibilitando e tornando inconstitucional, por violação do art. 146, III, "b", da CF/88, o escopo da prefalada Lei n.º 8.212/91. É certo que o entendimento a prevalecer deverá ser este último.

Estabelece o art. 45 da Lei n.º 8.212/91, *in verbis*:

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos tributários extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que

houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Por sua vez, assim está redigido o art. 173 do Código Tributário Nacional:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

- I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;
- II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Com efeito, em matéria de decadência, apenas o que se pode legislar é a respeito do termo de início do prazo, e isso o CTN outrora já fez, e o prazo fatal da constituição do crédito tributário, e isso o CTN também já o fez. E tanto isso é verdadeiro que o texto dos arts. 45 e 173, da Lei n.º 8.212/91 e do Código Tributário Nacional, respectivamente, são idênticos, o que já revela a evidente superposição de normas. Se o CTN já disciplinou o que poderia ser disciplinado, nada resta aos demais entes políticos, quando da edição das suas leis tributárias, a legislar a respeito de decadência tributária.

Daí porque conclui-se, inequivocamente, que o art. 45 da Lei n.º 8.212/91 é inconstitucional, posto que regula decadência tributária, matéria esta exclusiva de lei complementar, como estabelece a Constituição Federal.

A respeito, confira-se a decisão proferida pela Segunda Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 148.704/SP, publicado no DJ de 20/08/2001:

“TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – DECADÊNCIA: PRAZO.

1. O acórdão impugnado decidiu que é quinquenal o prazo para a constituição do crédito previdenciário, sendo sujeito, este prazo a decadência – Súmulas 108 e 209/TFR.

2. Recurso especial que impugna a tese da prescrição, com base no § 9º, do art. 2º da LEF, dispositivo que se refere à cobrança do débito e não à sua constituição.

3. Recurso não conhecido.”

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Recorrido: HÉLIO MORGANTI (FAZENDA MARILU)

Rel. Min. ELIANA CALMON

Recentemente, a Segunda Turma, ao apreciar o Recurso Especial nº 289181/MG, publicado no DJ 13/05/2003:

“PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – DECADÊNCIA – OCORRÊNCIA – SÚMULA 83/STJ – PRECEDENTES.

- Os créditos previdenciários se constituem mediante o lançamento por homologação (CTN, art. 150) que deve efetivar-se no prazo de cinco anos contados do primeiro dia do ano seguinte ao do fato gerador.

- Não constituído o crédito no lapso temporal de cinco anos, esgota-se o prazo ocorrendo a decadência do direito de revisão por parte do Fisco.

- Incidência da Súmula 83/STJ.

- Recurso Especial não conhecido.”

Convém registrar o teor das Súmulas mencionadas no *decisum*, do extinto Tribunal Federal de Recursos, ainda em pleno vigor:

Súmula nº 108: A constituição do crédito previdenciário está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos.

Súmula nº 209: Não havendo antecipação do pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador.

Frise-se, ainda, que a autuada é pessoa jurídica de direito público, aplicando-se o teor do Decreto nº 20.910/32. Neste sentido é o teor da decisão proferida pela Segunda Turma, ao analisar o Recurso Especial nº 304.452-SP, publicado no DJ de 19/08/2002:

“PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO – DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO.

1. O prazo decadencial para a constituição do crédito previdenciário é de cinco anos, o que não sofreu alteração com o decurso do tempo.

2. O prazo prescricional, diferentemente, cujo termo inicial é a data da constituição do crédito, tem sofrido alterações ao longo do tempo, conforme a natureza jurídica da contribuição.

3. O prazo, que era de cinco anos, passou para trinta anos ao advento da ED 08/77, até que a CF/88, inaugurando nova ordem jurídica, possibilitou a edição da Lei 8.212/91, que estabeleceu o prazo decenal.

4. Em se tratando de contribuinte pessoa jurídica de Direito Público, o prazo, seja decadencial, seja prescricional, sempre foi de cinco anos (Decreto 20.910/32).

5. Recurso especial improvido.”

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Recorrido: MUNICÍPIO DE PAULO FARIA

Rel. Min. ELIANA CALMON

O entendimento da Relatora é pela aplicação do teor da Súmula nº 107, do extinto Tribunal Federal de Recursos, também em pleno vigor:

A ação de cobrança do crédito previdenciário contra a Fazenda Pública está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida pelo Decreto n. 20.910, de 1932.

Por estas razões, portanto, em relação a todos os supostos créditos previdenciários apurados retroativamente a

partir de dezembro/1997, caso considerados, em esfera administrativa, devidos pelo Estado do Amazonas, estão decaídos, tendo em vista o decurso do prazo de 5 (cinco) anos para sua constituição, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderiam ter sido constituídos (01/01/1998).

Isto posto, o Estado do Amazonas requer, desde já, seja declarada a decadência das supostas contribuições devidas em dezembro/1997 e anteriores, tendo em vista o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados de 01/01/1998 para a sua constituição.

DA NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA DISPOR SOBRE A IMUNIDADE

Através da Lei nº 1486, de 11/12/1981 (cópia anexa), o IEBEM foi transformado em autarquia, sendo seu objetivo a execução da Política Nacional do Bem Estar do Menor. Em sendo assim, por ser entidade assistencial, goza da imunidade prevista no artigo 195, § 7º, da Carta Magna de 1988.

Segundo LUCIANO AMARO, na obra *Direito Tributário Brasileiro* (9.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 149), o fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes, fazendo que a capacidade econômica revelada pela pessoa seja ignorada para o fim da não-tributabilidade.

Trata-se de técnica semelhante à isenção, sendo que a diferença básica está em que a imunidade atua no plano da definição da competência e a isenção, no plano do exercício da competência. Explicita o citado autor:

“Ou seja, a Constituição, ao definir a competência, excepciona determinadas situações que, não fosse a imunidade, quedariam dentro do campo de competência, mas, por força da norma de imunidade, permanecem fora do alcance do poder de tributar outorgado pela Constituição. Já a isenção atua noutro plano, qual seja, o do exercício do poder de tributar:

quando a pessoa política competente exerce esse poder, editando a lei instituidora do tributo, essa lei pode, usando a técnica da isenção, excluir determinadas situações, que, não fosse a isenção, estariam dentro do campo de incidência da lei de tributação, mas, por força da norma isentiva, permanecem fora desse campo."

Em sendo assim, a norma constitucional insculpida no § 7º do artigo 195 da Carta Magna é de imunidade, e não de isenção, inobstante ter o legislador constitucional declarado 'isentas' de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. É que o mencionado dispositivo constitucional trata da definição da competência, excepcionando as entidades assistenciais, e não do exercício da competência, sendo, portanto, norma imunizante.

As normas imunizantes controlam a produção das leis infraconstitucionais, servindo de referencial para o controle de sua constitucionalidade. A respeito, esclarecedora é a lição de FERNANDO JOSÉ DUTRA MARTUSCELLI, extraída da obra *Elementos de Direito Tributário* (Campinas: Mizuno, 2000, p. 131):

"As normas constitucionais de imunidade são normas de eficácia contível. Isso implica a conclusão de que a eficácia das normas constitucionais de imunidade deve ser tida como plena, até a incidência de norma jurídica de contenção, que deve ser introduzida somente por via de lei complementar. Outra via de introdução é desautorizada pela Constituição Federal, que estabelece a possibilidade de contenção da eficácia, com reserva de legalidade qualificada, em seu art. 146, II. A regulação de imunidade por outra via implicará necessariamente a inconstitucionalidade formal do ato normativo. Por outro lado, ainda que atendida a condição da via complementar, a discricionariedade legislativa na estruturação da regra

de contenção não é absoluta. Ou seja, a contenção não pode ofender bens jurídicos agasalhados pela Constituição Federal e que servem de limitar à própria norma de contenção. Nessa zona, está o ponto que delimita a discricionariedade legislativa e a inconstitucionalidade material da norma de contenção. A lei complementar, nessa hipótese, só recebe da Constituição Federal fundamento de validade para veicular normas regulatórias, instrumentalizando as imunidades, mas não uma força suspensiva nem supressiva da eficácia da norma constitucional de imunidade.”

Portanto, há necessidade de lei complementar para regular a imunidade do artigo 195, § 7º, da Carta Magna, em observância ao disposto em seu artigo 146-II.

Ocorre que a Impugnante foi autuada por ser a sucessora do IEBEM, em razão de ter não aquela entidade assistencial apresentado os documentos exigidos pelo artigo 55 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, que é lei ordinária e veio regular a imunidade constitucional das contribuições para a seguridade social das entidades assistenciais.

Destarte, a Lei nº 8.212/91 é flagrantemente inconstitucional, por violação ao artigo 146-II da Carta Magna, que exige lei complementar para regular as normas imunizantes.

Sendo a norma constitucional imunizante de eficácia contível até a edição de lei complementar regulatória e sendo a Lei nº 8.212/91 inconstitucional, não se prestando aos fins a que se destina, tem-se que a imunidade das entidades assistenciais é plena, não encontrando qualquer óbice ao seu reconhecimento.

As entidades assistenciais, para o gozo da imunidade, devem observar os seguintes princípios:

a) princípio da não distribuição patrimonial, segundo o qual a renda é parte do patrimônio adquirido, não podendo haver distribuição de patrimônio ou renda às pessoas que compõem a instituição, nem a terceiros;

- b) princípio da aplicação territorial, segundo o qual os recursos devem ser utilizados no país para as finalidades sociais;
- c) princípio da transparência escritural, segundo o qual a escrituração de suas receitas e despesas deve ser feita em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Em brilhante artigo intitulado *O princípio da razoabilidade e as exigências da Lei nº 8.212/91 quanto aos benefícios do art. 195, § 7º, da CF/88 às entidades de assistência social*, o professor Gustavo Passarelli da Silva assevera que, ainda que se entenda constitucional a regulação da imunidade por lei ordinária, os requisitos exigidos para a concessão do benefício são totalmente desprovidos de razoabilidade, merecendo destaque os seguintes trechos:

"Assim, o diploma legal em comento, em seu artigo 55, estabelece as seguintes exigências, *cumulativamente*, para que a entidade filantrópica ou de assistência social possa isentar-se da contribuição: I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal; II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos; III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes; IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título; V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades.

Prima facie é possível afirmar que os três primeiros incisos do artigo em análise são completamente desprovidos de razoabilidade, eis que os meios não são adequados para os fins pretendidos. Tanto é verdade que o inciso III encontra-se com sua eficácia suspensa por liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 2028-25.

Todavia, o inciso II do citado artigo é o que guarda maior grau de incompatibilidade com o princípio da razoabilidade, e será objeto de análise mais detida neste momento. Depreende-se da leitura deste dispositivo que, uma vez verificada a ausência do certificado de entidade filantrópica, concedido a cada três anos, não poderá ser considerada como entidade filantrópica, para fins de usufruir da benesse constitucional de isenção do pagamento da contribuição à seguridade social.

Note-se ainda que o artigo 55, da Lei 8.212/91 utiliza-se da expressão *cumulativamente*, quando se refere aos requisitos que deverão estar presentes para o gozo da isenção, vale dizer, a ausência de qualquer deles obsta a aplicação do artigo 195, § 7º, da Constituição Federal.

Ainda, percebe-se ser o Conselho Nacional de Assistência Social o órgão competente para a concessão dos certificados de entidade filantrópica, sendo que caso a entidade perca o prazo para a renovação, deverá aguardar por mais três anos para que possa novamente recebê-lo; e por conseguinte, isentar-se do pagamento da quota patronal para a seguridade social.

Conseqüência lógica dessa situação é que no período de três anos, enquanto estiver aguardando o fim do período de *carência*, para que possa novamente receber o certificado, sobre a entidade incidirão todos os tributos que normalmente encontrariam impedimento para verem sua hipótese de incidência,

em face da limitação ao poder de tributar prevista na Constituição Federal (art. 195, § 7º).

Induvidosamente mostra-se de todo irrazoável essa exigência, pois em completa dissonância com os princípios que inspiraram o legislador constituinte ao prever que as entidades filantrópicas, por atuarem em área que deveria estar ocupada pelo Estado, no desempenho de atividades extremamente relevantes para a sociedade de modo geral, deveriam ser agraciadas com a isenção de pagamento de impostos. A exigência contida no dispositivo em análise é completamente confrontante com os princípios e a intenção do legislador ao regular a questão da assistência social na Constituição Federal, onde o objetivo claro e inequívoco foi de conceder uma contraprestação pelos serviços realizados por essas entidades, qual seja a isenção de impostos.

Nada obstante essas ponderações, consoante a interpretação extraída do inciso II, do artigo 55 da Lei 8.212/91, caso uma pessoa jurídica deixe de requerer a renovação de seu certificado, ainda que preencha todos os outros requisitos (especialmente a não distribuição de lucros entre os sócios e a aplicação integral dos resultados na realização de suas atividades), que são aqueles considerados realmente importantes para a fiscalização das atividades dessas empresas, ainda assim não estará apta a gozar da isenção de que trata o artigo 195, § 7º, da Carta Magna. Percebe-se, portanto, que existe, *in casu*, um conflito entre normas, ou seja, entre princípio (dignidade humana, acesso de todos os cidadãos à saúde e à educação), de natureza constitucional, com uma regra (inciso II, do artigo 55, da Lei 8.212/91, que prevê os requisitos necessários para a concessão do benefício constitucional).

Para resolução de conflitos dessa natureza, tem-se adotado a regra da máxima da proporcionalidade,

criada por Alexy (1993), de modo a verificar se o requisito previsto no inciso II do artigo 55, da Lei 8.212/91, reveste-se da razoabilidade necessária para que possa ser considerado como constitucional.

O primeiro questionamento diz respeito à *adequação* dos meios utilizados pelo legislador quanto aos fins pretendidos. Como dito, o intuito das exigências previstas na legislação infraconstitucional é no sentido de que não haja enriquecimento sem causa das entidades de assistência social (ou melhor dizendo, de seus administradores) em virtude do benefício concedido (isenção de pagamento de impostos), com a subsequente inatingibilidade do fim pretendido no estatuto social.

Entende-se que já nesse caso o dispositivo não resiste a uma análise mais acurada e por via de consequência, torna-se irrazoável. Ora, se o objetivo pelo legislador diz respeito a criação de meios para fiscalizar as entidades de assistência social, para que não se desviem de seus objetivos, tem-se que a maneira mais adequada para que se atinja tal *desideratum* deve ser a não distribuição de lucros entre seus sócios, bem como a aplicação integral dos resultados operacionais obtidos em sua atividade regular, e ainda, a manutenção dos livros contábeis tidos como obrigatórios, o que aliás já vem previsto no mesmo dispositivo, em seus demais incisos.

Através da presença desses três requisitos pode-se verificar, com o acerto necessário, se a entidade de assistência social apresenta os pressupostos para que possa usufruir do benefício constitucional.

Mas também com relação à *necessidade* (ainda de acordo com a regra da máxima da proporcionalidade, proposta por Alexy [1993]), é de se dizer que a exigência legal não teria melhor sorte.

Com efeito, a ingerência do Estado na atividade dos particulares deve dar-se sempre da forma menos

gravosa possível, residindo neste ponto a verificação da necessidade, consoante a máxima da proporcionalidade.

Outra resposta não deve exsurgir quanto a referido questionamento, pois evidentemente não se trata do meio menos gravoso para a fiscalização das entidades de assistência social por parte do Poder Público, no sentido de verificar a presença dos elementos necessários à concessão do benefício.

A partir do momento em que se exige a apresentação de um certificado para que a empresa possa usufruir do benefício da isenção de impostos, devendo este ser renovável, e em não o sendo, haverá a perda de referido direito, *ainda que situação fática (prestação de serviços de filantropia)*, não se pode aceitar referida exigência como compatível com o princípio da proporcionalidade e, por via de consequência, com a Constituição Federal. O Tribunal Constitucional da Alemanha, manifestou-se acerca da proporcionalidade no ato legislativo, no sentido de que:

[...] os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.

Da mesma forma que o inciso II, do artigo 55 da Lei 8.212/91 não resiste aos questionamentos sobre a *adequação e necessidade*, o mesmo ocorre quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, cujo ponto nodal é a *ponderação* acerca da justificativa de referida exigência.

Ora, não existe justificativa plausível para que as entidades de assistência social apresentem o certificado que as caracterize como tais, sob pena de não concessão ou revogação do benefício, posto que as características importantes são a efetiva prestação de serviços na área de assistência social, e ainda, que

se observem as exigências quanto a distribuição de lucros e aplicação de resultados operacionais.

Se a presença dos outros requisitos previstos na lei (não distribuição dos lucros entre os sócios e aplicação integral dos resultados operacionais em suas atividades) é suficiente para a fiscalização do Poder Público perante essas entidades, e certamente é, deve-se entender como desprovida de razoabilidade a exigência contida no inciso II deste diploma legal, o que o eiva de irremediável inconstitucionalidade.

Um exemplo deve bem delinear o problema. Imagine-se uma entidade de assistência social (como as Santas Casas de Misericórdia) que sempre gozou do benefício da isenção, inclusive possuindo certificados anteriores, mas que por descuido de seu setor administrativo deixa de requerer a renovação do certificado, e por conseguinte, tem seu benefício suspenso.

Ainda que uma entidade assistencial, como no caso acima citado, venha a perder o certificado, por falta de renovação (providência meramente administrativa), mas continue a exercer suas funções eminentemente filantrópicas, atendendo aos demais requisitos previstos em lei, conforme a interpretação extraída desse dispositivo (em especial a expressão **cumulativamente**), não poderá deixar de recolher a quota patronal referente à seguridade social.

Pergunta-se então: até que ponto seria razoável, no exemplo dado, a exigência prevista no artigo 55, inciso II, da Lei 8.212/91, como forma de obstaculizar o acesso da entidade ao benefício constitucional? O formalismo exacerbado da lei seria suficiente para transpassar os princípios previstos pelo legislador na Constituição Federal? Ainda, seria justo exigir que referida entidade ficasse desprovida do certificado pelo período de três anos, sofrendo a incidência de impostos?

Apesar de parecer-se com um caso difícil, o juiz Hércules⁽³⁰⁾ não encontraria maiores dificuldades para a solução do caso concreto, onde certamente daria preferência ao princípio, ou melhor dizendo, princípios, que norteiam o instituto, de modo a conferir a declaração de irrazoabilidade para o requisito previsto na lei.

Note-se que no caso trata-se de colisão de regra com princípios, sendo que segundo ensinamento de Dworkin, deverá haver a prevalência destes perante aquela, dada a diferença qualitativa existente entre eles. Como dito, no caso dos princípios existe a dimensão peso ou importância, ao passo que a regra regula-se pela questão da validade. Assim, deve perquirir, para a solução do caso, pelo real intento do legislador (quais os princípios que o inspiraram), para que se possa, ao depois, analisar até que ponto a lei infraconstitucional vai de embate ao Texto Maior, por violação a um de seus princípios (proporcionalidade). Seguindo nesta esteira, deve-se analisar o poder do legislador ordinário em criar as exigências ora tratadas, vale dizer, até que ponto houve a observância aos princípios constitucionais que regulam a questão, de modo a aferir a presença ou ausência da razoabilidade no ato legislativo.

'O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição'.

Portanto, conclui-se que a exigência prevista no inciso II, do artigo 55, da Lei 8.212/91 é totalmente irrazoável, e dessa forma, inconstitucional, dado que nela não se verifica a presença da adequação dos meios aos fins pretendidos, bem como sua necessidade, tendo em vista que os demais requisitos previstos na lei são suficientes para que se atinja o desiderato do legislador

(fiscalização das entidades), e ainda, a proporcionalidade em sentido estrito, pois não existe justificativa plausível para sua declaração de validade, desde que presentes os demais pressupostos legais. A lei deverá ser declarada inconstitucional, desde que verificado que poderia interferir de meio menos gravoso para que pudesse atingir o seu desiderato, o que mostra-se patente, pois não é crível que a exigência de um certificado seja condicionante da concessão do benefício.

Gilmar Mendes, novamente traduz com sapiência a necessidade de verificação acerca da presença da proporcionalidade dos atos legislativos, ao ponderar que:

[...] a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

A assertiva acima se reveste de mais importância quando se analisa a questão do ponto onde a perda do prazo para a renovação exige-se o prazo de três anos de carência (isto é, sem o certificado e com a subsequente incidência de impostos), para que possa novamente gozar da isenção.

Assim, toda vez que a exigência feita na lei (regra) for dissonante com princípios norteadores de toda uma sistemática jurídica, como o caso ora abordado, em havendo a referida colisão, deve-se sempre se pautar pelo peso desses, de modo a afastar a incidência daquela.

Feitas as considerações acima, exsurge clara a conclusão de que o preceituado pelo inciso II, do artigo 55, da Lei 8.212/91, objeto de análise mais detida neste momento, não se reveste de razoabilidade, ao

determinar às entidades filantrópicas que cumpram com exigência totalmente incompatível com os objetivos previstos pelo legislador originário.”#

Isto posto, a par da inconstitucionalidade formal, por ser lei ordinária, está-se diante da inconstitucionalidade material da Lei nº 8.212/91, por ferir princípios constitucionais que o legislador constituinte quis proteger, ao conferir imunidade às entidades assistenciais.

DO PEDIDO

Concluindo, resta evidente a decadência do direito do INSS quanto às competências anteriores a 1998, bem como a necessidade de lei complementar que regule a cobrança da contribuição previdenciária.

Do exposto, **requer** sejam acolhidos os argumentos de fato e de direito suscitados, sendo julgada improcedente a NFLD n.º 35.312.192-4.

Manaus, 06 de maio de 2003.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora do Estado

Texto inserido no Jus Navigandi nº 62, elaborado em 01/2003. SILVA, Gustavo Passarelli da. O princípio da razoabilidade e as exigências da Lei nº 8.212/91 quanto aos benefícios do art. 195, § 7º, da CF/88 às entidades de assistência social. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3747>>

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
AMAZONAS**

Processo nº 2003.000379-7

**A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO
AMAZONAS**, representada pela Procuradoria Geral do Estado,
por sua Procuradora, infra-assinada, nos termos do artigo 132
da Carta Magna combinado com o artigo 12-I do CPC, nos
autos de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto por
NAVEZON LINHAS INTERNAS DA AMAZÔNIA S/A contra o
r. despacho proferido na **EXECUÇÃO FISCAL (processo n.º
0121005459-8)**, ciente do v. acórdão e com ele não se
conformando, vem, respeitosamente, perante V. Ex^a, com
fulcro no artigo 105-III, alínea a e c, da Carta Magna, interpor
RECURSO ESPECIAL, consubstanciado nas inclusas
razões, requerendo, após o cumprimento das formalidades
legais, a remessa dos autos ao Colendo Superior Tribunal de
Justiça, para apreciação.

Nestes termos,
Pede e espera deferimento.

Manaus/AM, 21 de novembro de 2003.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora do Estado – OAB/AM nº 2.334

**EXMOS. SRS. MINISTROS DO COLENDO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS
RECORRIDA: NAVEZON LINHAS INTERNAS DAAMAZÔNIA/S/A

Cultos Julgadores,

DA SÍNTESE FÁTICA

A Recorrente propôs Execução Fiscal contra a Recorrida visando o recebimento de crédito tributário regularmente constituído e inscrito em dívida ativa sob n.º 737/99, tendo sido penhoradas balsas para garantia do juízo.

As partes celebraram acordo para pagamento parcelado, que restou descumprido pela Executada, ora Recorrida. Abatidos os valores pagos, as partes celebraram novo acordo, que também restou descumprido pela Recorrida.

Diante disso, outra alternativa não restou à Exeçüente, ora Recorrente, senão o prosseguimento do feito, buscando o recebimento de seu crédito. Uma vez demonstrada a intenção da Recorrida de procrastinar o pagamento, a única maneira de receber o crédito tributário é pela venda judicial dos bens penhorados.

Em sendo assim, foi requerida a remoção e a reavaliação dos bens penhorados, assim como a designação de datas para realização da venda judicial, o que foi deferido pelo magistrado de primeiro grau, ensejando a interposição de agravo pela Recorrida, sustentando, em síntese:

a) a falta de informação do saldo remanescente e que, por isso, a certidão de dívida ativa perdeu sua liquidez, certeza e exigibilidade;

b) impossibilidade de reavaliação, por imprevisão legal;

c) a impossibilidade de remoção dos bens penhorados, por ausência de motivação.

Em contra-minuta, argumentou a Recorrente a perda do objeto, uma vez que os bens não foram localizados no endereço indicado pela Recorrida, a validade da CDA, porque decorrente de regular processo administrativo, cuja presunção de liquidez e certeza só pode ser elidida por inequívoca prova em contrário a cargo do executado, não se descaracterizando nem pelo parcelamento, e a possibilidade de reavaliação dos bens, quando decorrido muito tempo entre a avaliação e a venda judicial.

Todavia, o v. acórdão recorrido deu provimento parcial ao recurso, assim ementado (fls. 185):

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL.

- Rejeição da preliminar relativa à perda do objeto recursal.
- Inocorrência de moratória, novação ou transação, não se enquadrando a hipótese nas situações previstas no art. 794 do CPC, o que não conduz à extinção do processo.
- Em observância ao princípio do devido processo legal, aplica-se o art. 203 do CTN e o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/80, uma vez que a Certidão de Dívida Ativa pode ser substituída ou emendada até a decisão de 1º grau, abrindo-se prazo para a oposição de novos embargos do devedor.
- Nova avaliação prejudicada. Aplicação do art. 620 do CPC.
- Remoção possível, ante o art. 11, § 3º da Lei de Execução Fiscal, porém deve a Fazenda Pública justificar o pedido e o julgador fundamentar sua decisão (art. 93, IX da CF/88), o que não foi observado.
- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE."

Inconformada, a Recorrente opôs embargos declaratórios, juntando certidão emitida pelo Juízo de origem

de que não houve oposição de embargos à execução fiscal no prazo legal, insurgindo-se contra a determinação de emissão de nova certidão de dívida ativa e reabertura do prazo para oposição de embargos, os quais foram rejeitados.

Permissa venia, merece ser reformado o v. acórdão recorrido, como se passa a demonstrar.

DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

É cediço que cabe ao Superior Tribunal de Justiça promover, além da uniformização da interpretação do Direito, em nível federal, a sua correta aplicação por parte dos demais tribunais do país.

À luz do magistério de NELSON LUIZ PINTO¹, os termos contrariar ou negar vigência, eficazes a sustentar a interposição de recurso especial, possuem estreita relação entre si, senão vejamos:

“Entretanto, a distinção entre os sentidos de contrariar e negar vigência inspirou o Supremo Tribunal Federal a editar a conhecida Súmula 400 de sua jurisprudência dominante, que diz o seguinte: ‘Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 101, III, da Constituição Federal.’”

(...)

“A Constituição de 1988, entretanto, ao tratar das hipóteses de cabimento do recurso especial, não se limitou à hipótese de negativa de vigência à lei, mas referiu-se à contrariar tratado ou lei federal, expressão essa que, como dissemos, é muito mais abrangente do que negar vigência.” (grifos da Recorrente)

Infere-se, da lição acima, que o termo contrariar, por ser mais amplo do que negar vigência, não se restringe apenas

¹ PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 116-7.

à aplicação de determinada lei à situação *sub judice*, vale dizer, o constituinte permitiu, nas palavras de NELSON LUIZ PINTO², que “qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses a que a ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-a de modo não-adequado e diferente da interpretação correta, possibilita a interposição de recurso especial; afastando, conseqüentemente, a incidência da Súmula 400.”

O v. acórdão recorrido, ao determinar a substituição da certidão de dívida ativa, sem ter havido oposição de embargos, violou o teor do artigo 792 e seu parágrafo único do CPC, que determina o prosseguimento da execução em caso de descumprimento do parcelamento, e do § 8º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), aplicável somente na hipótese de ter havido oposição de embargos, o que demonstra o cabimento pela alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Carta Magna.

Ainda, o v. acórdão recorrido decidiu contrariamente ao entendimento manso e pacífico deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme decisões paradigmas, que demonstram o cabimento pela alínea *c* do inciso III do artigo 105 da Carta Magna.

DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 792 DO CPC

Reza o dispositivo violado:

“Art. 792. Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação.
Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomar^á o seu curso.”

Às fls. 198, consta certidão obtida junto ao Juízo de origem de que não houve oposição de embargos pela Recorrida, eis que, tão- logo realizada a penhora, as partes

2 PINTO, Nelson Luiz, ob. cit.

celebraram acordo, em que a Recorrida confessou e reconheceu a procedência do débito representado pela certidão de dívida ativa nº 737/99.

Ora, Cultos Julgadores, o acordo de parcelamento é sinônimo de confissão de dívida, que, por sua vez, implica na renúncia de qualquer insurgência contra o débito, eis que quem acorda, confessa, reconhece, concorda com o valor, contra ele não podendo mais levantar qualquer dúvida, ante a preclusão.

Na hipótese em apreço, o acordo foi celebrado após a lavratura da penhora, sendo certo que o prazo para oposição de embargos fluiu *in albis*, ante a opção da Recorrida de efetuar o parcelamento da dívida, ao invés de discuti-la.

Em sendo assim, não tendo havido oposição de embargos, conforme certidão emitida pelo Juízo de origem, e tendo a Recorrida descumprido o parcelamento, deixando de efetuar o pagamento das parcelas a que se obrigara para quitação do crédito tributário representado pela certidão de dívida ativa nº 737/99, outra alternativa não restou à Recorrente senão requerer o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do parágrafo único do artigo 792, do CPC, aplicado subsidiariamente, nos termos do artigo 1º da Lei nº 6.830/80. E, na busca da satisfação do crédito tributário, ante o inadimplemento do contribuinte, em sede de execução fiscal, a única via é a venda judicial dos bens penhorados, após reavaliação.

Não é outro o entendimento da jurisprudência pátria:

“O parcelamento do débito cobrado na execução fiscal implica a suspensão do processo, não sua extinção” (RTJE 131/56)³

“Decorrido o prazo, sem cumprimento da obrigação pelo devedor, o processo prossegue como se nada

³ Theotônio Negrão, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 34ª ed., colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, nota 1a ao art. 792, p. 801.

houvesse acontecido (STJ-3ª Turma, REsp 158.302-MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 16.2.01, deram provimento, v.u., DJU 9.4.01, p. 351; RT 571/103, JTA 54/121, 57/105)⁴

"Cumprida a obrigação extingue-se o processo; não cumprida, continua (JTA 123/15)"⁵

Todavia, o v. acórdão recorrido determinou a substituição da certidão de dívida ativa para o prosseguimento da execução fiscal, reabrindo-se o prazo para oposição dos embargos, em flagrante ofensa ao disposto no artigo 792 e seu parágrafo único do CPC, que determina a retomada do curso do processo, com a venda judicial dos bens penhorados, já que, espontaneamente, o devedor não efetuou o pagamento do débito.

Restou demonstrada, portanto, a violação do artigo 792 e seu parágrafo único do CPC, à medida que o v. acórdão ignorou o seu teor, deixando de aplicá-lo na hipótese em apreço, ao condicionar o prosseguimento da execução à substituição da certidão de dívida ativa, incabível nesta fase processual.

Isto posto, espera seja reconhecida a violação do artigo 792 e seu parágrafo único do CPC, para o fim de, reformando o v. acórdão recorrido, determinar o prosseguimento da execução fiscal, com a venda judicial dos bens penhorados, após reavaliação, o que se requer.

DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 2º, § 8º, DA LEF

Reza o dispositivo violado:

"§ 8º. Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos."

4 *Ibidem*, nota 2 ao art. 792, p. 801.

5 *Ibidem*, nota 3 ao art. 792, p. 801.

É cediço que "(...) não há no processo de execução decisão de mérito, a atividade do juiz é prevalentemente prática e material, visando a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo"⁶.

Portanto, a sentença é proferida nos embargos, a via processual de oposição à execução, já que a execução fiscal pressupõe a preeminência da cognição sobre a existência do direito do credor, através do processo administrativo fiscal.

Logo, inaplicável o teor do § 8º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, à hipótese em apreço, uma vez que não houve oposição de embargos, ante a preclusão, e não será proferida qualquer sentença no processo executivo fiscal.

E, estando precluso o prazo para oposição de embargos, só resta o prosseguimento da execução fiscal, com a venda judicial dos bens penhorados, após reavaliação.

Frise-se que, em sua minuta, confessa a Recorrida, no item 5 (fls. 5), o parcelamento, no item 11 (fls. 6), o reparcelamento, porém, em nenhum momento alega a oposição de embargos, o que nem poderia fazer, porque não opostos e precluso o prazo. A insurgência que o v. acórdão recorrido caracterizou como excesso de execução é apenas quanto ao saldo remanescente, que pode ser apurado por simples cálculo aritmético, não havendo necessidade de substituição da certidão de dívida ativa.

É que a hipótese legal de substituição da certidão de dívida ativa só tem cabimento quando, tendo havido oposição de embargos, o Fisco reconhece, antes de proferida a sentença no processo de embargos, a ocorrência de algum erro⁷, porque no processo de execução fiscal não se profere sentença.

6 "Exceção de pré-executividade na execução fiscal", de autoria de ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA, in MOTA, Roberta Ferreira de Andrade, coord. *Direito processual tributário*. Manaus: Editor Fiscal, 2002, p. 117.

7 Cf. "Embargos à execução fiscal", de autoria de Roberta Ferreira de Andrade Mota, in MOTA, Roberta Ferreira de Andrade, coord. Obra citada, p. 145.

Destarte, ao determinar sua aplicação, o v. acórdão recorrido violou o disposto no § 8º do artigo 2º da Lei nº 6.830/80, porque inaplicável à hipótese, já que não houve oposição de embargos pela Recorrida, não havendo que se falar em substituição da certidão de dívida ativa, muito menos em reabertura de prazo para oposição de embargos.

Isto posto, espera seja reconhecida a violação do § 8º do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal, para o fim de, reformando o v. acórdão recorrido, reconhecer sua inaplicabilidade à hipótese e determinar o prosseguimento da execução fiscal, com a venda judicial dos bens penhorados, após reavaliação, o que se requer.

DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Ao determinar a aplicação do § 8º do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal e não aplicar o teor do disposto no artigo 792 e seu parágrafo único do CPC, o v. acórdão recorrido divergiu de diversos julgados deste C. Superior Tribunal de Justiça, a ensejar a admissão, o conhecimento e o provimento deste recurso especial.

Com efeito, ao apreciar o Recurso Especial nº 175.890/SP, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, a Primeira Turma assim decidiu:

"Processo Civil. Execução. Extinção. Parcelamento. Transação. CDA.

1. Requerida a suspensão da execução, em razão de parcelamento administrativo do débito, mas inexistindo homologação em juízo do acordo, afasta-se o encerramento da lide por transação. Possível, portanto, em caso de descumprimento do ajuste extrajudicial, a retomada da execução pelo valor remanescente, sem comprometimento da certeza, exigibilidade e liquidez da Certidão de Dívida Ativa.

2. Precedentes.

3. Recurso não provido."

De fato, a celebração de acordo para parcelamento do débito representado pela CDA nº 737/99 não lhe retirou a certeza, exigibilidade e liquidez, não havendo, portanto, que se falar em substituição dela, porque o cálculo do saldo remanescente é simples, meramente aritmético, abatendo-se as parcelas pagas.

Colhe-se do voto do Relator Ministro Milton Luiz Pereira:

“Sobre o tema, em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a execução não se extingue pela mera existência de demandas paralelas, que impugnem a validade ou eficácia do título, mas apenas nos casos previstos no artigo 794, do CPC.

No caso concreto, interessaria o inciso II do referido dispositivo que trata da transação ou remissão da dívida. Parece-me, todavia, que inaplicáveis à hipótese em apreço. Às fls. 22, há petição do credor requerendo a suspensão da execução em razão do deferimento de parcelamento administrativo do débito, estabelecido por 60 meses. Não foi requerida, todavia, a homologação de tal acordo em Juízo, o que afasta o encerramento da lide pela transação. Assim, superado o período de suspensão, poderia ser retomada a execução pelo débito remanescente, sem que comprometida a liquidez, certeza e exigibilidade do título.”

Logo, o v. acórdão recorrido, ao determinar a substituição da certidão de dívida ativa em razão do parcelamento, divergiu do entendimento acima exposto, porque o parcelamento não retira a força executiva do título, não havendo que se falar em sua substituição, mas em prosseguimento do feito, ao teor do parágrafo único do artigo 792 do CPC, que o v. acórdão recorrido entendeu inaplicável.

No mesmo sentido, registre que a Terceira Turma deste STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 158.302/MG, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, decidiu que:

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO – ACORDO ENTRE AS PARTES HOMOLOGADO JUDICIALMENTE – EXTINÇÃO DO FEITO. OFENSA AO ARTIGO 792 DO CPC. PRECEDENTES.

I – No processo executivo, a convenção das partes, quanto ao pagamento do débito, não tem o condão de extinguir o feito, mas de suspendê-lo até o adimplemento da obrigação. Findo o prazo sem o cumprimento, o processo retomará seu curso normal (art. 792, CPC).

II – Precedentes desta Corte.

III – Recurso Especial conhecido e provido.”

Consignou o Relator, em seu voto, que “nesta hipótese de suspensão, ocorrendo o adimplemento da dívida, ter-se-á a extinção definitiva da execução. Caso contrário, o processo simplesmente retoma seu curso normal.”

Portanto, o v. acórdão recorrido, além de deixar de aplicar o teor do artigo 792 e seu parágrafo único, do CPC, ainda divergiu do entendimento desta Corte Especial, pois não poderia ter determinado a substituição do título executivo, mas apenas o prosseguimento do feito, com a venda judicial dos bens penhorados, após reavaliação.

É que a substituição da certidão de dívida ativa só tem cabimento nas hipóteses de erro material ou formal quando tiver havido oposição de embargos, em que será proferida sentença de mérito, conforme decisão proferida no Recurso Especial nº 347.423/AC-2ª Turma, relatado pela Ministra Eliana Calmon:

“RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – SUBSTITUIÇÃO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – INEXISTÊNCIA DE SIMPLES ERRO MATERIAL – IMPOSSIBILIDADE:

1. Entendimento desta Corte no sentido de que a substituição da CDA até a decisão de primeira instância só é possível em se tratando de erro material ou formal.
2. Recurso especial improvido.”

A Primeira Turma, de igual forma, comunga do entendimento de que a substituição da certidão de dívida ativa só é possível quando tiver havido oposição de embargos, conforme decisão proferida no Recurso Especial nº 298.354/SP, relatado pelo Ministro Francisco Falcão:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO FGTS. SUBSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. ART. 26 DO CPC. RECONHECIMENTO PARCIAL OU TOTAL DO PEDIDO. SÚMULA Nº 07/STJ.

- A substituição da certidão de dívida ativa por outra com a exclusão dos valores indevidos demonstra o reconhecimento do pedido da ação de embargos à execução.

- A análise do reconhecimento do pedido, se parcial ou total, para fins de condenação em honorários advocatícios, necessita do reexame do conjunto probatório constante dos autos, encontrando óbice na Súmula nº 07 desta Corte.

- Recurso especial não conhecido."

Não se pode deixar de transcrever o seguinte trecho do voto do Relator Ministro Francisco Falcão:

"Ab initio, quanto à alegação de que não se poderia falar em reconhecimento do pedido por parte da embargada, eis que visou somente a reparar erro material, tenho que não procede, eis que a substituição da certidão de dívida ativa somente se deu em face da interposição dos embargos à execução objetivando desconstituir a dívida executada. Portanto, tendo sido necessário à embargante o ajuizamento da presente ação, e concordando a embargada com as afirmações daquela, tanto que substituiu a mencionada certidão

por outra com a exclusão dos valores indevidos, claro está que reconheceu o pedido na ação de embargos à execução.”

Com efeito, a regra insculpida no § 8º do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal, que faculta a substituição da certidão de dívida ativa, só tem aplicabilidade quando o executado se opõe à execução através dos embargos e o Fisco, reconhecendo erro, substitui o título executivo antes da sentença, possibilitando a reabertura do prazo para oposição de novos embargos, o que não é o caso dos autos.

De fato, na hipótese em apreço, após a lavratura da penhora, a Recorrida confessou o débito, reconhecendo sua procedência, através do parcelamento, tendo transcorrido o prazo para oposição dos embargos, gerando a preclusão.

E o fato de ter havido parcelamento da dívida não retira da certidão de dívida ativa sua liquidez, certeza e exigibilidade, já que a verificação do saldo se faz por simples cálculo aritmético, conforme decisão proferida pela Primeira Turma deste C. STJ, no Recurso Especial nº 118.653/SP, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira:

“Execução Fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Exclusão de Parcela Referente ao Valor do Imposto Indevido. Desnecessidade de Substituição da Certidão Para Execução da Dívida Remanescente (Taxas). CTN Art. 204. Lei 6.030/80 (art. 3º).

1. A exclusão do valor do imposto, por si, não afeta a liquidez e certeza da dívida remanescente expressada em campo autônomo apropriado às taxas. Desnecessidade de substituição da certidão, uma vez que a dívida remanescente resulta de simples cálculo aritmético, sem prejuízo da verificação pelas partes interessadas.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.”

Portanto, sendo o saldo impago do parcelamento apurável mediante simples cálculo aritmético, não há que se falar em substituição da certidão de dívida ativa, mormente porque não houve oposição de embargos, estando precluso o prazo.

Isto posto, demonstrado o dissenso pretoriano, tendo o v. acórdão recorrido divergido do entendimento manso e pacífico deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, espera seja admitido, conhecido e provido este recurso especial, para o fim de, reconhecendo a inaplicabilidade do § 8º do artigo 2º da LEF à hipótese, determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do parágrafo único do artigo 792 do CPC, com a venda judicial dos bens penhorados, após reavaliação.

DO PEDIDO

Ante o exposto, espera, pois, seja admitido o presente RECURSO ESPECIAL e, reconhecida a violação aos artigos 792 e parágrafo único do CPC e 2º, § 8º, da Lei de Execução Fiscal, e o dissenso pretoriano, seja conhecido e provido para o fim de reformar o v. acórdão recorrido e determinar o prosseguimento da execução fiscal, com a venda judicial dos bens penhorados, após reavaliação, de conformidade com o entendimento deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, com o que se estará praticando a almejada

JUSTIÇA!

Manaus/AM, 21 de novembro de 2003.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora do Estado – OAB/AM Nº 2.334

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA _____ VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Procurador do Estado que a esta subscreve, na conformidade do art. 132 da Constituição da República e do art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil, com endereço para comunicação processual na Rua Emílio Moreira, nº 1.308, Praça 14 de Janeiro, onde poderá receber as intimações de estilo, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fulcro nas disposições do art. 13 da Constituição do Estado do Amazonas e arts. 1.228 e 1.231 do Código Civil Brasileiro, combinado com o art. 282, do Código de Processo Civil, propor a presente **AÇÃO REIVINDICATÓRIA COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA** contra **N. L. COUTINHO & FILHOS LTDA**, firma comercial inscrita no C.N.P.J sob o nº 84.483.460/0001-08, Inscrição Estadual nº 04.127.114-9, devendo ser citada na pessoa do Senhor **NILO SÉRGIO DE LIMA COUTINHO**, brasileiro, solteiro, comerciante, portador da Carteira de Identidade nº 0331146-5 SGPJ/AM e do CPF 111.956.302-04, residente e domiciliado nesta cidade na **Via Arterial Sul, quadra 11, casa nº 32, Conjunto Aruanã – Compensa I**, fazendo-o pelos motivos de fato e de direito abaixo aduzidos:

I – DOS FATOS

Em dezembro de 2000, a Secretaria de Estado da Educação e Qualidade de Ensino, manifestou necessidade de desapropriar um terreno com área estimada em 3.050,80 M², localizada na Avenida Pedro Teixeira, s/nº - Planalto, em frente à vila olímpica de Manaus, com o intuito de construir uma Quadra Poliesportiva para atender aos alunos da Escola Estadual “Francisca Botinelli” que de igual modo seria construída em terreno vizinho.

Com o desenrolar do processo administrativo (processo nº 275/2001-PGE), a Superintendência de Habitação e Assuntos Fundiários – SUHAB, órgão detentor da memória fundiária do Estado, averiguou que a área em comento já pertencia ao Estado do Amazonas, por se tratar do imóvel denominado “Eduardo Ribeiro”, matriculado sob o nº 7450 de 17/04/84, no Cartório de Registro de Imóveis do 2º Ofício com área de 243.350,80 M², estendendo-se desde a esquina da Av. Pedro Teixeira com a Av. Constantino Nery, onde existem o HEMOAM, HOSPITAL PSIQUIATRICO, DELEGACIA GERAL, IML, entre outros órgãos do Estado.

Nesse diapasão, a medida inicialmente prevista, qual seja, a desapropriação, perdeu seu objeto em virtude da área já pertencer ao Estado do Amazonas. Desta forma, foi celebrado termo de cessão de uso nº 003/2001, entre a Secretaria de Estado da Administração e a Secretaria de Educação e Qualidade de Ensino, tendo por objeto a cessão de direito de uso de parte do imóvel “Eduardo Ribeiro” imóvel como medida administrativa tendente à fiscalização e controle do patrimônio do Estado.

Contudo, quando ainda se prosseguia no procedimento prévio ao expropriatório, verificou-se a existência, no imóvel objetivado pela SEDUC, de uma construção de que se diz proprietária à Ré (N. L. COUTINHO & FILHOS LTDA), que embora devidamente notificada para desocupar o imóvel, não o fez, prejudicando sobremaneira a implantação da quadra de esportes e por via de consequência, do Colégio.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

A área, indevidamente ocupada pela Ré, é propriedade do Estado do Amazonas, devidamente matriculado no Cartório de Registro de Imóveis correspondente, sendo que a ocupação indevida e de má-fé por parte da Ré, está impossibilitando que o Estado do Amazonas possa do imóvel dispor, de acordo com sua necessidade e conveniência, em prol da coletividade.

É cediço que a ocupação do imóvel por terceiros, não impede que a área *sub examine* seja destinada ao fim que lhe foi preconizado, em razão dos arts. 1.228 e 1.231 do Código Civil Brasileiro que estabelecem que a propriedade é exclusiva e ilimitada, até que se prove o contrário, podendo o proprietário reaver o seu bem de quem injustamente o detenha.

A *Rei vindicatio* é o "poder que tem o proprietário de mover a ação para obter o bem de quem injusta ou ilegítimamente o detenha, em razão do seu direito de seqüela" (Diniz, Maria Helena, *Código civil anotado*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 445).

A objetividade desta norma, que espanca qualquer dúvida a respeito do direito que possui o proprietário, ESTADO DO AMAZONAS, de retomar a posse e integralizar o domínio sobre o bem indevidamente ocupado pela Ré, é que agasalha a pretensão ora esposada, mormente porque se trata de bem com destinação específica, nos termos do convênio mencionado.

As vozes doutrinárias, estrangeiras e brasileiras, se harmonizam ao destacar o direito de o proprietário de reivindicar em juízo o reconhecimento do seu domínio, como corolário natural do direito de propriedade.

BORGES CARNEIRO, jurista lusitano, citado por CRISTINO ALMEIDA DO VALE, em sua obra *Teoria e Prática da Ação Reivindicatória*,¹ assim preleciona:

"Tem, pois, o dono o direito de demandar em juízo a sua cousa de qualquer possuidor pela ação de reivindicação, que é a ação real, fundada no *'ius in re'*".

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em sua notável obra *Curso de Direito Civil*,² nos ensina:

1 *Teoria e prática da ação reivindicatória*, Aide Editora, 1985, p. 11.

2 *Curso de direito civil*, v. 3. 23. ed. Direitos das coisas. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 93-4

“Proteção específica da propriedade: Essa proteção é assegurada através da ação de reivindicação, de natureza real, exercitável *adversus omnes*, tendo por finalidade a retomada da coisa do poder de quem quer que injustamente a detenha.

A fórmula jurídica que sintetiza a idéia do que seja e significa a ação reivindicatória estabelecendo direta relação entre o proprietário e a coisa, é o conceito *res ubicumque sit, quo dominio suo clama* ou, em vernáculo, onde quer que se encontre a coisa, ela clama pelo seu dono”.

Como se deduz, pelos ensinamentos dos mestres citados, não paira qualquer dúvida, *data venia*, sobre o direito líquido e indiscutível que busca o ESTADO DO AMAZONAS na Ação ora proposta.

Além disso, reza o *caput* do artigo 1.255 do Código Civil pátrio que aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem o direito à indenização, salvo se esta, como é o caso destes autos, procedeu de má-fé (ou seja, sem justo título), caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar prejuízos.

Art. 1.255 - Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

O Código Civil Brasileiro, por seus artigos 1.200 e 1.201, nos trazem o norte em relação á boa-fé, afirmando:

Art. 1.200 - É justa a posse que não for violenta, **clandestina** ou precária. (destaque nosso)

Art. 1.201 - é de boa-fé a posse, se o possuidor **ignora** o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. (destaque nosso)

Parágrafo único - O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção. (destaque nosso).

Cumpre salientar, para o perfeito enquadramento nos artigos transcritos, que o Estado do Amazonas, por meio das missivas em anexo, notificou a Ré para apresentar o título de propriedade e comprovação de que, às suas custas, foram erguidas construções sobre a área, de modo a mensurar a existência do justo título, assim como cientificar a Ré do óbice existente, qual seja, a propriedade do bem pelo Estado.

A despeito do pedido formulado, a Ré não fez qualquer prova de que possua justo título, impossibilitando assim que o Estado viesse a avaliar a eventual presença de boa-fé, nos termos da legislação vigente.

A partir do momento em que o Estado, por meio da Procuradoria Geral do Estado, deu conhecimento à Ré de que o imóvel pertence ao Estado, assim como lhe oportunizou a apresentação de documentos, ante o silêncio da Ré, incorreu nas disposições do art. 1.202 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.202 - A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente. (destaque nosso)

Resta claro, portanto, que o domínio do imóvel continua sendo do proprietário, Estado do Amazonas, passando, com a constatação da inexistência de justo título, a usufruir das benfeitorias efetuadas no terreno por terceiros, tendo somente este último direito à indenização se agiu de boa-fé, o que não é o caso.

III – DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Impende considerar, que o ESTADO DO AMAZONAS necessita obter a antecipação dos efeitos práticos da tutela

ora pretendida, nos termos do art. 273, do Código de Processo Civil, em virtude da prova inequívoca de que é proprietário do imóvel que pretende reaver e que a demora vem causando prejuízos irreparáveis não apenas aos alunos daquela localidade, eis que a escola deveria Ter sido construída no ano de 2001, mas também ao erário pois a verba específica destinada à construção deixou de ser usada, não se aplicando o percentual mínimo destinado à educação, fato que poderá impor ao administrador ônus em face da lei de responsabilidade fiscal.

Nesse aspecto, cumpre esclarecer que a escola, contendo a quadra poliesportiva, na área ocupada pela Ré, somente poderia ser construída em conjunto em face da licitação total da obra.

Diz o art. 273 do CPC, *in verbis*:

Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

Dessa arte, comprovado, inequivocamente, o domínio do bem que pretende reaver e presentes os requisitos do art. 273, impõe-se a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, para o fim de determinar que o Réu imediatamente desocupe o bem público, que ocupa de forma ilegal e abusiva, de modo a permitir a construção pretendida pelo Estado do Amazonas, sob pena de multa diária a ser fixada por Vossa Excelência

IV - DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer-se:

a) a citação da Ré N. L. COUTINHO & FILHOS LTDA, na pessoa do seu representante legal, Sr. NILO SÉRGIO DE LIMA COUTINHO no endereço indicado para, querendo, contestar a presente Ação, sob pena de revelia e confissão;

b) A concessão antecipada dos efeitos da tutela, na forma do pedido, para que a Ré desocupe o bem, sob pena de multa diária, com a respectiva imissão do Estado na posse.

c) A produção dos meios de prova em direito admitidos, inclusive o depoimento pessoal do representante legal da Ré, com fulcro nos arts. 343 e seguintes do Código de Processo Civil, juntada de novos documentos, perícias, vistorias, etc.

d) Seja ao final, julgada totalmente procedente os pedidos contidos na presente ação reivindicatória, condenando-se o Réu a desocupar definitivamente o imóvel, restituindo-o ao Estado do Amazonas para que possa dele dispor, como lhe aprouver.

e) Seja a Ré condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a base de 20% sobre o valor da causa.

Dá-se à presente causa o valor de R\$ 89.195,02 (Oitenta e Nove Mil, Cento e Noventa e Cinco Reais e Dois Centavos).

Neste termos,
Pede deferimento.

Manaus, 13 de maio de 2003.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA RÉGIS
Procurador do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA 1ª VARA DA COMARCA DE TABATINGA/AM.**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado pelo Procurador do Estado que a esta subscreve, nos termos do art. 12, inciso I do Código de Processo Civil Brasileiro e do art. 132 da Constituição Federal, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para apresentar **CONTESTAÇÃO**, nos termos do art. 300 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro, nos autos de ação por desapropriação indireta, processo nº **031/2002** movida por **MÁRIO JOSÉ SOARES DA SILVA** em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE TABATINGA** e do Contestante, fazendo-o pelos motivos que passa a aduzir:

1 - DA AÇÃO

Pretende o Autor, nos autos da mencionada ação, a condenação do Estado do Amazonas e da Prefeitura Municipal de Tabatinga, ao "*pagamento do valor do terreno, das acessões, das benfeitorias, dos frutos, perdas e danos, juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano, juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano, correção monetária, custas processuais, diligências, honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) sobre o que for apurado e demais cominações legais, isentando o credor de qualquer imposto sobre o valor cobrado em face do princípio da isonomia*".

Para tanto, sustenta ser proprietário de um imóvel de 6.084,00 M² (Seis Mil, Oitenta e Quatro Metros Quadrados) situado na Av. da Amizade, sem número, contendo uma casa e respectivas benfeitorias, por força do título provisório nº 938, datado de 24/11/1980.

Afirma que em 1992, teve o requerimento de expedição de título definitivo indeferido por se tratar de área de preservação ecológica, nos termos do art. 10 da Lei Orgânica daquele Município.

Que no de 2001, a Câmara Municipal de Tabatinga, por meio da Lei nº 358 de 31/05/2001, "doou" a área ao Estado do Amazonas para construção de uma escola de informática e de inglês. Que referido ato de doação desviou a finalidade a que se destinava o imóvel, daí porque entende possuir direito à indenização inicialmente descrita.

2 - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA DO ESTADO DO AMAZONAS

Cumpra esclarecer a esse respeitável juízo, que o Estado do Amazonas não está ocupando a área mencionada na vestibular. É que, a despeito da lei municipal nº 358/2001 mencionar, em seu art. 1º que "Fica o Chefe do Poder Executivo Municipal, autorizado a conceder a SECRETARIA DE COORDENAÇÃO DO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS, uma área de terra localizada no perímetro urbano do município de Tabatinga, tendo as seguintes dimensões e limites..." (destacamos), não está o Estado do Amazonas na posse do bem.

É que, segundo se apurou, o imóvel está sendo ocupado pela UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS- UEA, o que poderá ser constatado por simples vistoria desse D. Juízo, cuja natureza jurídica é de fundação pública, consoante art. 1º do Decreto 21.666 de 1º de fevereiro de 2001.

Nesse aspecto, cumpre destacar o disposto no art. 2º do decreto de criação, *in verbis*:

Decreto 21.666/2001.

Art. 2º - A Universidade do Estado do Amazonas, cuja criação foi autorizada pela Lei nº 2.637 de 12 de janeiro de 2001, tem sede e foro na Cidade de Manaus, jurisdição em todo o território do Estado do Amazonas,

duração ilimitada, personalidade jurídica de direito público e goza de autonomia administrativa, financeira, pedagógica, disciplinar e de gestão. (destaque nosso).

Desse modo, o Estado do Amazonas é parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação, eis que o cumprimento de uma eventual sentença condenatória, por argumento, não poderá alcançar o Estado, eis que não é o ocupante da área indicada na vestibular, notadamente porque o ente que a ocupa, UEA, possui personalidade jurídica distinta da do Estado, podendo responder em juízo, por intermédio seu quadro jurídico, as ações decorrentes de seus atos.

Aliás, acerca da Lei 358/2001 é indispensável se fazer algumas considerações em face do contido no art. 1º, já transcrito.

Da só leitura do texto do art. 1º da Lei 358/2001 se conclui que:

- a) A área não foi doada e sim concedida. Nesse aspecto, por ser omissa a lei, pode-se tratar de concessão de uso ou de direito real de uso, de qualquer modo, **não há transferência de domínio.**
- b) A área não foi concedida ao Estado do Amazonas e sim à Secretaria de Estado do Interior, ente desprovido de personalidade jurídica. **Portanto, incapaz de ser parte na relação jurídica apontada.**
- c) A Lei 358/2001 apenas autoriza a concessão da área, remetendo ao Chefe do Executivo Municipal, por meio de decreto, a efetivação da concessão, sem o que esta encontra-se incompleta.
- d) Nem Estado do Amazonas e nem a Secretaria de Estado do Interior, manifestaram-se quanto ao aceite da cessão. Com efeito, segundo os termos da Lei 1639/83, art. 17, incisos IV e V – Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, é indispensável a oitiva da PGE, por meio da Procuradoria do Patrimônio

Imobiliário e Fundiário, nos procedimentos de aquisição de bens imóveis pelo Estado, o que não ocorreu.

Oportuna a transcrição do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro

Art. 3º - Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Em face do exposto, espera o Estado do Amazonas que esse respeitável Juízo exclua-o do polo passivo da relação processual, extinguindo o processo, em relação ao Contestante, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI do CPC, com as respectivas cominações de sucumbência.

3 - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

Com a devida vênia, do exame da exordial, percebe-se que o Autor ajuizou sua demanda após o transcurso do prazo prescricional de 05 (cinco) anos previstos para as ações intentadas contra a Fazenda Pública, em flagrante desrespeito ao que dispõe o Decreto-Lei nº 20.910/32.

Embora o Autor pretenda deslocar a data em que supostamente ocorreu a violação ao seu direito, informando tratar-se da data em que houve a edição da Lei Municipal 358/2001, a conclusão pela prescrição é inevitável.

Com efeito, ao autor, em 1992, foi negado o pedido de expedição do título definitivo, conforme se infere as fls. 40 v.

E mais, o ano de 1990, com o reconhecimento de que a área em que situa-se o mencionado título provisório 938/CFSOL, por meio do disposto no art. 10 dos Atos das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Tabatinga, tornou-se uma unidade conservação ambiental, especificamente área de preservação ecológica, pode ser fixado também como marco inicial do prazo para questionamento judicial do ato.

Qualquer dessas duas datas (1990 ou 1992) podem ser fixados como marcos iniciais para que o Autor viesse a pleitear uma indenização, pois foi nesse momento que lhe fora retirada a possibilidade de receber um título definitivo.

Assim, restou ultrapassado o prazo previsto para o ajuizamento da ação contra o ESTADO DO AMAZONAS, já que a petição inicial foi protocolizada somente no ano de 2002, portanto, mais de 5 (cinco) anos após o limite determinado no Dec. 20.910/32, que dispõe, *in verbis*:

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

Inegável, portanto, nobre julgador, a ocorrência da prescrição, devendo este fato ser considerado por Vossa Excelência, em atenção ao que dispõe o art. 269, inciso, IV, parte final, do Código de Processo Civil, para fins de extinção do processo, com julgamento de mérito, o que desde já se requer, com as respectivas cominações quanto à sucumbência.

4 - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial como instrumento hábil para invocação da tutela jurisdicional, deve obedecer a certos requisitos e formas - todos de índole legal -, necessários para a validade e regular composição do litígio.

Em consequência, impende observar que a exordial da ação proposta, além de formulada com a observância dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, deve obediência a outros pressupostos que são específicos à natureza da lide.

Assim determina o art. 282 do CPC, *in verbis*:

Art. 282 – A petição inicial indicará:

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV – o pedido, com as suas especificações;

O Autor não indicou os fundamentos jurídicos em que funda a sua ação, notadamente quanto aos efeitos do mencionado TÍTULO PROVISÓRIO de que supostamente é detentor, não fundamentando a validade do mencionado título.

Esse é o sentido do invocado artigo 287 do Código de Processo Civil Brasileiro, de modo que não há como se deixar de reconhecer que a fundamentação é inadequada e sem qualquer rigor técnico.

No caso posto em tela, a condição para a existência de pretensão direito a discutir, parte necessariamente da validade e efeitos jurídicos do título provisório expedido a mais de 20 (vinte) anos.

Assim, nos termos do art. 295, VI c/c arts. 284 e seguintes, todos do CPC, requer que se declare a inépcia da inicial, extinguindo-se o feito sem julgamento meritório na forma do art. 267, I, CPC.

5 – QUESTÕES DE MÉRITO

Na vestibular, o Autor assevera, como fundamentos de fato a ensejar o seu direito, duas situações opostas:

1º - Que *“os requeridos desapossaram do requerente uma área de terra localizada no perímetro urbano do Município de Tabatinga, abrangendo o imóvel do autor para preservação ecológica, conforme a Lei Orgânica do Município, sem prévio pagamento da propriedade, de seus frutos, das benfeitorias e das acessões, comprovadamente lesando o patrimônio do autor”*.

2º - Que o Município de Tabatinga *“ao instituir a propriedade do requerente como área de preservação permanente deveria Ter indenizado previamente o autor em dinheiro pelo valor real do imóvel, das benfeitorias, das acessões e de seus frutos”*.

Como se percebe, os argumentos são paradoxais, na medida em que institui dois momentos distintos e díspares como violadores do "seu patrimônio" e de igual modo, aduz que a modificação da natureza jurídica da área imporia o ônus de indenizar.

Assim, a questão passa necessariamente pela origem do "título" provisório de posse, da escritura de compra de posse, natureza jurídica da área de preservação, formas de instituição da unidade de conservação e a respectiva modificação.

5.1 – Quanto a natureza jurídica da área de preservação ecológica. Art. 10 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Tabatinga.

Conforme o disposto no art. 10 dos Atos das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Tabatinga, foi instituída a área de preservação ecológica ali mencionada, onde supostamente encontra-se inserido o imóvel de que trata o título provisório 938 de 24/11/1980, expedido pelo 1º Batalhão Especial de Fronteira, vinculado ao Ministério do Exército, 12ª Região Militar.

As *Unidades Ambientais* são espécies do gênero *espaço territorial especialmente protegido*, legalmente instituídas dentro dos limites da competência do Poder Público municipal, com fundamento no art. 225, § 1.º, inciso III, da Constituição da República, onde se lê:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:¹

(...)

1 Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

III – definir, em todas as unidades da Federação,² 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”.

Do Texto Constitucional podemos extrair, essencialmente, as seguintes conclusões:

a) A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, mediante lei, ato administrativo ou sentença judicial, poderão criar *espaços territoriais especialmente protegidos*.

b) Os *espaços territoriais especialmente protegidos* só podem ser alterados e suprimidos através de lei específica.

Assim, no uso do permissivo legal acima transcrito, o Município de Tabatinga, que recebeu sua área por meio de doação da União via INCRA (título nº 02/89), criou a mencionada unidade ambiental.

Já a modificação da natureza jurídica da mencionada área, conforme previsão do mesmo dispositivo constitucional (alteração e a supressão permitidas somente através de lei) foi efetuada através da Lei Municipal 358/2001 que ao dispor do imóvel modificou-lhe a natureza jurídica.

Assim, claro está a correção do ato de criação e do ato de modificação, não havendo que se falar, pela simples mudança da natureza jurídica (destinação, nas palavras do autor) de área de propriedade do Município (não olvidar que o autor não detém propriedade, mas mera posse), enseje direito a indenização, muito menos a ser suportada pelo Estado do Amazonas que não participou de qualquer dos atos indicados.

2 O art. 1.º da Constituição Federal, está assim redigido: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Município e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito.....” (grifamos).

5.2 – Quanto a natureza jurídica do título provisório de posse expedido pelo CFSOL do 1º Batalhão Especial de Fronteira.

Inicialmente, cumpre salientar, que as argumentações sobre a natureza jurídica do título provisório 938/80 não implicam no reconhecimento de sua autenticidade, conforme colocações constantes do tópico específico.

Trata-se, na verdade, de amor ao argumento, daí porque passa-se a análise das disposições legais do Decreto 45.479/59 e do Decreto 60.606/67, instrumentos legais mencionados no título.

Decreto 45.479/59

CAPÍTULO V - Das normas para a exploração agropecuária e outras atividades rurais, e dos lotes.

Art 16 – omissis

§ 2º - Como orientação geral, nas Colônias Militares de Fronteira situadas na planície sedimentar, agricultura de subsistência de ciclo rápido deverá se processar á margem dos rios, nas terras de várzeas inundadas anualmente por êsses rios (chamados de “água branca”) e fertilizadas pelo *humus* carreado pelas suas águas. Essas várzeas deverão ser desmatadas e preparadas para a exploração agrícola sob forma permanente, dado o privilégio de que gozem de um constante suprimento de *humus* Nesses casos, a sementeira deverá ser feita logo que as águas baixem, e a colheita antes das enchentes anuais. Em alguns casos, será aconselhável a conservação de uma faixa de mata ciliar para diminuir ou evitar os efeitos da erosão, por ocasião das enchentes periódicas. As atuais Unidades de Fronteira de JAPURÁ, IPIRANGA, TABATINGA, ESTIRÃO DO EQUADOR, e a de PALMEIRA (ainda não instalada), futuras Colônias Militares, estão na planície sedimentar, e deverão ter presente as observações dêste parágrafo, portanto.

Art 17. A agricultura de subsistência será essencialmente da responsabilidade dos colonos, nas condições expressas neste Regulamento; entretanto, cada Colônia Militar de Fronteira organizará obrigatoriamente uma granja, com as características seguintes: 1 ha para cultivo de hortaliça; 2 ha para pomar com árvores frutíferas regionais, como o cupuassú, o bacury, e outras que são de praticamente tôdas as latitudes brasileiras, como o abacate, o cajú, a graviola, o mamão, a banana, os cítricos, a manga; c) 10 ha de pastagens e outras culturas forrageiras (capim de várias espécies, cana forrageira, mandioca, batata doce); d) criação de aves de boa raça com capacidade para um lote permanente 100 poedeiras; e) criação de suínos capaz de suportar um abate semanal de pelo menos 100 quilos; f) criação e manutenção de caprinos e ovinos para a produção de carne e leite (cabra); g) criação e manutenção de um lote de 20 bovinos para a produção de carne, leite e estêrco; h) viveiros para a criação e manutenção de peixes, sempre que as condições locais favoreçam; i) animais de montaria e de carga, em número estritamente necessário. § 1º A mão-de-obra para essas granjas, em princípio, será fornecida pelo pessoal militar, admitindo-se o empregado civil contratado, em casos especiais. § 2º A preparação de áreas de pastagens e a existência de forragem necessária produzida no local poderão preceder à criação de animais de grande porte, principalmente.

Art 18. Na concessão de lotes rurais deverá ser observado o seguinte:

a) nas Colônias Militares de Fronteira, localizadas na planície sedimentar, os lotes destinados à agricultura de subsistência principalmente, deverão ocupar as várzeas inundáveis parcialmente, com as dimensões de 250m de frente de rio por 1.000m de profundidade;

- b) **na explicação do seu lote, o colono se obrigará** ao cultivo de gêneros de subsistência de ciclo rápido, de acôrdo com o Plano anual de produção da Colônia, que deverá visar o abastecimento da população local; poderá explorar no restante da sua área, com o consentimento do Comandante da Colônia, culturas de sua iniciativa ou criar pequenos animais dentro das possibilidades do lote. O planejamento, que terá nítido caráter de continuidade, não pode obrigar o colono a desfazer uma cultura iniciada, como decorrência dessa exigência;
- c) todo trabalho agrícola será assistido e orientado, ficando o colono obrigado a seguir as normas preconizadas na Colônia;
- d) nenhum desmate ou mesmo abate de árvore isolada será feito sem o consentimento do Comandante da Colônia e a obediência estrita às normas estabelecidas, assim também as queimadas;
- e) poderá ser permitido ao colono, quando as condições da Colônia favorecem, de acôrdo com Diretrizes do escalão superior, e a critério do Comandante da Colônia, a manutenção de até duas vacas para produção de leite, e um animal de sela ou de carga quando a natureza do trabalho justificar;
- f) os animais de grande ou de pequeno porte deverão ser mantidos presos, sendo terminantemente proibida a sua criação em liberdade, em benefício da higiene, da tranqüilidade da população e da lavoura;
- g) a cada colono será distribuído um lote rural;
- h) somente condições muito especiais, entre as quais capacidade excepcional de trabalho do colono, aliada a bons serviços e conduta exemplar poderão justificar a concessão de, no máximo, dois lotes à mesma pessoa;

- i) os lotes serão concedidos gratuitamente aos colonos, que são obrigados a neles se fixarem e os explorarem pessoalmente, de acôrdo com o regime estabelecido na Colônia;
- j) após um ano de exploração adequada do lote, receberá o colono um título provisório de posse; após três anos de exploração em condições idênticas, o de propriedade;

Art. 22 O colono, que fôr expulso ou retirar-se voluntariamente da Colônia Militar, assiste o direito de vender suas benfeitorias ao colono que o substituir na posse do lote.

§ 1º Ao colono será facultado o prazo máximo de 3 (três) meses para a venda de sua benfeitorias, findo o que, se não efetivar a venda, as benfeitorias passarão para a massa dos bens comuns da Colônia Militar.

§ 2º A expedição do título de posse provisória ao colono substituto só se fará quando êle se obrigue a comprar as benfeitorias por preço previamente combinado, seja com o colono substituído, seja com a Administração da Colônia, ou arbitrado na forma do artigo seguinte.

Art 24 Além dos lotes referidos no art. 22 dêste Regulamento, passarão também, para a massa dos bens da Colônia Militar, os lotes dos colonos que hajam perdido o direito de posse ou propriedade, ou tenham falecido sem deixar mulher ou filhos, ou cuja transferência por morte não haja alcançado o assentimento do Comandante da Colônia Militar.

Parágrafo único. Êsses lotes serão distribuídos entre novos e antigos colonos, respeitados os têrmos dêste Regulamento.

Art 26. Os lotes na zona urbana destinam-se à formação do povoado; em principio, não deverão ter mais de 0,25ha (56m x 50m) admitindo-se maior

dimensão apenas para os casos absolutamente necessários, se os houver, de instalações militares, ou civis de caráter coletivo.

Art 27. Os lotes rurais destinam-se à lavoura e criação; serão de 25ha (250m x 1.000m). Concedidos, e explorados em absoluta obediência às determinações contidas neste Regulamento.

Decreto 60.606/1967 - Criou a Colônia Militar de Tabatinga

Art 1º Fica estabelecida no Município de Benjamim Constant, Estado do Amazonas, uma **Colônia Militar**, conforme prevê o Art. 83 do Regulamento das Colônias Militares da Amazônia, sob a denominação de **Colônia Militar de Tabatinga**, subordinada ao Grupamento de Elementos de Fronteira, para o fim de recuperação do elemento humano nacional, na forma prescrita pelo Art. 5º da Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955.

Parágrafo único. Ficam assinaladas para a referida Colônia as seguintes confrontações: frente - a partir de um ponto ao Norte da Localidade de Tabatinga, na Geodésica Tabatinga-Apaporis, estendendo-se a 20 (vinte) km para jusante ao longo do Rio Solimões em sua margem esquerda; profundidade mínima de 5 (cinco) km a partir da margem do Rio Solimões em busca de terra firme.

Da leitura das disposições atinentes às colônias militares, tal qual a de Tabatinga no ano de 1980, quando da pretensa expedição do título 938/80, defluiu-se a inexistência de propriedade por parte do Autor.

Com efeito, a área em tela, inserida no perímetro urbano, somente poderia possuir título provisório de 56 x 50 m. Área superior, somente perímetro rural.

Ademais, o título provisório somente era expedido após um ano de efetiva exploração (art. 18, j) e a título gratuito (art. 18, i), ambos do decreto 45.479/1959.

Após três anos da expedição do título provisório, se o colono mantivesse as mesmas condições, lhe seria outorgado o título definitivo, aí sim, com a transferência da propriedade para o colono, o que não ocorreu.

Deste modo, resta claro que o título provisório de posse nº 938/80, constante as fls. 14, ainda que seja verdadeiro, não outorgou ao Autor o direito de propriedade, mas apenas expectativa de direito, mediante o cumprimento de condições de exploração que deveriam ser averiguadas na época própria, ou seja, até o ano de 1984, sem o que o título provisório nada vale.

De igual modo, o Autor não se enquadrava em qualquer das hipóteses constantes na Lei 171/90 do Município de Tabatinga, editada com o objetivo de regularizar as situações de terras no recém criado ente federativo.

5.3 - Do título definitivo expedido pelo Município de Tabatinga ao Autor e do título provisório indeferido.

Como dito na impugnação ao valor da causa e ao pedido de justiça gratuita, o Autor é proprietário de um outro imóvel, matriculado sob o nº 198 do Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Vara da Comarca de Tabatinga.

Dito bem, que possui área de 7.529,30 m², foi adquirido do Município de Tabatinga, via título nº 0001, datado de 19/02/91, expedido nos termos do art. 3º, II, letra "e" e art. 5º da Lei Municipal nº 171/90 (certidão anexa).

Da análise da mencionada matrícula, verifica-se que não houve o pagamento de valor pela área adquirida e não existem condições impostas. Nessa hipótese, para o segundo título requerido (objeto desta ação), o Autor deveria cumprir as determinações contidas no §2º do art. 5º da Lei 171/90, pagando o preço da terra nua.

De qualquer modo, atente-se para as proibições dos artigos 24 e 25 da Lei 171/90, havendo a necessidade de se

requisitar o procedimento que ensejou a expedição do título de propriedade 0001/91 em favor do Autor.

Tal requerimento se justifica em função de que, na escritura de fls. 12/13, lavrada as fls. 20 do Livro 01 do Cartório da 2ª Vara de Benjamin Constant, pelo Escrivão José Aroaldo Pereira do Nascimento, por meio da qual o Autor adquiriu as "benfeitorias" existentes no imóvel, **há menção expressa ao título 938/80 - CFSOL.**

Nenhum problema haveria em se mencionar dito título na escritura, **se a escritura não estivesse sendo lavrada 5 (cinco) meses antes da expedição do título.**

Com efeito, a escritura foi lavrada em 26/06/1980 e o título foi expedido em 24/11/80, não havendo como se justificar esse absurdo, salvo pelo poder da adivinhação.

Deste modo, o título provisório 938/80 do CFSOL e o título expedido em favor do Autor em 1991 pelo próprio Município de Tabatinga, encontram-se sob suspeita, daí porque a necessidade de requerer informações, conforme pedido ao final, para os órgãos competentes, até porque o título provisório 938/80-CFSOL pode Ter sido utilizado para adquirir o imóvel referente ao título 0001/92.

6 - Do pedido

Por todo o exposto, requer-se:

1 – Sejam apreciadas e acatadas as preliminares levantadas, na seqüência argüida e na forma do pedido específico de cada uma.

2 – Em sendo, por argumentação, superadas as preliminares levantadas, no mérito requer-se a improcedência da ação em relação ao Estado do Amazonas, na forma da presente contestação, por não Ter desapossado o Autor.

3 - A condenação do Autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a base de 20% sobre o valor da causa resultante da impugnação.

4 - A produção das provas em direito admitidas, notadamente a requisição à Prefeitura Municipal de Tabatinga do procedimento administrativo que outorgou ao Autor o título 0001/91, assim como a requisição ao Ministério do Exército, CMA 12ª Região, ou quem suas vezes o fizer, requerendo o procedimento administrativo que resultou na expedição do título provisório 938/1980, determinação para que o Autor apresente o original dos documentos anexados à inicial, oitiva de testemunhas, juntada de novos documentos, perícias, vistorias, etc.

5 - a manifestação do Ilustre Representante do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Manaus, 30 de abril de 2003.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
Procurador do Estado

**EXMA. SRA. DRA. JUIZA DE DIREITO DA 1ª VARA
ESPECIALIZADA DA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL**

A FAZENDA PUBLICA DO AMAZONAS, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por sua Procuradora, infra-assinada, nos autos de **EMBARGOS À EXECUCAO FISCAL** opostos por **MANAUS EXERGIA S/A (proc. Nº 01210031197-3/001)**, em atenção ao r. despacho de fls. 338, vem, respeitosamente, perante V. Exª apresentar suas **CONTRA-RAZOES** ao recurso de apelação interposto pela Embargante, consubstanciadas na peça inclusa, requerendo sua juntada aos autos, para apreciação pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Amazonas.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Manaus/AM, 22 de abril de 2003.

ANNA KARINA L. BRASIL SALAMA
Procuradora do Estado

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

CONTRA-RAZÕES DA APELADA FAZENDA PÚBLICA DO AMAZONAS

Cultos Julgadores,

Cuida-se de execução fiscal ajuizada pela Apelada contra a Apelante, para cobrança da certidão de dívida ativa nº 2591/00.

Garantido o juízo, a Apelante opôs embargos, os quais foram julgados parcialmente improcedentes, ensejando a interposição de recurso de apelação.

Não merecem guarida as razões de apelação, eis que desprovidas de fundamento, devendo ser mantida a bem proferida r. sentença de primeiro grau, como se passa a demonstrar.

I - DAS ALEGAÇÕES DA APELANTE

Resumidamente, alegou a apelante que:

a) Que a sentença apelada não vislumbrou inconstitucionalidade no Decreto Estadual nº20.195/99, que determinou o estorno do crédito referente ao combustível utilizado na produção de energia elétrica, adquirido com recursos da "CCC".

b) Insurge-se quanto à aplicação de multa de 1%, condenada nos embargos de declaração.

c) Afirma que no Federalismo Brasileiro as normas gerais Federais prevalecem sobre as normas tributárias estaduais, bem como há competência privativa da União para legislar sobre determinadas matérias como energia elétrica.

d) Que não contraria o princípio federativo o fato do

ICMS ter como base de cálculo o preço de venda da mercadoria, e não o custo dos insumos utilizados na produção da mercadoria, como entendeu a sentença de primeiro grau.

e) Que é errada a afirmação de que o Estado do Amazonas estaria sofrendo "prejuízos" como o mecanismo da "CCC", por reduzir o preço da energia elétrica, e, conseqüentemente, reduzir a arrecadação do ICMS.

f) Preceitua que a "CCC" não dá ensejo a redução da base de cálculo do ICMS.

g) Que o princípio da não-cumulatividade do ICMS não está subordinado à inclusão do custo do insumo do preço da mercadoria nem tem qualquer relação com o custo da mercadoria.

h) Por fim, alega que o Decreto de nº20.195/99 contrariou o Código Tributário do Estado do Amazonas, que é norma de hierarquia superior.

II - DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA APELADA

Resumidamente, concluiu a sentença apelada:

01) "Que o sistema federativo impõe aos entes que a compõem obrigação de respeitar os limites de suas competências, definidas constitucionalmente, resultando daí a impossibilidade de instituição de programas que venham a interferir em questões que dizem respeito diretamente à outra entidade da federação;

02) que o programa instituído por lei federal que assegura o uso de subsídios para compra de combustível destinado ao consumo nas usinas térmicas é instrumento legítimo de interferência em setores da atividade econômica com repercussão na área social. Contudo, não pode vir a resultar em prejuízos para os Estados-membros, sem a devida concordância deles, sob pena de violação do princípio federativo;

03) a compra de combustível com recursos subsidiados não pode resultar em crédito de ICMS. O princípio da não-cumulatividade se aplica sobre operações que efetivamente integram o custo final da mercadoria. Assim, devido o crédito na compra do combustível utilizado na produção do produto final(energia elétrica). Não o é, entretanto, se o combustível é adquirido com subsídios, uma vez que a despesa na sua aquisição não integra o preço final da energia produzida e vendida ao consumidor.

04) não há inconstitucionalidade, portanto, no Decreto Estadual que disciplinou o estorno proporcional do crédito do ICMS. Pelo contrário, é o próprio princípio da não-cumulatividade que impõe esse estorno, pois o princípio não é apenas garantia para evitar que o consumidor final pague um tributo de tributação "em cascata"; mas é garantia, também, ao ente tributante de que os créditos decorrerão, efetivamente do processo de circulação da mercadoria – que, neste caso, envolva a sua elaboração"...

III - DOS FATOS QUE EMBASARAM A AÇÃO FISCAL

A ação de embargos onde foi prolatada a sentença, ora apelada, foi oposta nos autos da Execução Fiscal n.º0121031197-3, que, por sua vez, refere-se à cobrança da Certidão da Dívida Ativa de n.º2591/00, oriunda do processo Administrativo n.º 34989/99-7, o qual originou-se do Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) de n.º 075390.

A CDA de n.º2591/00 trata da falta de recolhimento de diferença a maior de ICMS no valor de R\$ 3.206.644,61 (três milhões, duzentos e seis mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e sessenta e um centavos) sobre operações com energia elétrica, alusivo ao fato gerador de agosto/1999, vencido em 20.09.99, apurada nos termos do Decreto n.º20.195/99, artigo 2º, *caput*.

A apelante exerce atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sendo que grande parte da energia é gerada em usinas térmicas, nas quais o principal insumo é o óleo combustível derivado de petróleo.

Ocorre que, no sistema de geração de energia termelétrica do País existe uma sistemática de rateio de ônus decorrentes do consumo de combustíveis entre todos os concessionários de energia elétrica distribuidores. Tal sistemática é denominada de "Conta de Consumo de Combustíveis" ("CCC" - Conta de Consumo de Combustíveis -), coordenada pela ELETROBRÁS (Lei n.º 9.648/98, Lei n.º 8.631/93 e Decreto n.º 774/93).

No entendimento da apelante os valores recebidos da respectiva conta são considerados receitas e oferecidos à devida tributação (IR, COFINS e PIS). Contudo, entende a apelante que em tratando-se de insumo, cabe o aproveitamento integral dos respectivos créditos do imposto, mediante a sua compensação com os débitos do ICMS decorrentes da venda de energia a consumidores finais.

Quanto à operação de compra e pagamento do óleo combustível, cumpre esclarecer que, na sistemática da "CCC" - Conta de Consumo de Combustíveis -, o concessionário que produz energia elétrica a partir de máquinas térmicas - situação na qual se enquadra a apelante, recebe da "CCC" - Conta de Consumo de Combustíveis - parte dos valores relativos às despesas com a aquisição de combustíveis utilizados como insumo em suas usinas térmicas, ou seja, a apelante não paga o valor total do óleo adquirido, já que a maior parte do óleo é subsidiado pela "CCC".

A operação realizada pela apelante, que deu origem à ação fiscal, contraria a Constituição Federal, uma vez que desrespeita o princípio da não-cumulatividade do ICMS, bem como é contrária ao Decreto Estadual de n.º 20.195/99, artigo 2º, que dispõe: *"quando da apuração do ICMS incidente sobre fornecimento de energia elétrica, o aproveitamento do crédito fiscal, relativo às aquisições de combustíveis que se constitua insumo, será proporcional ao custo efetivamente suportado pela empresa fornecedora. Parágrafo único: por custo*

efetivamente suportado, entende-se o valor despendido na aquisição de combustível pela empresa fornecedora de energia elétrica, não se incluindo qualquer subsídio".

IV - DO DIREITO

IV.1 - DO PARALELO EXISTENTE ENTRE AS NORMAS DE COMPETÊNCIA PRIVATIVAS DA UNIÃO E AS NORMAS DE COMPETÊNCIAS CONCORRENTES DOS ESTADOS FEDERADOS

A apelante, em suas razões de apelação, afirma que no Federalismo Brasileiro as normas Gerais Tributárias Federais prevalecem sobre as normas tributárias Estaduais.

A este respeito afirma apelante que : *"....a afirmação genérica contida na sentença, no sentido de inexistir hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais, é, data máxima vênia, parcialmente equivocada, na medida em que a União Federal tem competência para expedir normas gerais sobre determinadas matérias, a qual não exclui a competência suplementar dos Estados para legislar sobre os mesmos temas. Contudo, a lei federal sobre normas gerais prevalece sobre a lei estadual, mesmo sendo superveniente...."*

Mister, em primeiro lugar, esclarecermos um pouco a respeito das competências legislativas tributárias, definidas na Constituição Federal de 1988.

Numa abordagem jurídico-formal, a competência tributária constitui-se numa faculdade que os entes políticos possuem para a criação de normas jurídicas tributárias.

As competências que nos interessam, em virtude do tema em debate, são: a competência privativa da União de legislar sobre energia elétrica, artigo 22, IV, da CF de 1988 e a competência concorrente dos Estados Federados de legislar a respeito de direito Tributário, artigo 24, inciso I, da CF de 1988, mais especificamente em relação ao tributo do ICMS, artigo 155, I, que é competência concorrente dos Estados.

De fato, como bem afirmou a sentença recorrida, não há hierarquia entre as normas Federais, Estaduais e Municipais.

A federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas.

Como bem preceitua Raul Machado Horta (1964:49), quando afirma:

“A autonomia do Estado-membro pressupõe a repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa.

O Estado Federal não autoriza que se desvinculem esses dois aspectos fundamentais de sua fisionomia.

A técnica de repartição é elemento específico e essencial ao sistema federal.

a) E, sob o ângulo da autonomia, a distribuição constitucional de competência entre governo central e os governos estaduais irá conduzir ao conteúdo da atividade econômica.”¹

Seguindo a sistemática da repartição de competências veiculada, pela Constituição de 1988, e, ainda, tendo em vista a autonomia dos Estados Federados, não merece consideração a afirmação feita pela apelante de que: “...lei federal sobre normas gerais prevalece sobre a lei estadual.”

Como já se frisou, o problema nuclear de repartição de competências na Federação reside na partilha de competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político, cerne de autonomia das unidades federativas.

Em verdade, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma

¹ In – ALEMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: 2ª ed. Atlas, p. 29, 2000.

das esferas de poder. Só há autonomia se houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo.

De fato, é competência privativa da União legislar sobre energia elétrica, artigo 22, inciso IV da CF de 1988. Contudo, ao editar a Lei n.º 9.648/98, Lei n.º 8.631/93 e o Decreto n.º 774/93, que trataram da "CCC" - Conta de Consumo de Combustíveis, a União Federal acabou, reflexamente, atingindo campo de esfera legislativa tributária Estadual, qual seja: o ICMS.

Mesmo sendo o ICMS campo de competência legislativa concorrente limitada, a União não poderia criar legislação que, reflexamente, adentrasse o espaço de normas específica estaduais, como o fez.

Ora, havendo a Constituição Federal separado em artigos distintos as competências legislativas privativas da União e as competências legislativas concorrentes dos Estados, configura impropriedade técnica da própria União a de editar normas gerais sobre matéria de sua competência privativa, no caso energia elétrica, de forma a atingir um tributo de competência Estadual, o ICMS.

E foi, cultos julgadores, exatamente isto que ocorreu no caso dos presentes autos. O programa instituído através de lei federal, "CCC", que assegurou o uso de subsídios para a compra de óleo combustível, destinado ao consumo nas usinas térmicas, acabou ensejando prejuízo ao Estado do Amazonas, ora apelada, interferindo em campo de competência legislativa Estadual, violando o princípio federativo.

É que, a lei Federal citada criou artificios que acabaram refletindo, indiretamente, na arrecadação do ICMS do Estado do Amazonas.

Portanto, equivocada a afirmação da apelante de que: *"...A União Federal pode sim criar um mecanismo, como o da "CCC", que determina a redução do preço da energia elétrica para o consumidor final, ainda que, por via de consequência, venha a interferir, indiretamente, na arrecadação estadual do ICMS sobre energia elétrica...."*

Neste contexto, ainda, totalmente im procedente, também, a afirmação da apelante de que: *"o inconformismo*

do Estado do Amazonas com o preço da energia elétrica proporcionado pela "CCC" e com a arrecadação do ICMS dele decorrente situa-se apenas no plano da contrariedade às pretensões estaduais de elevar a receita com o ICMS decorrente das vendas de energia elétrica.."

O Estado do Amazonas, ora apelado, não se insurge quanto ao preço da energia elétrica proporcionado pela utilização do subsídio.

O que o apelado não pode admitir, em respeito ao princípio da não- cumulatividade do ICMS, com assento constitucional, é que a apelante se beneficie de um subsídio do qual ela não arca com o custo, se creditando integralmente do ICMS incidente sobre o valor da compra de óleo combustível, e, ainda, repassando o referido valor ao preço final da mercadoria, arcado pelo consumidor final quando paga a sua conta de luz.

A apelada destaca, também, em suas razões de apelação decisão do STF, mencionada pelo juízo "a quo", na sentença de primeiro grau, que cassou a liminar concedida ao Estado do Rio de Janeiro, suspendendo a obrigação de pagamento mensal de dívidas com a União Federal, em virtude daquele Estado ter sofrido redução de suas receitas tributárias, em decorrência de programas de racionamento do consumo de energia elétrica, instituído pela União.

O fato do STF ter cassado a liminar concedida não significa que este Colendo Tribunal tenha mudado o seu pensamento em relação à ilegalidade de instituição de subsídios pela União, que venham a interferir na receita de ICMS dos Estados. A liminar foi cassada mas o mérito do processo ainda não foi julgado, vide documento em anexo.

IV.II – A SISTEMÁTICA INTRODUZIDA PELA "CCC" DÁ ENSEJO À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA

A apelante vem afirmando em suas razões de apelação, mais especificamente no item de n.º2.3, que não

está em discussão nesta lide se o mecanismo criado pela "CCC" dá ensejo à redução da base de cálculo do ICMS.

Entende a apelante que os embargos à execução versaram apenas a respeito da proibição, criada, a seu ver, pelo Decreto Estadual n.º20.195/99, de as usinas termelétricas se creditarem do ICMS incidente sobre o combustível adquirido com recursos da "CCC" e utilizado na produção de energia elétrica.

Parece que a apelante não está levando em consideração regras básicas de Direito Processual Civil que preconizam que os limites da lide estão estabelecidos entre as alegações do autor, no caso específico esta se deu através na petição dos embargos, e nos argumentos trazidos pelo réu, que seu deu através do oferecimento da impugnação dos embargos do devedor.

Ora, a apelada, na impugnação dos embargos à execução, demonstrou, cabalmente, que na operação de venda de energia elétrica, pela apelante, é considerada "com redução de base de cálculo", em virtude dos subsídios da "CCC" - Conta de Consumo de Combustíveis - recebidos pela Embargante.

Este fato é facilmente verificável quando utilizamos exemplos numéricos, e a r. sentença apelada, o fez com muita propriedade ao dizer que:

" Como afirmou a própria embargante o subsídio por ela recebido a título de conta de consumo de combustível (CCC), tem como objetivo fundamental obter o equilíbrio entre as tarifas de energia produzida pelas usinas termoelétricas e hidroelétricas.

Colocando isso em números hipotéticos, para simples elucidação do raciocínio, teríamos o seguinte:

que a despesa para produção de energia em determinada usina térmica, incluindo aí o consumo de combustível, importaria em preço final da tarifa equivalente a R\$ 2,00 kwh/h;

· que em razão do subsídio, onde parte desse combustível é adquirido com recursos oriundos de conta de consumo de combustível, o preço final da tarifa de energia elétrica é reduzida para R\$ 1,5kwh/h”.

Isto posto, resta bem evidente que o subsídio utilizado pela apelante importou, na realidade, em redução da base de cálculo do imposto devido à apelada, já que, caso a apelante não dispusesse do subsídio em questão, o preço final da energia elétrica seria mais elevado, uma vez que a apelante estaria pagando pela quantidade total de óleo combustível que ela compra para gerar energia elétrica, e, obviamente, este custo seria repassado ao preço final de sua mercadoria: energia.

Como bem disse a apelante, em suas razões de apelação, *“...do real conceito de base de cálculo do ICMS (o valor de operação da saída da mercadoria), constata-se que, para fins de tributação de uma mercadoria pelo ICMS, o que efetivamente importa é o preço da venda...”*

Ora, se o preço da energia elétrica fosse mais caro o valor do ICMS incidente sobre esta energia também seria mais alto, já que o preço de venda seria mais elevado. Ou, em outras palavras, se parte do valor gasto com o combustível não integra o preço final do produto comercializado pela apelante, conseqüentemente a venda de energia elétrica é considerada com redução de base de cálculo, em virtude dos subsídios da “CCC” - Conta de Consumo de Combustíveis - recebidos pela apelante.

Portanto, provado, está, que a “CCC” de fato dá ensejo à redução da base de cálculo do ICM incidente sobre a energia elétrica no Estado do Amazonas.

IV. III – O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO ICMS ESTÁ DIRETAMENTE SUBORDINADO À INCLUSÃO DO CUSTO DO INSUMO NO PREÇO DA MERCADORIA, BEM COMO POSSUI TOTAL RELAÇÃO COM O CUSTO DA MERCODORIA

O outro reflexo da “CCC” na competência legislativa tributária Estadual está relacionado com o fato da apelada ter

se creditado de todo o valor de óleo combustível que ela adquiriu da Petrobrás, no mês de agosto de 1999, quando, pela sistemática constitucional do ICMS, ela somente poderia se creditar do custo efetivamente suportado por ela, ou seja, somente poderia haver crédito dos valores, relativos ao óleo combustível, onde a apelante realmente houvesse suportado o custo deste insumo.

Vamos supor que o preço do óleo combustível seja de R\$ 1,0 (um real) por litro de óleo comprado, e que a apelante compre 100(cem) litros de óleo. Destes cem litros de óleo comprados a apelante somente suporta dezessete litros, ou, R\$ 17,00 (dezessete) reais, os outros R\$ 83,00 (oitenta e três) reais são custeados pela "CCC". Desta forma, ao proceder à sistemática de escrituração fiscal do ICMS a apelante somente poderia se creditar dos R\$17,00 (dezessete) reais por ela suportados. Contudo, não é desta forma que a apelante procede, ela se credita dos R\$ 100,00(cem) reais, incluindo aí os R\$ 83,00 (oitenta e três) reais que são custeados pela "CCC", procedimento este que está em total inobservância ao princípio da não cumulatividade do ICMS, e também em desrespeito ao Decreto Estadual de nº 20.195/99.

É que não tendo o valor gasto com combustível sido considerado integralmente na composição do preço da energia elétrica quando da saída do estabelecimento da apelante, não há porque se falar em direito de crédito do ICMS, porquanto o imposto devido em tal operação não incidiu, de fato, sobre tal valor, nos termos do que determina a Constituição Federal e o Decreto Estadual de nº 20.195/99.

Com efeito, o ICMS é um imposto que necessariamente sujeita-se ao princípio da não-cumulatividade, o qual está delineado no art. 155, §2º, I e II, da Constituição da República, e segundo o qual deve-se subtrair do imposto devido na operação posterior o que foi exigível na anterior. Em termos estritamente econômicos significa que o ICMS grava somente o incremento de valor que o bem experimenta no processo produtivo.

Desta forma, a não-cumulatividade é a técnica mediante a qual se abate o imposto de cada operação ou prestação no

montante cobrado pelo sujeito ativo em operação ou prestação anterior, de modo que o contribuinte recolha apenas a diferença. Decorre daí, por consequência, a característica da neutralidade do imposto, no sentido de que, independentemente do número de passagens suportadas pelo bem, o somatório do ICMS de cada fase deve ser igual ao débito da última, isto é, igual ao imposto decorrente da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo da última fase.

O princípio da não-cumulatividade garante, assim, que a soma dos tributos pagos ao longo do percurso da mercadoria entre sua produção e consumo seja igual ao valor encontrado aplicando-se a alíquota devida ao último preço praticado, ou, ainda, em outras palavras, que a alíquota seja aplicada somente sobre a diferença entre o valor da compra e venda, de tal sorte que a soma dos valores recolhidos a título de imposto corresponda, exatamente, ao valor que seria encontrado se a alíquota fosse aplicada ao último preço praticado.

Compreende-se, assim, qual o elemento teleológico que move nossa Constituição ao impor o princípio que proíbe a cumulatividade no ICMS: impedir que o imposto torne-se um gravame cada vez mais oneroso nas várias operações de circulação de mercadoria ou de prestação dos serviços, não encarecendo ainda mais o custo final dos produtos.

Segundo o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS o imposto incidente (cobrado) na operação ou prestação anterior é de ser compensado (deduzido) do incidente na operação ou prestação posterior, os quais, para efeito escritural, designam-se créditos e débitos.

Esse direito de abatimento é forma de liquidação de débito, assemelhando-se às demais previstas e disciplinadas no âmbito do Direito Tributário (pagamento, dinheiro, compensação, transação, etc). Consiste na utilização do montante do imposto recolhido em cada operação mercantil ou prestação de serviço tributada, como moeda de pagamento da quantia de imposto a pagar, por ocasião da prática de novas operações mercantis ou prestações de serviço, por outros contribuintes.

A não-cumulatividade, tecnicamente, admite duas modalidades: a) calcular o imposto sobre a diferença entre o valor da operação tributada e o da operação anterior; B) calcular o imposto sobre o valor integral da operação tributada e deduzir, do imposto a pagar, o imposto pago na operação anterior.

A Emenda Constitucional n.º 18/65, que introduziu o ICM no sistema jurídico pátrio, adotou esta segunda modalidade, em que a base de cálculo do imposto é o valor de operação de saída, deduzindo-se posteriormente do imposto a pagar o imposto que incidiu sobre os bens entrados no estabelecimento do contribuinte no mesmo período.

A expressão "montante cobrado" de que se valem a Constituição Federal (art. 155, §2º, I) e a LC 87/96 (arts 19 e 20, caput) ao disporem sobre a não-cumulatividade do ICMS comporta apenas o imposto *efetivamente cobrado* – independentemente do efetivo pagamento, excluído, destarte, o imposto não exigido ou não exigível, em virtude de ser isenta ou não tributada a respectiva operação anterior, de acordo com o art. 120, §1º desta Lei.

A expressão "operações anteriores", no plural, utilizada nos dispositivos citados, já denota que o montante do crédito corresponde à soma das parcelas do ICMS relativo a todas as operações precedentes, acumuladas até (inclusive) a operação imediatamente anterior à considerada, e não somente aquele carregado na última operação imediatamente anterior à operação considerada².

A Constituição Federal de 1988, no trato da não cumulatividade do ICMS, valeu-se de duas expressões: "imposto devido" e "montante cobrado". O texto Constitucional trata de "imposto devido" quando se refere ao ICMS da operação ou prestação atual, isto é, quando se refere ao imposto da operação que está sendo realizada, quando menciona *débito* do imposto. Utiliza, no entanto, a expressão "montante cobrado" quando se refere à operação ou prestação anterior, quando se refere ao *crédito fiscal*.

2 Rubens Gomes de Souza, Parecer de 19.04.68, publicado na AO n.º 54.172, do TJ RES. Cf Fernando Brockstedt, o ICM, 1972, p. 238.

Os termos "cobrado" e "pago" são ambíguos³, podendo ter um duplo sentido: cobrado pelo poder tributante e pago pelo remetente, *contribuinte de direito*, podendo aquele primeiro, portanto, condicionar o crédito fiscal do receptor da mercadoria (ou tomador de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação) à prova do efetivo recolhimento por parte do remetente; ou cobrado pelo remetente e pago pelo receptor, *contribuinte de fato*, incorporado ao valor da mercadoria em decorrência do fenômeno da repercussão.

Entendemos, como a maioria da doutrina⁴, que o termo "cobrado" está empregado no sentido de cobrado "pela lei", isto é, de acordo com ela sujeito à cobrança porque a operação constitui-se em fato gerador; e o "pago", como "pago pelo receptor", isto é, cobrado pelo remetente pela inclusão do valor do imposto na composição do preço de mercadoria porque a lei sujeitava a operação do tributo.

Ocorre que, no presente caso – e este é o ponto fundamental da presente lide, a parcela paga diretamente à PETROBRÁS pela "CCC" - Conta de Consumo de Combustíveis - não foi cobrada da apelante a qual, portanto, não pagou ICMS algum por ocasião de entrada daquele produto em seu estabelecimento.

Ora, se não foi a apelante quem efetivamente suportou o custo integral despendido na aquisição do combustível, não se afigura possível que a mesma pretenda se apropriar do crédito fiscal do imposto quando da apuração do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica.

Se é concedido um crédito fiscal, isto decorre da presunção de ter havido ônus por ocasião da aquisição de mercadoria, o que inexistente quando verificar-se que o

3 Ricardo Lobo Torres, Curso de Direito Financeiro e Tributário, 4ª ed. RJ, Renovar, p. 334.

4 Ives Gandra da Silva Martins, Sistema Tributário na Constituição de 1988, São Paulo; Saraiva, p. 215; Fernando ^a Brokested, o ICM, cit, p. 250; Kiyoshi.

contribuinte não suportou o custo integral da aquisição da mesma, tal como ocorre no presente caso, hipótese em que o aproveitamento do crédito fiscal relativo à aquisição de combustíveis, que se constitua insumo, será proporcional ao custo efetivamente suportado pela empresa fornecedora de energia elétrica, como claramente estatui o art. 2º do Decreto estadual n.º20.195/99.

Situação que guarda semelhança com o mérito do presente processo diz respeito à hipótese de isenção ou não-incidência durante a cadeia produtiva.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 155, inciso II que a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação não implicará crédito para compensação com o montante do ICMS devido nas operações ou prestações seguintes (art. 155, §2º, I, CF/88), norma reproduzida pela LC 87/96 (arts. 20, §1º).

Na isenção há incidência do imposto e o conseqüente nascimento da obrigação tributária, mas não o do crédito tributário. Nos casos de não-incidência, uma vez que não há incidência, o que não incide não existe, e o que não existe não gera direito.

Assim, se nas hipóteses de não-incidência não há direito ao creditamento do imposto, com mais propriedade não há direito ao crédito em hipóteses em que não ocorre sequer o nascimento da obrigação tributária (em relação aos subsídios compostos pelos valores repassados pela "CCC" - Conta de Consumo de Combustíveis - à PETRBRÁS a título de óleo combustível), em verdade temos aqui uma vedação ao crédito em virtude do direito ao mesmo jamais ter entrado no mundo jurídico.

A exigência do estorno proporcional dos créditos do ICMS em tais situações é, assim, plenamente justificada, e guarda coerência como mecanismo da não-cumulatividade.

Assim, mais uma vez a r. sentença apelada acertou quando entendeu que:

"... a compra de combustível com recursos subsidiados não pode resultar em crédito de ICMS. O princípio da não-cumulatividade se aplica

sobre operações que efetivamente integram o custo da mercadoria . Assim, devido o crédito na compra do combustível utilizado na produção do produto final (energia elétrica). Não o é, entretanto, se o combustível é adquirido com subsídios(grifos nossos), uma vez que a despesa na sua aquisição não integra o preço final da energia produzida e vendida ao consumidor”

IV.IV – O DECRETO Nº 20.195/99 NÃO VIOLOU A CONSTITUIÇÃO FEDERAL TAMPOUCO O CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DO AMAZONAS

A apelante entende que o Decreto Estadual de n.º 20.195/99 violou a Lei Complementar de n.º19/97, Código Tributário do Estado do Amazonas, uma vez que, a seu ver, o artigo 54 do referido diploma legal apenas menciona o dever do sujeito passivo do ICMS de estornar o crédito tributário, nas hipóteses mencionadas em seus incisos, e, no entender da apelada a hipótese na qual foi autuada não está mencionada no artigo susomencionado, assim, verbera que não teria a obrigação de estornar o crédito relativo à parcela dos valores subsidiados pela CCC.

Conclui que o Código Tributário do Amazonas é diploma legal de hierarquia superior ao Decreto Estadual de nº 20.195/99.

Já restou demonstrado que, mesmo na hipótese de inexistência do Decreto Estadual de n.º20.195/99 a apelante, ao creditar-se dos valores relativos ao óleo combustível subsidiados pela “CCC”, está esbarrando no princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Com isso queremos afirmar que, a apelante não agiu contrariamente apenas ao Decreto Estadual de n.º20.195/99, mas, principalmente, foi de encontro às regras constitucionais do ICMS.

Assim, mesmo não havendo previsão expressa no Código Tributário do Amazonas da necessidade de estorno dos créditos que a apelante lançou em sua escrita fiscal,

quando da compra de óleo combustível, subsidiado pela "CCC", o Decreto Estadual de n.º 20.195/99 não está contrariando norma de hierarquia superior – Código Tributário do Amazonas, pois o referido Decreto Estadual apenas está repetindo norma constitucional bem clara e evidente relativamente à não-cumulatividade do imposto do ICMS.

Como bem referido na sentença apelada, o princípio da não-cumulatividade "não é apenas garantia para evitar que o consumidor final pague um produto com tributação "em cascata"; mas é garantia, também, ao ente tributante de que os créditos decorrerão efetivamente (grifos no original) do processo de circulação da mercadoria..."

Portanto, sendo a Constituição Federal norma de hierarquia superior ao Código Tributário do Amazonas, qualquer Decreto Estadual que posteriormente seja editado, que apenas reflita preceitos constitucionais, não estará jamais indo contrariamente ao Código Tributário Estadual.

IV.V- DA PROCEDÊNCIA DA MULTA DO § ÚNICO DO ARTIGO 538 DO CPC. NÃO HOUVE OMISSÃO DA R. SENTENÇA, PORTANTO, NÃO HÁ AMPARO LEGAL NA INTERPOSIÇÃO DO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Uma vez prolatada a sentença de primeiro grau, a apelante, no prazo legal interpôs o recurso de embargos de declaração sob o argumento de que a sentença tinha sido omissa.

Entendeu a apelante que a r. sentença apelada não se manifestou a respeito de sua alegação, no sentido de ser ou não o Decreto Estadual de n.º 20.195/99 ilegal.

Concluiu, então, a apelante, o seu pedido, no recurso de embargos de declaração, pugnando pela manifestação, doc. De fls. 303, do juízo "a quo" a respeito da suscitada ilegalidade do Decreto de n.º 20.19/99, por entender a mesma que o referido Decreto Estadual contrariou as disposições do Código Tributário do Estado do Amazonas.

Ao julgar os embargos de declaração o eminente juízo de primeiro grau decidiu com sabedoria negar provimento ao

recurso uma vez que a alegada ilegalidade do Decreto Estadual de n.º20.195/99 foi expressamente analisada na sentença de primeiro grau.

Prova desta afirmação está no item de n.º04 – da conclusão da sentença, página de n.º296 dos autos, onde restou prolatado que:

“não há inconstitucionalidade, portanto, no Decreto Estadual que disciplinou o estorno proporcional do crédito do ICMS(grifos nossos). Pelo contrário, é o próprio princípio da não-cumulatividade que impõe esse estorno, pois o princípio não é apenas garantia para evitar que o consumidor final pague um produto com tributação “em cascata”; mas é garantia, também, ao ente tributante de que os créditos decorrerão efetivamente do processo de circulação da mercadoria – que, neste caso, envolve a sua elaboração”

Como se vê, nobres julgadores, a sentença manifestou-se expressamente sobre o Decreto Estadual de n.º 20.195/99, tendo entendido não haver qualquer esboço de ilegalidade no referido diploma legal.

Resta claro inexistir omissão na sentença, no que diz respeito aos aspectos apontados pela apelante, então, embargante.

Além de não haver omissão na sentença de primeiro grau, quanto à ilegalidade ou não do Decreto Estadual de n.º20.195/99, é de se destacar que a apelante, em sua petição inicial dos embargos de declaração, no item de n.ºVIII -DO PEDIDO, página de n.º21dos autos, apenas requereu que fosse declarada a nulidade da CDA que embasou a cobrança da execução fiscal aparelhada, e pediu a declaração de nulidade e extinção da execução fiscal. Note-se que, em momento algum, a apelante formulou pedido expresso de declaração de nulidade ou manifestação a respeito de ilegalidade do Decreto Estadual de n.º20.195/99.

Assim, mesmo não tendo sido corretamente formulado o pedido de declaração de ilegalidade do Decreto Estadual de n.20.195/99 restou comprovado que a sentença de primeiro grau expressamente manifestou-se a respeito do tema.

Na verdade, a apelante tentou imprimir o chamado "efeito infringente dos embargos de declaração", ou, em outras palavras, tentou alcançar efeito modificativo da sentença de primeiro grau, com a interposição de seus embargos de declaração.

Contudo, o julgamento dos embargos de declaração e a condenação da embargante, ora apelante, na multa de 1% do valor da causa, somente demonstra a seriedade do juízo de primeiro grau, o seu maravilhoso preparo jurídico, e o espírito de julgar em consonância com as regras processuais em vigor, mais especificamente em relação ao parágrafo único do artigo 538 do CPC.

Em razão dos fatos expostos, a multa condenada nos embargos de declaração é justa e deve ser mantida por este Egrégio Tribunal.

V – DO PEDIDO

Por todo exposto, e considerando o caráter procrastinatório dos argumentos da apelante, espera seja negado provimento ao APELO, para o fim de manter a r. sentença de primeiro grau, com o que se estará praticando a almejada

JUSTIÇA!

Manaus/AM, 22 de abril de 2003.

ANNA KARINA L. BRASIL SALAMA
Procuradora do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GELSON DE AZEVEDO DIGNÍSSIMO RELATOR DO RR-537.957/1999.3

PROCESSO Nº TST-RR-537.957/1999.3

Recorrente: Estado do Amazonas (SEDUC)

Recorrida: Oscarina da Silva Neves

O ESTADO DO AMAZONAS – SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO, CULTURA E DESPORTOS (SEDUC), já qualificado nos presentes autos, 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. 12, I, do CPC), tendo em vista o teor do v. Acórdão relatado por Vossa Excelência nos autos acima descritos, vem, com fulcro no Art. 535 do CPC, opor **EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, consoante os fundamentos a seguir expostos:

I – DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO:

A decisão embargada foi publicada no Diário de Justiça de 12.12.2003, que se deu numa sexta-feira, consoante a Certidão de fls.

Considerando-se o disposto no Art. 188 c/c o Art. 536, ambos do CPC, tem-se que, sendo o prazo para a oposição do presente recurso de 10 (dez dias), o termo final para a sua interposição é o dia **24.12.2003**, razão pela qual, à vista do protocolo desta petição, resta demonstrada a sua tempestividade.

II – DAS OMISSÕES DO ACÓRDÃO:

Com a devida *venia*, ao restringir a condenação do Embargante ao pagamento das parcelas relativas ao recolhimento das contribuições para o FGTS no período trabalhado, o v. acórdão recorrido acabou por contrariar o

Art. 37, § 2º, da Constituição da República de 1988, na exata medida em que permitiu a produção de efeitos *diversos do pagamento da contraprestação pactuada* por um ato declarado nulo de pleno direito por nossa Lei Maior.

Poder-se-ia argumentar que referido dispositivo constitucional não delineia a amplitude da referida nulidade, tampouco remete-se a direitos do empregado. No entanto, sendo nulo o contrato de trabalho, tal delineamento se tornaria dispensável, haja vista a ineficácia da avença *em relação a direitos outros que não à indenização relativa ao pagamento de eventual contraprestação pactuada retida, horas extras ou diferenças em relação ao salário mínimo*.

Destarte, constituindo-se o § 2º do Art. 37 da Carta Magna de 1988 em norma de ordem pública, todo e qualquer dispositivo infraconstitucional que com ela seja discordante encontra-se eivado do vício da inconstitucionalidade, motivo pelo qual, ao invés de se dar guarida à norma inserida à Lei n. 8.036/90 pela MP n. 2.164-41, deve-se declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do dispositivo que a alberga ou, no mínimo, deixar de aplicá-lo por, incompatibilidade com o dispositivo constitucional em epígrafe. Assim não o tendo feito, **QUEDOU-SE OMISSO, NESTE SENTIDO, O V. ACÓRDÃO RECORRIDO.**

Inclusive neste sentido já restou decidido pela Eg. 5ª Turma, nos autos do RR-668.066/2000.9 – TRT DA 11ª REGIÃO – (AC. 5ª TURMA) – (DJ Nº 244, de 19.12.2002, p. 1056 e 1057), cuja ementa resta a seguir transcrita:

RECURSO DE REVISTA. ESTADO DO AMAZONAS. CONTRATO NULO. EFEITOS. AUSÊNCIA DE PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. A nulidade do contrato de trabalho celebrado com ente da administração pública sem prévia realização de concurso público restitui as partes ao status quo ante e nenhum direito pode ser reconhecido ao litigante, exceto o pagamento relativo aos dias de trabalho prestados, mantido pelo Tribunal Regional. Inaplicabilidade do disposto no art. 19-A da

Lei nº 8.036/90, em razão da incompatibilidade com o disposto no § 2º do art. 37 da Constituição Federal, em que se estabelece que a nulidade do contrato de trabalho celebrado com ente da administração pública sem prévia aprovação em concurso público não gera nenhum efeito. Recurso de revista a que se dá provimento parcial.” (sem grifos no original)

Outrossim, o Art. 19-A da Lei n. 8.036/90 - introduzido pela MP n. 2.164-41, de 24.08.2001 - não se constitui em norma processual, cuja aplicação aos feitos em curso restaria autorizada. Em assim sendo, sua aplicação somente poderia se dar em relação aos contratos firmados após o início de sua vigência (24.08.2001).

Tal afirmativa também se encontra corroborada por decisão desse TST, através de sua Eg. 5ª Turma, consoante o trecho do voto do Relator do RR n. 673.560/2000, a seguir transcrito:

“(…).

Finalmente, é de se observar que a aplicação do dispositivo em questão somente poderia se dar em relação aos contratos firmados após o início de sua vigência, pois não se trata de norma processual, que alcança os feitos em curso na Justiça. O caso destes autos é de contrato celebrado ainda em 1996 e rescindido em 1999, de modo que não se mostra cabível a aplicação da norma em questão.

Assim, inexistindo pedido quanto a contraprestações retidas, ou diferenças entre a contraprestação pactuada e o salário mínimo hora (fl. 02), DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de revista para, TÃO-SOMENTE COM RELAÇÃO AO ESTADO DO AMAZONAS, declarar a nulidade da contratação do Reclamante, absolvendo-o de todas as condenações que lhe foram impostas.

Determina-se ainda a expedição de ofício ao Tribunal de Contas Estadual e ao Ministério Público Estadual, com cópias do acórdão recorrido e deste acórdão, após o trânsito em julgado, para as providências cabíveis.” (RR n. 673.560/2000.0 – TRT DA 11ª REGIÃO – (AC. 5ª TURMA), Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJU n. 116, Seção 1, p. 690) (grifamos)

Tendo sido o contrato celebrado e rescindido antes da edição da Medida Provisória em questão, mister se faz a manifestação dessa Eg. Turma quanto a sua aplicação aos feitos em curso, mesmo não se tratando de lei processual.

Finalmente, o Art. 19-A da Lei n. 8.036/90 prevê que ***É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.*** (sem grifos no original).

Como se vê, a Lei do FGTS somente autoriza o pagamento da parcela quando tiver sido ***mantido o direito ao salário.*** *In casu*, não houve condenação ao pagamento de saldo salarial, horas extras ou diferenças à integralização do mínimo legal. Assim, não tendo sido mantido o “direito ao salário”, não faz jus o Recorrido aos depósitos do FGTS.

Deferido o pagamento de depósitos do FGTS ao Recorrido, mesmo não tendo sido mantido o direito ao salário, o v. Acórdão recorrido viola a norma do Art. 19-A da Lei n. 8.036/90, devendo essa Eg. Turma emitir pronunciamento sobre a questão.

Quanto à imprescindibilidade da oposição dos Embargos de Declaração em casos como os destes autos, de aplicação obrigatória os seguintes julgados:

“Entende a Corte que a matéria constitucional suscitada, mesmo que surgida em decorrência do próprio julgamento do tribunal, deveria ser provocada por via de embargos de declaração, para que a tivéssemos por prequestionada.” (RTJ 144/344, citação da p. 345). Grifamos.

“Quando é o acórdão recorrido que teria ofendido implicitamente texto constitucional, o prequestionamento se faz mediante a interposição de embargos declaratórios, para que se supra a omissão quanto à questão constitucional por ele não enfrentada.” (RTJ 123/383). Grifamos.

Eis porque deve o presente recurso ser conhecido e provido para, uma vez supridas as omissões e examinada a matéria constitucional, restar satisfeito o requisito do prequestionamento, nos termos do Enunciado 297 do TST, e, conseqüentemente, possibilitar a posterior interposição de Embargos à SDI e Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

III - DO PEDIDO:

Ex positis, demonstrada a juridicidade das presentes razões, requer o Embargante que essa C. Turma conheça o presente recurso, enfrentando as questões levantadas perante essa Corte, que, em suma, são as seguintes:

a) o v. acórdão recorrido se omitiu na declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do Art. 19-A da Lei n. 8.036/90, por violação ao Art. 37, § 2º, da Carta Magna de 1988, ou se omitiu na não-aplicação daquele dispositivo legal por incompatibilidade com este dispositivo constitucional;

b) o v. acórdão recorrido se omitiu na não-aplicação do Art. 19-A da Lei n. 8.036/90 ao presente caso, que, por não se tratar de lei processual, não pode atingir os feitos em curso;

c) o v. acórdão recorrido, ao deferir o pagamento de depósitos de FGTS ao Recorrido, violou o Art. 19-A da Lei n. 8.036/90, já que, ao declarar nula a contratação, não manteve o direito ao salário e o dispositivo legal só garante o pagamento do depósito fundiário quando este direito for reconhecido.

Com a supressão das omissões apontadas e consequente provimento do recurso, estará essa Eg. Turma efetivando a prestação jurisdicional em sua plenitude, valorizando, assim, o primado da **JUSTIÇA!**

São estes os termos em que o Embargante pede e espera deferimento.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2003.

RDO. PAULO DOS SANTOS NETO
Procurador do Estado com lotação no Distrito Federal

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

**PROCESSO E-RR-660.606/2000.3-TRT DA 11ª REGIÃO
– (AC. SBDI1)**

Embargante: Estado do Amazonas – SETRAB

Embargada : Maria Dias Assis

O ESTADO DO AMAZONAS - SETRAB, 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. 12, I, do CPC), vem perante Vossa Excelência, nos autos acima descritos, interpor, com fulcro no Art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição da República de 1988 e Art. 541 e ss. do Código de Processo Civil, o presente **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, apresentando, em anexo, as razões que impõem a reforma da decisão *a quo*.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2003.

RDO. PAULO DOS SANTOS NETO
Procurador do Estado com lotação no DF

Razões que apresenta o **ESTADO DO AMAZONAS**, em sede de Recurso Extraordinário, nos autos do **PROC. Nº TST-E-RR-660.606/2003.3**, onde consta como Recorrida **MARIA DIAS ASSIS**.

Egrégio Tribunal,

Colenda Turma:

I – DO ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS:

Inicialmente, cumpre ao Recorrente demonstrar o atendimento aos pressupostos recursais, senão vejamos:

I.1 – DOS PRESSUPOSTOS GERAIS:

I.1.a) OBJETIVOS:

- **PREVISÃO LEGAL:** O Recurso Extraordinário encontra-se previsto no Art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição da República de 1988, segundo o qual *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição;*

- **OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS:** O recurso foi interposto *por petição*, como exige o Art. 26 da Lei n. 8.038/90, encontrando-se sem preparo devido a isenção prevista no Art. 511, § 1º, do Código de Processo Civil.-

- **TEMPESTIVIDADE:** O v. acórdão recorrido foi publicado no Diário da Justiça de 19.09.2003 (Certidão de fls. 178), que se deu numa sexta-feira. Iniciando-se o prazo recursal no dia 22.09.2003 (Art. 184 do CPC) e gozando o Recorrente da prerrogativa de prazo em dobro para recorrer (Art. 188 do CPC), seu termo *ad quem* se dará no dia **21.10.2003** (terça-feira), razão pela qual, à vista do protocolo da petição de encaminhamento do presente recurso, resta demonstrada sua interposição no prazo legal.

I.1.b) SUBJETIVOS:

- **LEGITIMIDADE:** A legitimidade recursal do Estado do Amazonas decorre da permissão expressamente consignada no Art. 499, *caput*, do Código de Processo Civil (*parte vencida*).
- **INTERESSE:** O interesse *ad recursum* do Estado do Amazonas deriva de sua sucumbência na Reclamatória, tendo, por conseguinte, interesse na reforma ou modificação da decisão.

I.2 – DOS PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS:

I.2.a) CAUSA DECIDIDA EM ÚNICA OU ÚLTIMA INSTÂNCIA:

O v. acórdão recorrido constitui-se em *causa decidida em última instância*, pois foram interpostos e julgados todos os recursos cabíveis (fls. 85/92 – Acórdão de fls. 114/117; fls. 119/121 – Acórdão de fls. 125/126; fls. 128/137 – Acórdão de fls. 150/154; fls. 156/163 – Acórdão de fls. 174/177).

I.2.b) PREQUESTIONAMENTO: As questões jurídicas que servem de fundamento para a irresignação extraordinária foram alegadas e julgadas, consistindo nas seguintes:

- **A Incompetência da Justiça do Trabalho para julgar demanda de Trabalhador Autônomo vinculado a Cooperativas de Serviços – Violação ao Art. 114 da CF/88 e ao Art. 441 da CLT.** O TRT da 11ª Região se manifestou neste sentido: *“Aliás, a Constituição Federal dispõe, no inciso IX, do art. 37: ‘a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público’, e a Constituição Estadual, no art. 108, § 1º, preceitua que esse tipo de contrato não pode ser firmado por tempo superior a seis meses. A contratação do servidor sob esse regime, pressupõe a tentativa de fraudar ou impedir a aplicação dos preceitos consolidados. A caracterização,*

de conseguinte, da vinculação empregatícia, está evidenciada nos autos, decorrendo daí, a competência desta Justiça Especializada para apreciar e julgar a lide. Não há, por outro lado, nenhuma pertinência com o disposto no caput do art. 39 nem com o § 1º, do art. 173, ambos da Constituição Federal.” (fls. 116). Já o TST afirmou o seguinte: **“As violações apontadas às disposições legais que impedem a formação de vínculo empregatício entre sociedade cooperativa e seus associados foram expressamente afastadas, como visto, eis que a associação da reclamante à cooperativa foi tida por fraudulenta”** (fls. 153);

- A Nulidade da Contratação efetuada após a promulgação da Carta da República de 1988 – Violação ao Art. 37, II, § 2º, da CF/88. O TRT da 11ª Região se manifestou neste sentido: **“A arguição de nulidade por infringência ao disposto no inciso II, do art. 37 e seu § 2º da Constituição Federal, não merece acolhimento, data venia, pelas seguintes razões. Esse dispositivo deve ser analisado juntamente com o disposto no inciso IX que permite a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de interesse público. No entanto, se a Administração Pública ultrapassar a temporariedade prevista nas leis especiais, não há como se concluir pela nulidade do ajuste, porque, além desses regimes, existe um terceiro, não menos importante, que deverá presidir às relações de trabalho, não para assegurar a permanência no emprego público, vale dizer, a estabilidade alcançada por aqueles que ingressaram através de concurso público porém,, para haver dela as reparações pela dispensa imotivada. O Direito do Trabalho deve ser interpretado como o conjunto de regras tutelares, o que importa afirmar que visam, precipuamente, à proteção do trabalhador em face do poder do empregador que detém os meios de produção. Inquinar de nulidade uma relação de trabalho que produziu todos os seus efeitos, como a concessão de férias,**

licenças, 13º salário, recolhimento previdenciário, igualmente inerentes aos servidores públicos de modo geral, implicaria na negativa do princípio constitucional da isonomia legal.” (fls. 116/117). Já o TST afirmou o seguinte: *“Não merece prosseguir a Revista. Com os oportunos esclarecimentos feitos pela sentença, transcrita em parte no item anterior, afirmo o equívoco perpetrado pelo recorrente, que entende que o vínculo de emprego foi fixado, in casu, entre si e a reclamante, hipótese estranha aos autos. Dessa maneira, verifico sem objeto o Recurso de Revista interposto, no particular.”* (fls. 154);

- **A limitação da Responsabilidade Subsidiária à Contraprestação Pactuada Retida ou Diferenças.** Tendo o Embargante alegado que deveria ser responsabilizado apenas pelo pagamento da contraprestação pactuada retida, acaso existente (fls. 156/163), o TST se manifestou no seguinte sentido: *“Inicialmente, registre-se que foi afastado o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes, resultando ileso o artigo 37, II, § 2º, da Constituição da República. Igualmente, não há falar em contrariedade ao Enunciado nº 363 do TST.”* (fls. 175);

- **A Inconstitucionalidade da Resolução n. 96/00 do TST, que alterou a redação do inciso IV do Enunciado 331 para incluir os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional como responsáveis pelo inadimplemento do empregador.** Sobre o assunto o TST se manifestou no seguinte sentido: *“A responsabilidade guarda estreita relação com o preceito inserto no artigo 170 da Constituição da República. A valorização do trabalho e da livre iniciativa são princípios inscritos no seu artigo 1º, inciso IV. Embora o interesse público prevaleça sobre o particular, não pode a Administração usufruir da disponibilidade nas relações jurídicas das quais participe.*

A orientação do Enunciado nº 331 desta Corte sinaliza exatamente nesse sentido. Afasta a possibilidade de

constituição do vínculo de emprego, após 5/10/88, sem o regular concurso público, prevendo responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do trabalho, pelos encargos correspondentes, quando contratar, mediante licitação, empresa inadimplente com as obrigações trabalhistas (culpas in vigilando e in eligendo).

Considerando essa premissa, afasta-se a ocorrência de ofensa literal ao § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, assim como aos demais dispositivos invocados. Não se está transferindo à Administração Pública responsabilidade principal pelo pagamento. Esta concerne à empresa contratada, como devedora principal.

Apenas na hipótese de impossibilidade comprovada de a empresa prestadora dos serviços satisfazer as obrigações trabalhistas em relação aos seus empregados, exsurge o dever de a tomadora e beneficiária direta do trabalho responder subsidiariamente.

A responsabilidade objetiva do Estado está prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, deste teor:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A Administração Pública poderá, via ação regressiva, reaver o que pagar ao trabalhador em razão da inadimplência de sua contratada. Inadmissível é que, sob o manto da intangibilidade do ato administrativo, terceiros possam ser lesados.

Do contrato celebrado entre a Administração Pública e a empresa prestadora de serviços poderá advir danos a terceiros ou aos próprios contratantes, moral ou patrimonial, que há de ser suportado pela Administração, desde que cabalmente demonstrado o nexo de

causalidade entre o contrato e o dano resultante (relação de causa e efeito). O ordenamento jurídico repele entendimento contrário, sobretudo quando se trata de parcelas salariais, de natureza alimentar.

No julgamento do IUJ-RR-297.751/96, ocorrido no dia 11/9/2000, o Tribunal Pleno resolveu alterar o item IV do Enunciado nº 331 do TST, passando a vigorar com a seguinte redação: 'IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)' (grifei).

Destarte, o acórdão recorrido decidiu em sintonia com o item IV do Enunciado nº 331 da Súmula do TST, inviabilizando o conhecimento dos presentes Embargos, nos termos do artigo 897, alínea 'b', da CLT." (fls. 174/177).

II – EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO:

O recorrente alegou, perante o juízo de 1º grau, sua ilegitimidade *ad causam*, a nulidade do contrato e incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a presente ação, em razão de encontrar-se no âmbito do direito civil, cuja competência é da Justiça Comum Estadual, uma vez que se trata de demanda proposta por trabalhador autônomo de cooperativa de serviços.

O E. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região negou a ilegitimidade *ad causam* do Estado do Amazonas, confirmando a competência dessa Justiça Especializada para conhecer da matéria e condenando-o ao pagamento das parcelas trabalhistas reivindicadas.

Por entender que a matéria debatida não fora devidamente explicitada, para efeito do indispensável prequestionamento, o Recorrente opôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados sob a alegação de inoccorrência dos vícios previstos no Art. 535 do CPC.

Não se conformando com a aludida decisão, o Recorrente interpôs Recurso de Revista, o qual foi conhecido e parcialmente provido apenas para afastar o vínculo de emprego com o Estado, atribuindo-lhe, no entanto, responsabilidade subsidiária, em conformidade com o Enunciado 331, IV, do TST.

Insatisfeito com a manutenção da condenação subsidiária, o Estado interpôs o recurso de Embargos, com vistas à reforma da decisão guerreada e uniformização do entendimento jurisprudencial no âmbito do TST.

Afirmando ser constitucional a atribuição de responsabilidade subsidiária ao Estado, o TST não conheceu do recurso.

III - DOS FUNDAMENTOS PARA REFORMA DO ACÓRDÃO ATACADO:

a) - DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR DEMANDA DE TRABALHADOR AUTÔNOMO VINCULADO A COOPERATIVAS DE SERVIÇOS - Violação ao Art. 114 da CF/88:

A matéria de defesa suscitada nos autos pelo Estado do Amazonas refere-se à incompetência da Justiça do Trabalho, cujo Art. 114 da CF/88 veda o conhecimento de Reclamatória ajuizada por trabalhador autônomo de cooperativa de serviços.

A despeito deste suficiente argumento, o E. Regional insiste em transformar vínculos onde eventualmente existam e criá-los onde eles efetivamente não existam, como no caso dos autos, julgando-se competente para apreciar o feito, não reconhecendo a nulidade absoluta que afeta a r. decisão, por desrespeito ao supracitado Art. 114 da Carta Constitucional.

Ex vi do que dispõem os artigos 4º da Lei nº 5.764/71 e 442 da CLT, tem-se que essa Justiça Especializada não tem competência para julgar dissídios decorrentes de Convênios estabelecidos entre órgãos da administração direta do Estado do Amazonas, na qualidade de meros tomadores de serviços, e Cooperativas de trabalhadores, posto que tal relação jurídica, por definição legal, encontra-se no âmbito do direito civil, sem qualquer acomodação na esfera trabalhista.

A cooperativa é sociedade de natureza civil, inexistindo qualquer relação de emprego que possa caracterizar a competência do Judiciário Trabalhista para julgar a presente ação, mormente por inexistirem as condições elementares para a caracterização de vínculo empregatício, a teor do Artigo 3º da CLT. O Recorrente, então, depara-se com decisão que fere a norma do Artigo 114 da CF, relativa à competência e, em sendo afrontado tal preceito constitucional, tem-se configurada a **INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO**, que deve ser reconhecida de ofício, não se havendo falar em preclusão e/ou prequestionamento ou necessidade de reexame do conjunto probatório.

Destaque-se que a observância da competência do juízo não é uma atribuição apenas da parte, mas também do julgador, vez que tutela interesse público indisponível.

A regra em tela faz parte da previsão legal do artigo 113 do CPC, *verbis*, a merecer detida análise para julgamento:

“A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício, e pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.”

Urge destacar os comentários dos eminentes doutrinadores **NELSON NERY JÚNIOR** e **ROSAMARIA ANDRADE NERY**, que assim lecionam (*in* “Código de Processo Civil Comentado”, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, p. 424):

“Legitimidade para argüir. Como se trata de matéria de ordem pública, a incompetência absoluta (material ou funcional) pode ser argüida por qualquer das partes,

pelo MP e pelo interveniente. O juiz deve “ex officio” examiná-la e, se for o caso, declará-la independentemente de provocação da parte ou interessado. O magistrado não pode eximir-se de declarar a incompetência absoluta.

Forma de arguição. Não há forma única e rígida para arguir a incompetência absoluta. Pelo autor, pode ser argüida por simples petição nos autos; pelo réu deve ser oposta como matéria preliminar de contestação (CPC, 301, inciso II).

Caso o réu não levante a questão na contestação, poderá fazê-lo posteriormente - porque não há preclusão em se tratando de incompetência absoluta, mas arcará com as custas de retardamento (CPC 113, (1º). “

Comprovou-se, pois, que deve ser reformado o v. acórdão ora atacado, declarando-se a incompetência absoluta dessa Justiça Obreira para julgar demanda como a dos autos – de trabalhador autônomo integrante de cooperativa de serviços.

Sustenta, mais uma vez, o Recorrente, que o Reclamante era membro associado da Cooperativa de Trabalhadores em Serviços Gerais - COOTRASG e, nessa condição, prestava serviços através de contrato estabelecido entre o Estado do Amazonas e a citada Cooperativa.

A referida Cooperativa encontra-se devidamente constituída junto à JUCEA – Junta Comercial do Estado do Amazonas e a OCEAM - Organização das Cooperativas do Estado do Amazonas, com seus estatutos devidamente aprovados em Assembléia Geral, de acordo com a legislação que disciplina a matéria - Lei nº 5.764/71- Regime Jurídico das Sociedades Cooperativadas, bem como com o Artigo 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

Desse modo, sendo o Recorrido um membro associado da Cooperativa citada, é, para todos os efeitos, um trabalhador autônomo, e assim deve ser considerado pela Justiça do Trabalho, mormente se existe expressa previsão legal proibindo a existência de vínculo empregatício entre a

cooperativa e seus associados, ou entre estes e os tomadores de serviço, como é o caso do Recorrente, conforme dispõe o Artigo 442 da CLT, *verbis*:

"Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados e os tomadores de serviços daquela."

Os regulamentos de Benefícios da Previdência Social (Decreto nº 611, de 21.09.92) e de Custeio da Seguridade Social (Decreto nº 612, de 21.07.92) dizem claramente que o sócio de cooperativa de trabalho também é considerado como trabalhador autônomo, senão vejamos:

Decreto no. 611, de 21.07.92

Art. 6º - São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas :

IV - como trabalhador autônomo: o trabalhador associado à cooperativa de trabalho que nessa qualidade presta serviço a terceiros.

Decreto no. 612, de 21.07.92

Art. 10 - São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas :

IV - como trabalhador autônomo:

- são trabalhadores autônomos, dentre outros: trabalhador associado à cooperativa de trabalho que, nessa situação, presta serviço a terceiros

O Artigo 4º da susomencionada lei fixa com clareza que a relação jurídica que se formou entre o Estado e a COOTRASG é, indubitavelmente, civil, sem acomodação, pois, na esfera trabalhista, consoante se verifica a seguir:

Lei nº 5.764/71

Art. 4º - As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características..."

Diante da cristalina conclusão acima, percebe-se que a intenção do legislador foi definir que a cooperativa é uma instituição de natureza civil, constituída de várias pessoas, com objetivo de melhorar as condições econômicas e profissionais de seus associados. Em nenhum momento textual apresenta a referida lei critérios ou requisitos para caracterização de uma relação de emprego.

Diz com propriedade o renomado doutrinador Orlando Gomes (*in* Curso de Direito do Trabalho. Editora Forense. 12^a ed. p. 141.) o seguinte:

“...Todavia, o trabalho humano pode ser objeto de outros contratos, que não atribuem a um dos contratantes a condição jurídica de empregado. Tais são, dentre outros, a empreitada, a sociedade, a parceria, a comissão mercantil. Estas modalidades de convenções não se confundem com o contrato de trabalho propriamente dito. Embora tenham por fim a atividade do homem, diferenciam-se nitidamente pela natureza do vínculo obrigacional que criam.”

Foi tão acirrada a intenção do legislador em não permitir a existência de relação de emprego nesse tipo de instituição (cooperativa), que assim disciplinou os subseqüentes dispositivos da Lei 5.764/71:

Art. 31. O associado que aceitar e estabelecer relação empregatícia com a cooperativa, perde o direito de votar e ser votado, até que sejam aprovadas as contas do exercício em que ele deixou o emprego.

Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.

Ademais, no caso vertente inexistem as condições primárias para a caracterização do vínculo empregatício espelhado pelas exigências do Artigo 3º da CLT, *in verbis*:

Considera -se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Para caracterizar um contrato de trabalho *stricto sensu* (de empregado) não basta a simples alegação, como fez o ora Recorrido, mas, é necessário, todo um sistema jurídico que confira sustentação à Reclamatória proposta para, através de exame jurídico, chegar-se à conclusão da existência de vínculo empregatício, levando-se em consideração os elementos primários esculpidos no artigo precedente.

Por oportuno, vale destacar a seguinte decisão jurisprudencial:

“Para a configuração da relação de emprego é indispensável a presença de todos os elementos contidos no conceito legal de empregado (Art. 3o. da CLT)” (TRT - SC, RO 1.507/89, Umberto Grillo, Ac. 567/90).

A nota definidora do autônomo (cooperado) é a independência com que exerce sua atividade, não se subordinando a empregador. Afastado do conceito de empregado, não usufrui da jurisdição trabalhista, pois não há lei que lhe estenda esse direito.

Qualquer assunto relativo aos direitos e obrigações da cooperativa e de seus cooperados deve ser discutido em outra esfera judicial e não nessa Especializada .

Ademais, o parágrafo único do artigo 442 da CLT é bem claro quando diz que não existe vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e seus associados, bem como entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Não se pode admitir a alegação do Recorrido de que a prestação dos seus serviços ao Reclamado, através da COOTRASG, se solidifica sob a égide do Artigo 3º da CLT. Ora, sabemos que as regras de direito não devem conter dispositivos inúteis. Dessa forma, qual seria a intenção do legislador em inserir no artigo consolidado um parágrafo para determinar a inexistência de vínculo empregatício ?

Por outro lado, é impossível juridicamente enquadrar os associados dentro da competência dessa Justiça do Trabalho, tendo em vista que o Artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição

Federal, determina que o regime celetista é adotado, exclusivamente, pelas sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades que explorem atividade econômica, restando para os órgãos da Administração Direta o regime jurídico único, conforme estatui o Artigo 39 da mesma Carta.

Para tirar qualquer dúvida sobre existência ou não de vínculo empregatício discutida nas presentes razões, cita-se decisão do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** que, adotada por votação unânime e publicada no DJ de 29.11.96, indeferiu o pedido de liminar na **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** ajuizada pela **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI** sobre a Lei Complementar n. 084, de 18.01.96, considerando válido, dentre outros, o seu seguinte dispositivo:

“Art.1º - Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais, INCLUSIVE COOPERATIVAS, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por eles pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas;”
(grifo nosso).

Definida a constitucionalidade da lei em tela, outro e qualquer entendimento que venha a desrespeitá-la estará visivelmente em conflito com a posição do Colendo STF, que detém a palavra final no controle de constitucionalidade de leis neste País.

b) - DAS INCONSTITUCIONALIDADES DA RESOLUÇÃO Nº 96/00-TST:

Impende destacar que a Administração Pública, Direta ou Indireta, submete-se ao princípio da Legalidade Estrita para obter receitas e contrair despesas, devendo submeter-se, em casos de contratação, aos preceitos da Lei nº 8.666/93.

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho, com base no inciso IV, do Enunciado 331 do TST, com a redação que lhe foi dada pela Resolução n. 96/2000 – TST, publicada no DJU de 19.09.2000, passou a condenar os órgãos da administração direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista pelos débitos trabalhistas não pagos por empresas interpostas aos seus empregados, sob alegação de culpa no acompanhamento da prestação dos serviços, ou seja, culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Assim, a responsabilidade subsidiária aventada no dito Enunciado possui por base culpa por omissão, ou seja, a falta de diligência para com a prestadora de serviços.

Acontece que inexistente na Lei n. 8.666/93 qualquer dispositivo que determine à administração pública a obrigação de somente liberar o pagamento de seus contratados após a verificação de cumprimento dos encargos trabalhistas dos empregados daquela. Muito pelo contrário, pois referida lei até prevê o afastamento de qualquer responsabilidade da Administração Pública pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo prestador de serviços, consoante a norma de seu Art. 71, § 1º, vazado nos seguintes termos:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º. A inadimplência do contrato, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

INEXISTINDO LEI NESTE SENTIDO – e sendo cediço que ao administrador público só é permitida a prática de atos previstos em lei – TAL EXIGÊNCIA FERRE FRONTALMENTE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (Art. 5º, inciso II, da CF/88).

Ademais, ao decidir a *quaestio iuris* sob o prisma da Legalidade, o TST também acabou por violar o próprio

Art. 5º, II, da CF/88, na medida em que descumpriu o disposto na Lei n. 8.666/93 (Art. 71, § 1º).

Ademais, essa posição tomada pelo TST de responsabilizar o Ente Público subsidiariamente viola, também, o Art. 37, XXI, da Carta Magna, já que referida responsabilidade deriva de dever legal ou contratual, não podendo ter origem na lei trabalhista, pois que não há relação de emprego em discussão entre a Administração Pública e os empregados do prestador de serviços, isso por expressa vedação deste dispositivo constitucional, face a exigência de concurso público. Não havendo a previsão de tal dever nem na Lei n. 8.666/93, tampouco no contrato, não há substrato jurídico para se responsabilizar o Ente Público.

Além da Resolução n. 96/2000 ser inconstitucional por violar os Arts. 5º, inciso II, e 37, inciso XXI, da CF/88, infringe, ainda, o próprio dispositivo constitucional usado como fundamento para a alteração do Enunciado, qual seja: o Art. 37, § 6º, da CF/88, senão vejamos:

O cerne da questão aqui abordada diz respeito à responsabilidade subsidiária, calcada na culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* por parte da Administração Pública; enquanto que, em muitas decisões, também é citado o Art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de forma contraditória para justificar suposta responsabilidade subsidiária com fulcro na Teoria da Responsabilidade Objetiva.

Não há como compatibilizar a responsabilidade estadual com fundamento na culpa do funcionário ou agente público, com a responsabilidade advinda da Teoria do Risco Administrativo ou Objetiva prevista na Constituição Federal.

É bom lembrar, mesmo que deixe à parte o Art. 37, § 6º, da CF/88, restaria a responsabilidade por culpa do agente público, por omissão, matéria totalmente alheia ao Direito do Trabalho.

Mas, voltando à responsabilidade subsidiária por culpa ou omissão, lastreada na responsabilidade objetiva disciplinada na atual Constituição, tem-se por sua total incongruência e impossibilidade.

A esse respeito o Prof. JOSIVALDO FELIZ OLIVEIRA¹, citando o saudoso Hely Lopes Meirelles, esclarece que a Teoria do Risco Integral vem a ser a modalidade extremada da doutrina do Risco Administrativo, e que ***“essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem sustente a sua admissibilidade no texto da Constituição Federal”***, a exemplo de Mário Masagão e Otávio de Barros. Afirma, ainda, que tal entendimento ***“se desgarrar da doutrina acolhida pelo nosso direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sobre a modalidade do risco administrativo e não do risco integral.”***

Ora, a Teoria do Risco Administrativo, ou mesmo Teoria da Responsabilidade Objetiva, como preferem alguns, foi consagrada pela maioria da doutrina brasileira como a adotada na Constituição Federal, afastando a Teoria do Risco Integral.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, inclusive nas Constituições ao longo da República Brasileira, sempre mencionou a responsabilidade do Estado, surgindo diversas teorias, mas nunca atingiu qualquer dos extremos, isto é, nunca abraçou a irresponsabilidade estatal como teoria; como também jamais admitiu a responsabilidade integral do ente estatal. Atualmente prevalece, como já foi dito, a Teoria da Responsabilidade Objetiva ou do Risco Administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Melo² espanta qualquer dúvida sobre a teoria consagrada para fins de ressarcir o particular na atual Carta Política, ao ensinar o seguinte:

“De há muito, os Tribunais brasileiros invocam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento do direito positivo que lhe supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art. 37, § 6º) atribuindo-lhe o

1 OLIVEIRA, Josivaldo Feliz. *A responsabilidade do estado por ato ilícito*. São Paulo: Hábeas, 1998. p. 54.

2 MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 361.

intuito de acolher, como regra de nosso direito, a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade 'falta de serviço' (ou 'culpa de serviço'). O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria declarando-a acolhida pelo Texto Constitucional – mas fundamentam-se em outra, consoante o exposto. Sem embargo, em outros tantos casos não há negar que, realmente, estão embasadas na responsabilidade objetiva propriamente dita.”

Tais palavras voltam com todo o vigor e bom som nos dias atuais, diante do inciso IV do Enunciado 331 do TST. Talvez fosse o caso de invocarmos a velha e tão atual frase: “dizer mais é consagrar o supérfluo, como muitas coisas em Direito”. Mas, por amor ao debate, mister se faz tecermos algumas poucas considerações sobre o assunto.

Afastada qualquer dúvida de que realmente a atual Constituição Federal abraçou a Teoria da Responsabilidade Objetiva, ressalte-se, ainda, que a mesma é dirigida ao Ente Estatal, não cabendo ao particular demandar diretamente contra o funcionário ou agente público, nem mesmo sua inclusão, juntamente com o Estado, no pólo passivo da demanda, pois o Art. 37, § 6º, da CF/88 é de uma clareza solar e também objetivo no sentido de ser cabível apenas ação regressiva contra o agente público, para se ver ressarcido do prejuízo pelo mesmo causado ao Erário. O Estado, Pessoa Jurídica, não comete atos ilícitos ou ilegalidades, mas o seu representante, cujos atos se confundem, daí a necessidade de ação regressiva, independentemente de culpa do agente público, bastando a demonstração do prejuízo sofrido pelo particular e, obviamente, o nexo de causalidade, tudo de acordo com o atual texto constitucional.

Agora, o que vem ocorrendo na Justiça Trabalhista Brasileira é uma engenharia jurídica sem qualquer base doutrinária ou jurisprudencial, a qual deve ruir a qualquer

instante, pois, reafirmando-se as palavras do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, invoca-se uma teoria e apóia-se em outro fundamento, para, finalmente, desaqurar na teoria subjetiva, e o pior, no caso do Enunciado 331, IV, do TST, há uma verdadeira salada de conceitos e normas de natureza privada com as de natureza pública, numa simbiose impossível e extravagante de se conceber. Vejamos então:

Apesar de citar o Art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e fundamentar suas decisões na culpa da Administração Pública no acompanhamento da prestação dos serviços, adota, neste aspecto, a culpa *in eligendo*, a qual possui raízes no Direito Civil, especificamente no então Art. 159 do Código Civil Brasileiro (*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553*).

Note-se, de início, tratar-se de direito privado tal responsabilidade, não tendo qualquer intimidade com o Direito Administrativo ou Trabalhista. Aliás, também não se alegue a previsão do Art. 455 da CLT, vez que estamos no campo do Direito Público, envolvendo a Administração Pública, mormente a Direta, sendo, portanto, inaplicável o mencionado dispositivo consolidado; ao menos assim deveria ser. Ao que parece, o Enunciado 331 busca inspiração na legislação da Previdência Social para equiparar Ente Público com empresa de índole inquestionavelmente privada, além de desprezar o conceito de empregado da própria Consolidação das Leis do Trabalho.

Pois bem, as culpas *in eligendo* e/ou *vigilando* vêm a ser espécies de culpa ou responsabilidade subjetiva, caracterizadas pela imprudência, negligência ou imperícia, que, por sua vez, dizem respeito a ato de outrem, de terceiro, **“significando a falta de fiscalização e a segunda a má escolha do preposto, empregado ou representante,”** de acordo com a lição de Arnaldo Wald³. Isto quer dizer que

3 WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil: obrigação e contratos*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 370.

somente a Teoria Objetiva inadmitte culpa. Desta forma, por se tratar de instituto eminentemente de direito privado, não é extensiva ao âmbito da Administração Pública, a qual sequer possui legitimação passiva para responder por culpa subjetiva, frise-se, uma vez que a Constituição Federal (Art. 37, § 6º) apenas concebeu responsabilidade da Administração Pública, em qualquer circunstância, de forma objetiva. Nada mais.

Assim sendo, pode-se afirmar que o inciso IV do Enunciado 331 do TST é flagrantemente ilegal e inconstitucional, pois não se coaduna com os Arts. 159 do Código Civil anterior; 455 da CLT; e II do Art. 37 da CF/88, bem como com o próprio dispositivo invocado para fundamentar a aplicabilidade do Enunciado 331, ou seja, o Art. 37, § 6º, da Carta Magna de 1988, cabendo a essa STF primar pela manutenção da integridade do Texto Constitucional e do Ordenamento Jurídico Brasileiro como um todo, através do provimento do presente recurso.

c) DA NULIDADE DA CONTRATAÇÃO EFETUADA
APÓS A PROMULGAÇÃO DA CF/88 –
Violação ao Art. 37, II, § 2º, da CF/88:

É remansosa a jurisprudência, em todas as instâncias e juízos, no sentido da imprescindibilidade do concurso público de provas ou de provas e títulos para, após a promulgação da Constituição de 1988, adentrar-se à Administração Pública, para exercer cargo público de provimento efetivo. O artigo 37, inciso II, da Lei Fundamental, é cristalino em determinar referido comando, da mesma forma que seu §2º o é, em fixar a pena de nulidade para o contrato firmado sem a observância daquela determinação.

Se considerar-se como contrato de trabalho o vínculo estabelecido entre o Embargado e a Cooperativa ou entre aquela e o Estado, dever-se-á observar, obrigatoriamente, que sua pactuação se deu posteriormente à promulgação da Carta de 1988, fato que lhe contamina, irremediavelmente, de nulidade absoluta, o que se requer, desde a primeira manifestação nos autos do Embargante, seja declarado, devendo o Estado, eventualmente, pagar unicamente o valor relativo a saldo de salário, restando indevidas todas as demais parcelas.

Em outras palavras, na inexistência de concurso público, o ente da Administração Pública **só está obrigado a pagar a quem lhe prestou serviços o valor da contraprestação pactuada**, em razão do fato de que não se pode restituir a força de trabalho despendida.

Assim, o que se conclui é que se for atribuída algum tipo de responsabilidade (solidária ou subsidiária) **deve o mesmo ser apenas responsável pelo pagamento da contraprestação pactuada, desde que retida.**

A despeito disso, o Acórdão proferido pelo TST, em continuidade ao que proferiu o Tribunal Regional, admitiu a transformação da relação existente entre sócio cooperado e o tomador de serviços – Estado do Amazonas, em um contrato de trabalho, nos moldes celetistas, não reconhecendo, assim, a nulidade de tal pacto, que, por via de consequência, não gerou outros efeitos, a não ser o pagamento de salários, os quais, vale ressaltar, não foram objeto da Reclamação.

IV – DO PEDIDO:

Ex positis, o **ESTADO DO AMAZONAS** espera que, uma vez admitido e processado, seja provido o presente recurso, com a reforma da r. decisão a quo, por violação aos Arts. 5º, II; 37, II, § 2º; IX; e § 6º; e 114 da CF/88, declarando-se a incompetência da Justiça do Trabalho, nos termos supra, com a anulação dos atos decisórios e remessa dos autos à Justiça Comum do Estado do Amazonas para exame da matéria, ou, no mérito, seja afastada a responsabilidade subsidiária do Recorrente, em face da ausência dos seus pressupostos.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2003.

RDO. PAULO DOS SANTOS NETO
Procurador do Estado com lotação no DF

DOCTRINA**PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PÚBLICO**

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria de Fazenda do Estado do Amazonas. Professor de Direito Financeiro e 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).

Andrea Lasmar de Mendonça

Advogada. Assessora Jurídica da Comissão Geral de Licitação do Amazonas. Psicóloga. Professora de Direito Penal na Universidade Paulista (UNIP).

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito de “Direito” – 3. Direito e Ciência Jurídica – 4. Direito Público e Direito Privado – 5. Os princípios no Direito: 5.1. Da noção de princípio; 5.2. Da noção de princípio jurídico; 5.3. Princípios e regras: diferenças; 5.4. Da importância dos princípios – 6. Princípios gerais do Direito Público: 6.1. Autoridade pública; 6.2. Submissão do Estado à ordem jurídica. 6.3. Função; 6.4. Igualdade dos particulares perante o Estado; 6.5. Devido processo; 6.6. Publicidade; 6.7. Responsabilidade objetiva; 6.8. Igualdade das pessoas políticas – 7. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

É inegável a existência de princípios gerais aplicáveis a todos os ramos do Direito Público, os quais colaboram no desenho do chamado “regime jurídico público”.

O conjunto desses princípios comuns identifica e peculiariza o Direito Público, dando-lhe especificidade (tipicidade) em relação ao sistema do Direito Privado.

A doutrina brasileira, contudo, não tem se debruçado sobre o tema dos “princípios gerais do Direito Público”, preferindo, mais freqüentemente, dedicar-se ao estudo dos princípios informadores de cada ramo específico do Direito; fala-se, pois, em princípios gerais do Direito Tributário, do Direito Penal, do Direito Administrativo, do Direito Processual etc.

O objetivo deste desprezencioso trabalho é, justamente, desenvolver um breve estudo acerca dos princípios gerais do Direito Público, tendo como tônica a análise dos mesmos à luz de nosso sistema jurídico positivo e a demonstração da sua operatividade (aplicabilidade), não tendo, obviamente, o intento de esgotar a matéria nele versada.

2. CONCEITO DE “DIREITO”

O termo “direito” pertence à classe das palavras *plurívocas*, isto é, das que possuem mais de um sentido.

O primeiro sentido do vocábulo direito é como “norma” que disciplina as ações (*norma agendí*) ou “conjunto de normas” – é o chamado direito objetivo –, sendo definido, sob este aspecto, como “sistema de imperativos autorizantes”.¹

A segunda acepção do termo é como “permissão” – trata-se do direito subjetivo –, quando então define-se o direito como “permissão concedida por meio de norma jurídica”, nas palavras de Goffredo Telles Júnior², ou faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendí*), como prefere Vicente Ráo.³

Finalmente, apresenta-se a palavra direito designando a qualidade especial do “ato justo”, sendo definida, nesse passo, como “o justo nos termos da lei”.⁴

1 Goffredo Telles Júnior, *Iniciação na ciência do direito*, p. 374.

2 Goffredo Telles Júnior, *Iniciação na ciência do direito*, p. 374.

3 Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, v. 1, p. 187. O citado autor desenvolve o tema dos “direitos subjetivos” no segundo volume da obra referida.

4 Goffredo Telles Júnior, *Iniciação na ciência do direito*, p. 375.

Para os fins deste trabalho, tomaremos o direito no primeiro dos sentidos apontados, isto é, como sendo o conjunto de regras de conduta coativamente impostas pelo Estado.

3. DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA

O Direito é um conjunto de normas (as quais pressupõem, basicamente, três elementos: hipótese, mandamento e sanção) que não descrevem a realidade como é, mas apenas como *deve ser*.⁵

A religião e a moral são também conjuntos de normas, mas que se distinguem do Direito pela ausência, naqueles, de ordem coativa. Sendo assim, o Direito é uma *ordem* da conduta humana. Uma ordem, por sua vez, é um *sistema de normas* (um sistema, consoante lembra Eros Roberto Grau, supõe *ordenação e unidade* – ordenação interior e unidade de sentido).⁶

O Direito é tomado como objeto de estudo de uma ciência: a *Ciência do Direito*. Ele, por si só, não é ciência, como pretendem alguns,⁷ mas apenas objeto dela.⁸

O Direito é normativo (*prescritivo*): ele não descreve; prescreve.⁹ A Ciência Jurídica é, enquanto ciência, *descritiva*:

5 Esclarece, a respeito, Hugo de Brito Machado: "Conhecer o Direito, para o jurista, é conhecer as normas, vale dizer, é conhecer as condutas prescritas por elas, e por isto mesmo se diz tratar-se de uma Ciência do Dever Ser, no sentido de que o cientista do Direito conhece apenas aquilo que deve ser. O jurista, conhecendo as normas, conhece as condutas por estas prescritas, isto é, as condutas que *devem ser*, segundo as normas" (*Uma introdução ao estudo do direito*, p. 39).

6 Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 19.

7 André Franco Montoro é um dos que qualifica o direito como "ciência", mais precisamente, como uma "ciência normativa ética" (*Introdução à ciência do direito*, p. 33 e 94).

8 Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 30. No mesmo sentido é a lição de Goffredo Telles Júnior, que leciona: "Direito não é o nome de uma ciência. É, sim, o nome dos objetos de uma ciência. (...) Impróprio é confundir objetos de ciência com a ciência desses objetos, e chamar de *Direito* a ciência que cuida deles" (*Iniciação na ciência do direito*, p. 375).

9 Eros Roberto Grau averba: "Ainda quando um texto normativo *descreve* uma coisa, estado ou situação, é *prescritivo*. Ele descreve para prescrever que aquela é a descrição do que cogita" (grifos no original) (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 30).

tem por finalidade conhecer de fora o Direito (positivo) e descrevê-lo com base em seu conhecimento.¹⁰

Exemplificando: instituir um dado tributo representa tarefa do Direito Tributário (positivo), enquanto o estudo teórico do referido gravame com o desígnio de verificar a sua compatibilidade ou não com o sistema normativo, bem como identificar a espécie tributária respectiva, simboliza mister da Ciência do Direito Tributário.¹¹

A distinção entre o Direito e a Ciência Jurídica reside, pois, no fato de que esta *não* atribui deveres ou direitos, além de suas proposições formuladas poderem ser *verdadeiras ou não*, ao passo que aquele atribui direitos e deveres, além de suas normas serem *válidas ou inválidas*.

4. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

A ordenação jurídica é una: o Direito não se divide. No Direito não existem um Direito Público e um Direito Privado. Os ramos do Direito nada mais são que uma criação da ciência jurídica, através do qual os cientistas acreditam poder visualizar de modo mais adequado a seu objeto de estudo.¹²

Qualquer tentativa de demarcação das fronteiras de dado ramo do Direito perderá sua consistência em contraste com o princípio da fundamental *unidade sistemática do ordenamento jurídico*, como bem destaca o Prof. Paulo de Barros Carvalho.¹³

10 Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 30.

11 Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Dicionário jurídico tributário*, p. 17.

12 Nesse sentido é a lição de Alfredo Augusto Becker: "Pela simples razão de não poder existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a *"autonomia"* (no sentido de independência relativa) *de qualquer ramo do direito positivo é sempre e unicamente didática para, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de regras jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico"* (grifos no original) (*Teoria geral do direito tributário*, p. 28-29).

13 Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*, p. 11.

A autonomia de qualquer ramo do Direito é, portanto, *relativa*, pois será sempre e exclusivamente *didática*. Estão eles – os ramos – interligados por uma base comum que constitui o ordenamento jurídico. O Direito é, assim, uno, indivisível, mas, por questões de didática, foi dividido para ser possível o seu ensino e aprendizado. Dessa maneira, dividiu-se o Direito em vários ramos, os quais não são independentes, a não ser didaticamente.¹⁴

Divide-se, tradicionalmente, o direito (objetivo) em *público* e *privado*.¹⁵ Tal distinção, conhecida pelos romanos¹⁶, só adquiriu grande interesse com o advento do Estado de Direito.¹⁷

A conceituação do que seja Direito Público bem como a diferenciação com o Direito Privado têm constituído um dos mais árduos temas da doutrina, que formulou diversos critérios para diferenciá-los, dentre eles o critério *do sujeito* e o *do interesse*.

Com base no critério do sujeito (ou titular) da relação jurídica, diz-se que o Direito é público quando rege as relações dos Estados entre si, ou do Estado e seus membros, enquanto

14 Hugo de Brito Machado, *Uma introdução ao estudo do direito*, p. 42. Paulo de Barros Carvalho, apesar da rejeição inicial à própria autonomia "didática" do Direito Tributário – a qual, segundo suas palavras, "não deixaria de ser a cisão do Incindível, a seção do insectionável" (*Curso de direito tributário*, p. 11) – acaba por reconhecer a autonomia daquele ramo *para efeitos meramente didáticos* (*ibid.*, p. 12).

15 Cresce na doutrina a tendência de admitir a existência de um terceiro sub-ramo: o *social*, que englobaria o Direito do Trabalho e o Previdenciário.

16 O Direito Romano apontou, com muita propriedade, tal distinção, referindo-se ao *Jus Publicum* e ao *Jus Privatum*. Com base na lição romanística, através da sentença de Ulpiano (*Jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*), o direito público era o direito do Estado romano; o direito privado, a disciplina dos cidadãos.

17 De fato, a idéia de Estado de Direito apresenta-se como um dos pressupostos da existência do Direito Público, justamente porque este fixa normas para as atividades do Estado, e somente com base no pressuposto da submissão da atividade pública a uma ordenação jurídica – fundamento do Estado de Direito – seria possível conceber um Direito Público fixando preceitos que protegem direitos dos indivíduos perante o Estado, limitando o poder das autoridades. Nesse sentido: Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, p. 24; Robertônio Santos Pessoa, *Curso de direito administrativo moderno*, p. 26.

o privado é aquele que rege a vida dos particulares.¹⁸ Segundo o critério do interesse e da utilidade que envolve, seriam públicas as normas que tutelam interesses públicos (gerais), sendo privadas as normas que regulam interesses privados (individuais). Ambas as correntes são criticadas.

A dicotomia entre esses dois ramos cumpre várias funções, não havendo um critério único para diferenciá-las. Talvez adotar uma visão formalista facilitaria essa distinção: isso significa voltar a atenção para o regime jurídico criado pelas normas.

O Direito Público, disciplinando os interesses gerais da coletividade, se caracteriza pela imperatividade de suas normas, que não podem nunca ser afastadas por convenção dos particulares. Já o Direito Privado, que versa sobre as relações dos indivíduos entre si, tem na supletividade de seus preceitos a nota característica, isto é, vigora apenas enquanto a vontade dos interessados não disponha de modo diferente que o previsto pelo legislador.¹⁹

Embora a divisão morfológica do Direito em público e privado tenha sido objeto de inúmeras críticas, em face da idéia de que o fim do Direito é satisfazer interesses gerais, persiste a referida distinção que é aceita sob o ponto de vista técnico e didático.

Integram o primeiro o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Processual, o Financeiro, o Tributário, o Eleitoral, o Municipal, o Penal e o Internacional Público. Ao segundo pertencem o Direito Civil, o Comercial e o Internacional Privado.

5. OS PRINCÍPIOS NO DIREITO

5.1. Da noção de princípio

Não há conhecimento filosófico ou científico sem princípios, pois é através deles que se alcança unidade e coerência.

¹⁸ Tal critério é o adotado por André Franco Montoro em sua *Introdução à ciência do direito*, p. 405.

¹⁹ Maximilianus C. A. Führer e Édís Milaré, *Manual de direito público e privado*, p. 30 e 117.

O conhecimento racional procura explicar os fatos, deles retirando seus aspectos constantes, reduzindo-os sob a forma de leis. Nesse sentido geral, a lei é a expressão de uma relação necessária e constante, que deriva da natureza das coisas.

Do conhecimento das leis, podemos observar e retirar os aspectos nelas constantes e regulares, reduzindo-os sob a forma de *leis de leis*. É nesse sentido, também geral, que encontramos os *princípios*, como expressões de uma relação necessária e constante, que deriva da natureza das leis.

Os princípios, vistos em sua acepção geral, são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.²⁰ Correspondem, assim, às proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado, constituindo um desdobramento daqueles princípios.²¹

5.2. Da noção de princípio jurídico

Partindo da noção genérica de princípio, podemos concluir que princípio jurídico é o primordial do Direito a cujo entendimento se faz vincular a conexão das normas jurídicas que se aplicam. Os princípios jurídicos são, assim, normas de maior hierarquia, autênticas "sobrenormas" que orientam a aplicação das demais.

Os princípios permitem a compreensão de um sistema, de seu modo de organizar-se. Eles são as idéias centrais ao qual dão sentido lógico e ajudam no ato de conhecimento desse sistema.²²

20 Ronaldo Poletti, *Introdução ao direito*, p. 285.

21 Ronaldo Poletti, *Introdução ao direito*, p. 285.

22 Precisa é, a respeito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que transcrevemos: "O sistema de uma disciplina jurídica, seu regime, portanto, constitui-se do conjunto de princípios que lhe dão especificidade em relação ao regime de outras disciplinas. Por conseguinte, todos os institutos que abarca – à moda do sistema solar dentro do planetário – articulam-se, gravitam, equilibram-se, em função da racionalidade própria deste sistema específico, segundo as peculiaridades que delinham o regime (...), dando-lhe tipicidade em relação a outros" (*Curso de direito administrativo*, p. 51).

O princípio jurídico é uma norma, implícita ou explícita, que, pela sua generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das regras jurídicas que com ele se conectam.²³

5.3. Princípios e regras: diferenças

O princípio é, como exposto, uma norma jurídica, mas que, por ter um âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas (denominadas *regras jurídicas*), inclusive as de nível constitucional, apresentando, destarte, papel preponderante na ordem jurídica.

Com efeito, o ordenamento jurídico contém duas espécies de normas: as *regras* e os *princípios*.²⁴ Estes são normas de hierarquia superior às regras, pois determinam o sentido e alcance destas últimas, que não podem contrariá-las. As regras, por seu turno, existem para instrumentalizar os princípios, detalhando seus preceitos.²⁵

Em virtude de sua generalidade, os princípios (normas primárias) obrigam a adequação das normas secundárias (regras jurídicas) e das condutas aos valores que incorporam. As regras jurídicas estabelecem o dever ser, ou seja, regulam especificamente o comportamento e a conduta social, nos dizem como devemos agir em determinadas situações específicas, previstas por estas regras. Já aos princípios, enquanto proposições fundamentais, cabe estabelecer as direções em que deveriam situar-se as normas, isto é, orientar concretamente o direito, qualificando as normas dentro de determinados padrões axiológicos.

Os princípios, como destaca Celso Ribeiro Bastos são "mais do que meras normas, justamente por se irradiarem

23 Luiz Antônio Rizzato Nunes, *Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 171.

24 Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 19.

25 Fernando Facury Scaff, *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*, p. 158.

sobre o todo normativo, ao contrário do que ocorre com os preceitos ou regras, que se exaurem no comando que expedem".²⁶

O fato de os princípios situarem-se no ponto mais alto do sistema jurídico, de forma genérica e abstrata, não significa in incidência no plano da realidade. De fato, como observa Rizzatto Nunes, "o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que foi posto para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar".²⁷ Ademais, como as regras jurídicas incidem no real e devem respeitar os princípios, acabam por leva-los à concretude.²⁸

5.4. Da importância dos princípios

Na aplicação do Direito, os princípios cumprem duas funções: determinam a adequada compreensão das regras jurídicas (*função interpretativa*) e permitem a colmatação das lacunas da lei (*função integrativa*). Esclareça-se, por isso, que nada justifica a distinção, por vezes encontrada, de duas categorias de princípios: princípios integrativos e interpretativos, já que cada princípio é, a um só tempo, integrativo e interpretativo, conforme sua utilização.

A função interpretativa dos princípios jurídicos é ressaltada por Rizzatto Nunes: "Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas".²⁹

Já a função integrativa dos princípios jurídicos vem expressa no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC),

26 Celso Ribeiro Bastos, *Direito público: estudos e pareceres*, p. 238.

27 Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 164.

28 Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 164.

29 Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 164.

o qual estabelece que, na omissão da lei, o juiz julgará de acordo com "a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*" (grifamos).³⁰ Estes últimos atuarão, pois (ao lado da analogia e dos costumes), como fonte suplementar às regras escritas, em face da omissão legal.

As diversificadas utilidades dos princípios no Direito contemporâneo, especialmente no Direito Público, cada vez mais fazem com que eles adquiram uma importância especial, lançando a sua força sobre todo o mundo jurídico.

Freqüentemente os princípios estão implícitos, sendo indispensável decifrá-los. No entanto, todos eles – implícitos e explícitos – têm sede direta no ordenamento jurídico.

6. OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PÚBLICO

Os princípios gerais do direito público devem ser retirados da Constituição, uma vez que o Direito Público é por ela delineado.³¹ Esses princípios, vistos de um modo geral, cumprem a finalidade de desenhar o regime jurídico desse ramo essencial do Direito.

De modo especial, duas são as utilidades dos princípios gerais do direito público: determinam a adequada interpretação das regras de Direito Público e permitem a integração das lacunas existentes nas leis de Direito Público.³²

30 No mesmo sentido é a regra do art. 126 do Código de Processo Civil, *verbis*: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

31 O Direito Constitucional, prevendo as normas superiores do ordenamento jurídico do Estado, relaciona-se, em verdade, com *todas* as disciplinas jurídicas, sejam públicas, sejam privadas, que têm suas regras nele calcadas, sob pena de inconstitucionalidade.

32 A função integrativa dos princípios de Direito Público é explicitada no art. 108 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25.10.1966), que, em seu *caput*, estatui: "Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os *princípios gerais de direito público*; IV - a equidade" (grifamos).

Sobre este assunto, observa Goffredo Telles Júnior que as leis de *Direito Público* não se confundem com as leis de ordem pública: "As leis de ordem pública, também chamadas impositivas, propriamente imperativas ou cogentes, são aquelas que ordenam ou proíbem de um modo absoluto, sem admitir alternativas. A impositividade das leis de ordem pública é absoluta, e esta impositividade absoluta é motivada pela convicção de que certas relações e certos estados da vida social não podem ser abandonados ao arbítrio individual, sob pena de possível prejuízo para a ordem social".³³

"Ora", diz o mestre, "as leis de ordem públicas – leis de impositividade absoluta – podem ser de Direito Público ou de Direito Privado" (grifos no original).³⁴

Cita, então, como exemplo de lei de ordem pública de Direito Público o art. 21, I, da Constituição Federal, que diz: "Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais". Como exemplo de lei de ordem pública de Direito Privado menciona o art. 530, I, do Código Civil, que reza: "Adquire-se a propriedade imóvel: I - pela transcrição do título de transferência no Registro de Imóveis".

E conclui o autor acima referido: "É evidente que este último artigo é uma lei de *Direito Privado*, porque trata de interesses e utilidade dos particulares. Mas é lei de ordem pública, porque é lei absolutamente imperativa – lei cogente –, não admitindo alternativa no seu cumprimento. Embora

33 As normas da ordem pública, como destaca Luiz Antônio Rizzato Nunes, impõem-se mesmo contra a vontade de quem tem o direito e a garantia a seu favor. E exemplifica citando a norma que garante o pagamento do salário do empregado: "Se este assinar o documento, dizendo que abre mão do salário em certo mês, mesmo que queira, o documento é nulo" (*Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 196).

34 Goffredo Telles Júnior, *Iniciação na ciência do direito*, p. 228. No mesmo sentido é a lição de Luiz Antônio Rizzato Nunes: "Consigne-se, ainda, que não se deve confundir norma de ordem pública ou privada com o chamado ramo do Direito Público ou Privado". E conclui: "Os modos proibitivo e obrigatório, que são características marcantes dos ramos do Direito Público, estão presentes, também, em normas do Direito Privado e do Direito difuso, e, quando lá estão, são, também, normas de ordem pública, mesmo que incluídas em outros ramos do Direito que não os do Direito Público" (*Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 196).

disciplinando atividade dos particulares, é lei que resguarda, de modo geral, o princípio da propriedade privada – que é tido como um dos fundamentos da ordem social instituída e vigente no País” (grifos no original).³⁵

Levando-se, pois, em consideração a apontada distinção, ratificamos o que ficou dito acerca da dupla utilidade dos princípios gerais do Direito Público.

Segundo Carlos Ari Sundfeld³⁶, são oito os princípios gerais do Direito Público brasileiro. Vejamos, separadamente, cada um deles.

6.1. Autoridade pública

A autoridade pública conferida ao Estado pelas normas jurídicas é a consequência da qualificação de certos interesses como mais relevantes que outros. O poder de autoridade se manifesta:

a) impondo unilateralmente comportamentos aos particulares (por meio de comandos imperativos);

b) atribuindo direitos aos particulares, através de vínculo não-obrigacional (o exercício da autoridade, aqui, comporta versão mais amena; um exemplo é a autorização).

Tal princípio, como destaca Carlos Ari Sundfeld, “evidencia o fato de o direito público regular o exercício do poder político, gerando, portanto, a outorga ao Estado de *poderes especiais* frente aos particulares” (grifos no original).³⁷

Vale destacar que os poderes estatais só se justificam para a realização de interesses públicos. Assim, qualquer ato de autoridade pública é meramente *instrumental*.

6.2. Submissão do Estado à ordem jurídica

Para ser válido, todo ato do Poder Público dever ter fundamento em uma norma jurídica superior.

35 Goffredo Telles Júnior, *Iniciação na ciência do direito*, p. 229.

36 Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 142.

37 Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 142.

O Estado, quando atua, dá cumprimento a algum dever imposto pelo Direito. Dessa forma, ele se coloca sob a ordem jurídica, e a submissão do Estado à essa ordem se expressa no princípio da legalidade.³⁸

Isso significa que a atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. De fato, como bem destaca Seabra Fagundes, "sendo a função administrativa essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites dêste".³⁹

A sujeição do Estado à ordem jurídica, contudo, não se opera exclusivamente quando no exercício da função administrativa, mas de qualquer função estatal. Com efeito, a concepção do Estado de Direito não opera apenas a nível do Estado-administração, comumente chamado de Poder Executivo, mas também no que se relaciona com os outros denominados Poderes Estatais, pois, do contrário, ter-se-ia um paradoxo: a Administração subordinada à ordem jurídica, mas não o Judiciário, ou o Legislativo.

Na esfera da atividade do legislador, a submissão do Estado à ordem jurídica se expressa no princípio da necessária *constitucionalidade das leis*.⁴⁰

Também a atividade jurisdicional é desempenhada, quanto ao mérito e ao procedimento, nos termos da Constituição e da lei: "O juiz, ao julgar conflitos, não manifesta sua vontade ou opinião pessoal sobre o caso: apenas faz o direito incidir na hipótese concreta. Ademais, o procedimento a ser adotado para se chegar à decisão final é regulado pela lei – a lei processual civil, penal ou trabalhista –, que estipula

38 Léon Duguit ensina que: "Admitindo o Estado como pessoa, sujeito de direito, confirma-se, desse modo, sua sujeição à alçada do direito, e nesse sentido, além de titular dos direitos subjetivos, sujeito ao direito objetivo" (*Fundamentos do direito*, tradução de Márcio Pugliese, p. 59).

39 Miguel Seabra Fagundes, "Administração", verbete in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. II, p. 328.

40 Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 147.

prazos e oportunidades para as manifestações das partes, estabelece os requisitos das sentenças, dispõe sobre os recursos cabíveis etc.”⁴¹

No Direito Público, como os atos só são válidos com amparo em competência especial conferida pela Constituição ou pela lei, os atos devem, sob pena de invalidade, ser praticados dentro do previsto pelas normas jurídicas.

O que se opõe ao Direito é o *arbitrio*, que significa o exercício do poder sem observância das prescrições jurídicas.⁴² Onde há lei escrita não pode haver arbitrio.⁴³

6.3. Função

Para o Direito, *função* significa poder de agir cujo exercício se traduz num *dever jurídico* que só se legitima quando se atinge a *finalidade* esperada.

O exercício do poder estatal é um *dever*, não uma faculdade do agente, enquanto que o ato de direito público praticado com base em poder atribuído por certa norma, só será válido se alcançar a finalidade por ela visada.⁴⁴ A competência do agente estatal está ligada a uma finalidade pública.

Onde há função não há lugar para a autonomia da vontade nem para a busca de interesses próprios, pessoais. Há, sim, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “adstrição a uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio que, no caso, é o interesse público”.⁴⁵

41 Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 150.

42 Hugo de Brito Machado, *Uma introdução ao estudo do direito*, p. 28.

43 Miguel Seabra Fagundes, “Administração”, p. 328.

44 Nesse sentido é a lição de Eros Roberto Grau, que, citando Renato Alessi, toma o sentido do vocábulo *função* a partir da noção de *poder estatal*: “este, enquanto preordenado às *finalidades* de interesse coletivo e enquanto objeto de um *dever jurídico*, constitui uma *função estatal*.” (grifos no original) (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 175-176).

45 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 69-70. Nesse sentido: Marcelo Harger, *Princípios constitucionais do processo administrativo*, p. 138.

Não é somente o administrador que exerce função. Também o legislador e o juiz também atuam funcionalmente, pois os órgãos estatais não são titulares do poder que lhes foi conferido pela Constituição. Por isso, no exercício do poder, não há qualquer direito subjetivo dos agentes públicos. Há, isto sim, o dever de atuar conforme a competência que lhes foi atribuída.⁴⁶

6.4. Igualdade dos particulares perante o Estado

De acordo com a Constituição, os particulares são iguais perante o Estado como um todo (art. 5º, *caput*). Por isso, o princípio da isonomia é essencial a todo o direito público. A isonomia (isto é, a igualdade perante a lei), aliás, como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é, desde a Antigüidade, indissoluvelmente associada à democracia.⁴⁷

Esse princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Não quer significar, simplesmente, o nivelamento de todos os cidadãos perante a norma legal. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma. O princípio da isonomia, assim, implica a necessidade de os iguais serem tratados igualmente e os desiguais, desigualmente na medida de sua desigualdade, na célebre expressão de Rui Barbosa.⁴⁸

46 Marcelo Harger, *Princípios constitucionais do processo administrativo*, p. 51 e 138.

47 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 241.

48 "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real" (Rui Barbosa, "Oração aos moços", in *Escritos e discursos seletos*, Ed. José Aguilar, p. 685).

A lei, na verdade, sempre discrimina. Seu papel fundamental consiste precisamente na disciplina das desigualdades naturais existentes entre as pessoas. A lei, assim, nada mais faz senão discriminar situações para submetê-las à regência de determinadas regras – sendo essa sua característica funcional.

O importante é saber como será válida essa discriminação, ou seja, quais os critérios admissíveis, e quais os critérios que implicam lesão ao princípio da isonomia.⁴⁹ O que é preciso indagar, em outras palavras, diz respeito a quais as discriminações juridicamente intoleráveis.

A lei agride a isonomia quando beneficia ou prejudica sujeito individualizado, isto é, quando não se reveste de generalidade ou abstração. Nesse sentido é a lição de Hugo de Brito Machado⁵⁰, que, ao tratar dos princípios constitucionais da tributação na Carta Magna de 1988, expõe: "(...) se a norma estabelece que quem for proprietário de imóvel deve pagar imposto, o imposto é devido, seja quem for o proprietário do imóvel. Mas isto não quer dizer que a norma não possa excluir alguém dessa hipótese, concedendo isenção subjetiva, como faz, por exemplo, ao dizer que ficam isentos desse imposto os funcionários públicos que possuam apenas um imóvel. A norma isentiva, como se vê, formula uma exceção àquela outra norma, a de tributação, mas não viola o princípio da isonomia, posto que mantém o caráter hipotético da norma jurídica. Estabelece uma hipótese, a saber, ser funcionário público e não possuir outro imóvel. A isonomia está preservada posto que qualquer pessoa que se enquadre nessa hipótese terá direito ao mesmo tratamento jurídico. Violada estaria a isonomia se a norma isentiva singularizasse determinada pessoa, em lugar de uma categoria de pessoas" (grifamos).

Leciona Celso Antônio Bandeira de Melo que as discriminações são admissíveis quando se verifique uma

49 Hugo de Brito Machado, *Curso de direito tributário*, p. 28.

50 Hugo de Brito Machado, *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*, p. 54-55.

correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação procedida e que esta seja conforme os interesses prestigiados pela Constituição. Entende ele que para não se agredir o princípio da isonomia concorrerão quatro requisitos: a) que a discriminação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo; b) que o fator de desigualação consista num traço diferencial residente nas pessoas ou situações, vale dizer, que não lhes seja alheio; c) que exista um nexó lógico entre o fator de discriminação e a discriminação legal estabelecida em razão dele; e d) que, no caso concreto, tal vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, visando o bem público, à luz do texto constitucional.

Este também é o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, de forma mais sintética, assevera: "o princípio da igualdade no fundo comanda que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação".⁵¹

6.5. Devido processo

O processo é o modo normal de agir do Estado. A realização dele é indispensável à produção e execução dos atos estatais.

Se, como vimos, a *vontade do Estado é funcional* – vale dizer, seus atos (administrativos, legislativos e jurisdicionais) valem na medida em que alcançam os fins que lhes correspondem –, o processo surge, justamente, como o modo de evitar que o agente público exceda os limites de sua competência. Dito de outro modo, o processo é o meio de regular a formação da vontade dos agentes públicos.⁵²

Não é, todavia, qualquer processo que serve à produção de atos estatais, mas unicamente o que se

51 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 243.

52 Marcelo Harger, *Princípios constitucionais do processo administrativo*, p. 53.

convencionou chamar de *devido processo*, que é a garantia dos particulares frente ao Estado, pois determina certas características inafastáveis dos processos legislativo, judicial e administrativo.

No Direito Privado, esse princípio faculta aos sujeitos o direito de determinarem livremente sua vontade, sem vinculação a qualquer processo juridicamente regulado.

6.6. Publicidade

A publicidade refere-se à necessária e impostergável exigência de total transparência no trato com os negócios públicos num regime republicano, onde todo o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, CF/88), e num Estado Democrático de Direito, aberto ao controle e participação do cidadão. Se o povo é o titular do poder, tem o direito de conhecer tudo o que concerne à Administração, bem como controlar passo a passo o exercício do poder.⁵³

Com efeito, a razão de ser do Estado é externa. Tudo que se faz tem, direta ou indiretamente, uma direção exterior. Os beneficiários de sua atuação são sempre os particulares (administrados).⁵⁴

A informação é, de fato, um bem público e, quando contempla os entes públicos, permite, entre outras coisas, o exercício do controle das ações governamentais pela sociedade, que se constitui em um dos fundamentos básicos da democracia moderna. Só com a transparência das condutas estatais é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos públicos e o grau de eficiência e eficácia de que se revestem.⁵⁵

A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, de acordo com o inciso LX do art. 5º da CF/88.

53 Robertônio Pessoa, *Curso de direito administrativo moderno*, p. 81.

54 Robertônio Pessoa, *Curso de direito administrativo moderno*, p. 82.

55 José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 15.

6.7. Responsabilidade objetiva

O Estado não é irresponsável, devendo obrigatoriamente arcar com os prejuízos provocados por sua ação ou inação.

Como observa Carlos Ari Sunfeld, trata-se de exigência do Estado de Direito: "seria contraditório o Poder Público submeter-se ao Direito e, ao mesmo tempo, ficar imune ao dever de indenizar toda vez que seus comportamentos atinjam a esfera jurídica dos particulares".⁵⁶

A responsabilidade estatal não se compara à responsabilidade privada, uma vez que esta última se liga à idéia de *culpa* (responsabilidade *subjéctiva*). No tocante à responsabilidade do Estado, ao contrário, a atual Constituição seguiu a orientação *objetivista* do risco administrativo, tratando do tema no seu art. 37, § 6º, que assim estabelece: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Do exame da norma constitucional transcrita resulta que o dolo ou a culpa somente são exigidos em relação ao agente causador direto do dano. Quanto às entidades estatais e seus desmembramentos (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, permissionários, concessionários e autorizatários de serviços públicos), nenhuma exigência dessa natureza foi feita, bastando, portanto, o fato (conduta), o dano (resultado) e relação da causalidade entre ambos.

Ressalte-se que, sendo uno o Poder estatal, o Poder Público não fica imune ao princípio da responsabilidade quanto aos atos *legislativos* e *judiciários* dos quais possa resultar dano a terceiros. Tal entendimento decorre não só do princípio da *unidade do Poder estatal* (não infirmada pela

⁵⁶ Carlos Ari Sunfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 167.

tripartição de funções – legislativa, executiva e judiciária), como também da circunstância de ser o País um *Estado de Direito*, isto é, um Estado que se subordina ao Direito.⁵⁷

6.8. Igualdade das pessoas políticas

O art. 19 da vigente Carta Constitucional reza que “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - *criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si*” (grifamos).⁵⁸

É, pois, defeso à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra.

É que, sob o ponto de vista jurídico, as pessoas políticas são absolutamente iguais entre si, gozando, assim, de idêntica estatura jurídica.⁵⁹ São todas são criaturas da Constituição, que outorgou a cada qual uma esfera irredutível e impenetrável de competências, exercidas com toda independência. Todas as pessoas constitucionais são por igual e unicamente subordinadas à Constituição.

A União não é mais importante ou hierarquicamente superior aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nem os Estados o são em relação aos Municípios. Todos estão no mesmo nível. A relação entre as pessoas constitucionais é de igualdade, de isonomia.⁶⁰ As relações entre elas são relações de *coordenação* e não de *subordinação*; de *justaposição* e não de *superposição*.

57 Juary C. Silva, *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*, p. 289-290 e 292.

58 A Carta anterior (1967/69) já dispunha que: “Art. 9º. À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: I - *criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra*” (grifamos).

59 Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Dicionário jurídico tributário*, p. 92.

60 Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 171.

Por este mesmo princípio, também não há hierarquia entre as leis federais, estaduais ou municipais. O que há, isto sim, são *âmbitos materiais diversos* atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas.

A referida isonomia – que jaz implícita nas dobras do próprio postulado federativo – se perfaz na medida em que as pessoas constitucionais titularizam competências próprias hauridas diretamente no Texto Constitucional e não por delegação do Governo Central ou de qualquer outra pessoa de direito público interno.⁶¹

7. CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se existir um conjunto de princípios gerais aplicáveis a todos os ramos do Direito Público, os quais traçam os contornos do chamado “regime jurídico público”, identificando e peculiarizando aquele ramo essencial do Direito, dando-lhe especificidade (tipicidade) em relação ao sistema do Direito Privado.

Os chamados “princípios gerais do direito público” devem ser retirados da Constituição, uma vez que o Direito Público é por ela delineado.

Tais princípios cumprem duas funções: determinam a adequada interpretação das regras de Direito Público (*função interpretativa*) e permitem a integração das lacunas existentes nas leis de Direito Público (*função integrativa*).

BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

61 Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Dicionário jurídico tributário*, p. 92.

- BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito* (traduzido por Márcio Pugliese). São Paulo: Ícone, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo e MILARÉ, Édis. *Manual de direito público e privado*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Dicionário jurídico tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PESSOA, Robertônio. *Curso de direito administrativo moderno*. Brasília: Consulex, 2000.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito* (traduzido por Vera Barkow). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. (atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. v. 1

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. "Administração" (verbete). In: SANTOS, J. M. de Carvalho e DIAS, José de Aguiar (coord.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d., v. 2, p. 324-334.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

A EXECUÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA AMBIENTAL

VITOR HUGO MOTA DE MENEZES

Procurador do Estado do Amazonas

Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas

"..el Derecho Internacional Ambiental es por ahora la ramo de la ciencia jurídica más activamente progresiva, la mas innovadora, y la que mejores expectativas ofrece, la de contenido más idealista y más humano, y en concepto de este apasionado, la más hermosa de todas ellas".

Cesar Sepúlveda¹

Sumário: 1. Generalidade - 2. Da Imediatidade da Tutela - 3. Da Legitimidade Procedimental - 4. Embargos à Execução - 5. Condenação Criminal, Execução do Título - 6. Multa *cominatória* ou *Astreinte* - 7. O fundo de defesa dos direitos difusos - 8. Conclusão - 9. Referências Bibliográficas.

1- Generalidade

O processo civil como originalmente pensado, no dizer de um de seus arquitetos, Túlio Liebman² "não só consistia em julgar, isto é, declarar qual seja a regra jurídica estabelecida pelo direito para regular o caso submetido a julgamento, mas

¹ *El lugar Del derecho Internacional em el universo jurídico, discurso de recepcion como miembro a la espanola, México, Porrúa, 1980, p. 44*

² *Processo de execução, n. 2, p. 4.*

também em realizar praticamente a regra sancionadora decorrente da inobservância daquela primeira regra, isto é, inadimplemento do obrigado. Através da legislação o Estado cria e regula os modelos de conduta a serem observados por seus súditos, prevendo ainda as conseqüências (sanções) pela não observância daqueles”.

É que o processo civil quando foi criado destinava-se a regular e reger as relações interindividuais, e o Estado exercitava sua atividade jurídica através de duas vias distintas: a legislativa e a jurisdicional.

Os jusprocessualistas tradicionais e adeptos da denominada corrente *concretista* sustentam que a ação representa um direito *autônomo* e *concreto*.

Para Antônio Carlos Marcato³ *“Autônomo porque não exige para seu exercício, necessariamente, a existência de um direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão; concreto porque a tutela jurisdicional pleiteada pela parte só pode ser prestada mediante a proteção concreta de seu interesse, ou seja, o direito de ação só existirá quando o provimento final for favorável. Em outras palavras, o direito de ação existe apenas naqueles casos concretos em que também exista o direito subjetivo cuja proteção foi reclamada pelo autor”*.

Todavia, segundo o mesmo autor, para os que *“filiam-se à corrente doutrinária denominada abstratista, o direito de ação é autônomo, posto que diverso daquele direito material agitado no processo. Contudo - e aqui tal posição doutrinária afasta-se da teoria concretista - a ação representa, principalmente, um direito de iniciativa e impulso conferido ao autor, a fim de que ele, uma vez deduzida sua pretensão perante o órgão jurisdicional, obtenha deste um provimento que aprecie suas razões, ainda que tal decisão possa, eventualmente, ser desfavorável”*.

Em outras palavras o código de processo civil foi baseado no binômio conhecimento e execução. É o que o Professor Marcato denomina em suas aulas de: *“crise de certeza (ação de conhecimento) e crise de liquidez (ação de execução)”*.

Isso tudo vale para o processo civil, no sistema tradicional, a pretensão do autor através de sentença que obrigue o réu a uma prestação de dar, fazer ou não-fazer, nascendo uma nova ação (ação executiva ou executória), por meio da qual a sanção deve ser aplicada ao condenado.

Em matéria ambiental, todavia o CPC deve ser utilizado apenas de forma residual, ou seja, se não for possível aplicar outra regra quer da Ação Civil Pública quer do Código de Defesa do Consumidor.

No caso em estudo o que se está discutindo é a execução de sentença prolatada em matéria ambiental ou a jurissatisfatividade das medidas aplicadas, vez que a fase do conhecimento já foi superado restando apenas ser satisfeita a crise de liquidez.

Todavia, não se pode ladear as peculiaridades dos problemas ambientais, notadamente no que toca a incomensurabilidade dos bens em disputa, a correta execução das medidas judiciais ganha maior relevo e um sensível acréscimo nas dificuldades desse tipo de prestação jurisdicional.

É que em face da perspectiva ambiental, a execução em ações judiciais envolvendo matéria ambiental tem especial importância.

E por que? Poderia ser indagado por quem não fosse afeito ao tema. E a resposta é porque através dela que são produzidos os resultados concretos da tutela jurisdicional.

Como dito alhures, em oposição ao processo de conhecimento, a execução é a produção efetiva dos efeitos de direito, a execução em matéria ambiental se distinguiu das demais por sua capacidade de gerar efeitos de fato.

Dessa breve visão do tema concluímos que o exame da execução de medidas judiciais em matéria ambiental passa por dois importantes objetivos que se deve ter presente:

- 1) a necessidade de imediatidade da resposta judicial e,
- 2) a importância da tutela jurisdicional ser prestada de forma específica, isto é, por meio do cumprimento de uma obrigação de fazer, obrigação de não fazer ou mesmo desfazer e a obrigação de suportar.

2 - Da imediatidade da tutela

Tendo em vista as peculiaridades dos problemas ambientais, notadamente no que pertine à irreparabilidade e incomensurabilidade dos bens em disputa, a correta execução das medidas judiciais ganha ainda maior relevo e um sensível acréscimo nas dificuldades desse tipo de prestação jurisdicional.

Nas ações judiciais relativas ao meio ambiente o serviço jurisdicional deverá estar preparado para fornecer respostas imediatas e capazes de gerar efeitos de fato, sob pena de não terem qualquer utilidade prática, transformando-se em mecanismo meramente formal.

Note-se que o CPC originalmente concebido, resolvia tudo em perdas e danos, a teor do art. 633 e seguintes, o que em matéria ambiental deve ser visto e é recomendado pelos jusambientalistas como última possibilidade, devendo ser lançado mão, apenas e se não for possível alcançar por outra via o resultado específico.

Não obstante o texto do artigo 461 do CPC (com alterações) repita em grande parte os diplomas legais que o antecederam (o ECA e o CDC), esse dispositivo apresenta bases mais ampla para proteção jurisdicional das obrigações de fazer e de não fazer, aplicando-se de maneira genérica a toda ação que envolva essa modalidade obrigacional.

É de Calos Alberto Salles⁴ a observação de que: *“dois são os posicionamentos adotados pela doutrina acerca do procedimento da execução de sentenças versando sobre obrigações de fazer e de não fazer. Um deles afirma que, com as mudanças do CPC, esse tipo de processo estaria igualado àqueles chamados executivos lato sensu, dos quais são exemplos característicos a ação de despejo e a reintegração de posse. Nesse caso, portanto, o cumprimento do julgado não se processaria ex **intervalo**, não iniciando um novo processo, o de execução.*

4 in Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente 2º Ed. 1999 – São Paulo

O cumprimento da sentença se faria no próprio processo de conhecimento, mediante a emissão de ordem judicial no sentido do disposto na sentença. A aplicação do capítulo do CPC relativa à execuções de fazer (artigos 632 e seguintes), sob essa perspectiva, seria utilizado apenas residualmente, quando impossível a prestação jurisdicional de forma direta".

Ainda sobre o mesmo tema é relevante as ponderações de Carlos Alberto de Salles⁵, que, com singular acuidade, teve a percepção total do novo fenômeno jurídico impregnado na nova ordem quando afirma que: *"Presentemente, diante da atual estrutura procedimental adotada por nosso Código de Processo Civil, não é mais possível afirmar uma absoluta separação entre as atividades jurisdicionais de conhecimento e de execução. Com a nova redação dos artigos 273 e 461, o legislador consagrando dispositivos surgidos isoladamente na Lei da Ação Civil Pública (arts. 11 e 12), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 84), permitiu a adoção das medidas para garantir o efetivo resultado do processo ainda na fase de conhecimento. Com isso, medidas destinadas a produzir efeitos de fato, outrora próprias da execução, passaram a ser adotadas ordinariamente no processo de conhecimento"*

Preleve-se por importante que o art. 273, do CPC ao permitir a antecipação de tutela, expressamente recomenda a execução da tutela antecipada observando, no que couber o disposto nos incisos II e III do art. 588 (§ 3º) o que significa, em outras palavras, que se deve proceder nos moldes e forma da execução provisória. Segundo a doutrina dominante, este é um caso típico de reconhecimento legislativo do relativismo do binômio conhecimento-execução.

Calha à fiveleta, neste contexto também a nova redação do art. 461, do CPC responsável que foi pela

5 in Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente 2º Ed. 1999 – São Paulo

introdução no código do mecanismos de tutela jurisdicional das obrigações de fazer de não fazer, trazendo para o nosso sistema processual a possibilidade de o juízo, mesmo de ofício, determinar as medidas necessárias (§ 5º) para efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente. Tais provimentos referidos no texto legal poderão, também, ser adotados liminarmente ou a qualquer tempo (§ 3º), sem necessidade de estar finalizado o processo de conhecimento.

Por isso, em matéria ambiental, mais importante que voltar a atenção para o processo de execução é mais útil ter em conta a execução de medidas judiciais a ser levada a efeito em qualquer momento do processo.

Deste modo, como desiderato do objetivo de preservação do meio ambiente a correta execução dessas medidas é tão ou mais importante que a execução final da sentença. Essa, aliás, poderá ser antecipada integralmente. Por hipótese, imagine-se a ordem judicial para cessar a emissão de um poluente tóxico, de praticar ato tendente a garantir a sobrevivência de espécie em extinção ou simplesmente suspender o desmatamento de uma área.

Se essas medidas e outras do gênero fossem esperar pela execução da sentença e não se antecipassem medidas cautelares que dessem efetividade no resultado final da ação, podendo até mesmo ter caráter satisfativo (mitigando-se o *periculum in mora inverso*) tornar-se-iam inócuas e sem exeqüibilidade.

3 – Da legitimidade procedimental

Sobre a legitimação executória, a Lei da Ação Civil Pública traçou regras específicas, estabelecendo em seu artigo 15 que: “*decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados*”.

Em princípio, portanto, cabe à parte que teve sua pretensão acolhida promover a execução, sem embargo de,

excepcionalmente, poder também detoná-la quem não tenha no processo figurado como autor, certo que o título executivo não é exclusivo de ninguém, mas de interesse para toda a coletividade.

Bem por isso, por veicular a ação de tutela do ambiente interesse vital para a comunidade, há que se entender que a inércia de qualquer co-legitimado que se tenha sagrado vencedor na demanda - e não apenas a da "associação autora", como está na lei - autoriza os demais a precipitar a execução.

É de clareza hialina que enquanto para uns (legitimados) a movimentação no sentido de deflagrar a execução da sentença condenatória encerra mera *faculdade*, para o Ministério Público é dever funcional, verdadeiro *munus*, sem qualquer possibilidade de juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade. É que, em sede executória, não mais se discute o direito, já declarado concretamente. O princípio da obrigatoriedade, então, incide em sua plenitude.

4 - Embargos à execução

Em matéria ambiental não só a execução mas toda a ação tem que ser vista de forma diferenciada dada sua complexidade. A execução não obstante prossiga nos próprios autos da ação principal, não se realiza em evento único, mas através de uma série continuada de atos praticados sob ordem e com acompanhamento do juízo.

É bem verdade que a execução em alguns casos pode ser marcada por muitos incidentes processuais versando sobre a melhor e exata forma de se cumprir o julgado em cada situação concreta.

Porém, devemos observar que no procedimento de execução realiza-se uma cognição parcial (no sentido de que não retoma as questões de mérito), mas exauriente de toda matéria sobre a qual deva deliberar o juízo da execução. Assim, é natural a realização de instrução no processo de execução, de forma a dar ao juiz elementos suficientes para decidir sobre os embargos que lhe forem opostos.

O desiderato dos embargos à execução, até por disposição constitucional (art. 5º, inciso LV), é realizada mediante contraditório, podendo-se produzir as provas necessárias ao regular desenvolvimento do processo, como perícias, vistorias, etc. Das decisões proferidas na execução cabe agravo de instrumento.

Importante ter em mente que os embargos não podem ser procrastinatórios e obstativos da execução, não afastando a necessidade de um posicionamento judicial quando ao atendimento da obrigação para fins de extinção da execução (art. 794 do CPC). Em muitos casos, em razão da complexidade fática envolvida, essa providência deverá ser precedida de levantamento pericial, estando tal prova submetida ao contraditório entre as partes.

Diferentemente do processo de execução regulado pelo CPC, neste caso a sentença, a ser proferida não produz coisa julgada quanto ao título em execução. Imagine por exemplo, a execução de uma obrigação de descontaminação de solo ou de despoluição de um rio. Extinta a execução, meses (ou ano) depois, descobre-se um novo contaminante ou poluente, produto do mesmo fato discutido naquele processo não fora eliminado da área em questão. Pode-se, nesse caso, reabrir o processo para completar a execução do título?

Considerando o conteúdo da sentença e tendo em vista o alcance limitado da decisão extintiva, referida no art. 975 do CPC, é claro que sim, desde que se demonstre que a obrigação decorre do mesmo título, executado anteriormente de maneira incompleta.

5 - Condenação criminal – execução do título

A vôo de pássaro tangenciaremos sobre esse tema, até porque a matéria não guarda controvérsias.

É possível a execução judicial no juízo cível de sentença condenatória criminal por estrito comando legal, nos termos do art. 63 do CPC.

Por oportuno é a lembrança de que a Lei 9.605/98 que cuida dos crimes ambientais possui diversos dispositivos da reparação civil do dano ambiental, e por via de consequência podem ser executados nesta senda.

6 – Multa cominatória ou Astreinte

O instituto da pena pecuniária estabelecida nos arts. 644 e 645 do CPC tem semelhança com a *astreint* do direito francês e com a rebeldia à *injunction*, que significa o *contempt of court* do direito anglo-saxão e que, além de multa, pode levar a prisão.

Esse instituto tem natureza coercitiva e não ressarcitória e sua finalidade é fazer com que o devedor ou executado cumpra o especificado na sentença.

Importante destacar nessa quadra, que no regime geral do CPC essa condenação só será possível quando requerido pelo autor, enquanto que no CDC admite a imposição pelo juiz sem o pedido inicial, e com maior valia para as matérias ambientais.

Por isso, determinou o legislador que quando a decisão impuser condenação em pecúnia - caso de aplicação de multa diária ou condenação final em dinheiro - esses recursos devem reverter ao Fundo gerido por um Conselho do qual participam, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, ficando afetados a uma finalidade social específica: permitir a efetiva reconstituição dos bens lesados, verdadeira *restitutio in integrum*.

7 - O fundo de defesa dos direitos difusos

Criado pela Lei 7.347/94, referido na Lei 9.008/95, regulamentado inicialmente pelo decreto 407/91, e posteriormente pelo Decreto 1.306/94, o fundo deve ser utilizado na promoção de eventos educativos e científicos.

Como dito algures neste trabalho, a condenação do poluidor em pecúnia, só deve ser utilizado em última instância,

todavia, em caso dessa incidência, há todo um regramento para sua utilização.

A mais das *astreints* acima mencionadas, também reverterá para esse Fundo o produto de multa ou indenização resultante de execução de compromisso de ajustamento de conduta não cumprido.

Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que possível, como no caso de dano a bem que ostente valor artístico, estético ou histórico, e cujo autor, ainda vivo, possa refazê-lo. Ou, então, na hipótese de desmatamento de área protegida, em que se obriga o agente, ou alguém por ele, a reintroduzir no sítio espécies idênticas às sacrificadas etc.

Outras vezes é impossível a reconstituição do bem ambiental, como se dá, p. ex., com a destruição de uma obra de *Aleijadinho* ou com a morte dos últimos exemplares de uma espécie ameaçada de extinção. Aqui, a indenização equivalente à lesão produzida deverá reverter em algum benefício ao meio ambiente, podendo ser canalizada para a reposição ou recomposição de outros bens, que não os efetivamente lesados. Estamos, então, no terreno da chamada *fluid recovery*, exatamente porque deixa de haver um vínculo, direto e indissociável, entre o *quantum debeatur* e o bem objeto da degradação e entre a eventual indenização e as vítimas originárias (não identificadas) do comportamento. Eventual reparação é utilizada para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade.

Na esfera federal, o *Fundo de Defesa de Direitos Difusos* foi primeiramente regulamentado pelo Decreto 92.302, de 16.01.1986, com as alterações trazidas pelo Decreto 96.617, de 31.08.1988. Mais recentemente, foi editada a Lei 9.008, de 21.03.1995, que criou, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85, e estabeleceu regras quanto à finalidade do Fundo, formação de seus recursos e respectiva aplicação.

No âmbito do Estado de do Amazonas, cuidaram da matéria o Decreto 13.614 de 16/12/90 e a Lei 1.975 de 31/08/1999.

Ao Fundo federal são recolhidas indenizações relativas aos danos suportados por bens e direitos de interesse da União, ou os que, por sua amplitude, não fiquem restritos aos territórios de apenas um dos Estados.

Nos casos em que o dano se circunscrever ao território de uma das unidades da Federação, as indenizações devem ser endereçadas ao Fundo estadual respectivo.

O Fundo referido pela Lei 7.347/85 não pode ser confundido com o *Fundo Nacional de Meio Ambiente*, instituído pela Lei 7.797, de 10.07.1989, e regulamentada, no particular, pelo Decreto 98.161, de 21.09.1989. Tem este por objetivo desenvolver projetos de uso sustentável dos recursos naturais, aí se incluindo a manutenção, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental. Seus recursos não são oriundos de condenações em ações civis públicas ambientais, mas advêm de dotações orçamentárias e doações.

É importante a observação de Celso Antonio Pacheco, Marcelo Abelha e Maria Rosa Andrade⁶ de que: "*Trata-se nesta sede apenas do Fundo Federal criado pela Lei n. 7,347/85, entretanto, é importante que se faça saber que, por autorização da Constituição Federal de 1988 no seu art. 167, IX, é possível aos Estados a criação e a regulamentação dos fundos de que trata a lei comentada. Assim, o valor arrecadado com a condenação judicial irá para o fundo Federal ou estadual, dependendo da casuística. Quando se tratar de tição coletiva ambiental julgada em sede de justiça comum estadual, o fruto da condenação será destinada ao fundo estadual. Nesse ponto, explica-se o capto do art. 13 da LACP, que anuncia que ... a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou Estadual.*"

E complementam os autores: "*Está, pois, em conformidade com o art. 24 da Constituição Federal, que prevê competência concorrente entre União, Estados e Municípios para legislar sobre o meio ambiente cultural, do trabalho, artificial e natural produção e consumo, etc..*"

6 In Direito Processual Ambiental Brasileiro – Del Rey, 1996

8 – Conclusão

Em conclusões ao tema da execução em Ação Civil Pública temos que ter sempre presente sua diferença para as execuções ultimadas em outras matérias, quer cível quer em matéria tributária, por exemplo, dada a especificidade do bem tutelado, ainda e principalmente por força da necessidade da aplicação do princípio da prevenção que é assegurado constitucionalmente.

Como é óbvio, o bem em comento é de todos e está ligado principalmente aos chamados direitos de terceira geração, qual sejam, os coletivos e por isso mesmo demandam tratamentos diferenciados dos bens e interesses individuais.

Nesta quadra importante ressaltar o papel do Ministério Público que, por vezes funciona como fiscal e mais das vezes como fomentador e provocador do judiciário na defesa desse bem da vida coletivo.

Outra característica relevante é que as execuções nesses casos não são realizadas em autos apartados, mas nos próprios autos da ação principal, como continuação judicante daqueles mesmos atos.

Finalmente, à unanimidade, doutrina e jurisprudência pátria apontam no sentido de importantizar em matéria ambiental mais que a execução a capacidade do judiciário de perceber que a antecipação da tutela funciona como verdadeira execução nos termos já ressaltado por Nelson Nery Jr. em Comentários ao CPC.

Por derradeiro, arrematamos que a execução em matéria ambiental não transita em julgado podendo ser revista caso comprovado que nova contaminação ou poluição não foi efetivamente resolvida em execução anterior.

9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

FERNANDES, Éder. **Direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DISCURSO**DISCURSO DE POSSE DO PROCURADOR-GERAL DO
ESTADO DO AMAZONAS**

De Deus e da Senhora do Perpétuo Socorro, neste momento, invoco a proteção para os embates que aceito vir a viver. De Ambos, invoco, também, o testemunho de que jamais cogitei de vir a viver este momento.

.....

Senhor Governador Eduardo Braga,

Senhor Desembargador Ubirajara Moraes,

Senhor Deputado Liberman Moreno,

Senhora Procuradora-Geral de Justiça, Dra. Socorro Guedes,
Colegas Procuradores,

Meu caro Dr. Lúcio Cavalcanti, em quem personalizo todos os amigos presentes,

Minhas Senhoras,

Meus Senhores:

Em sua "Defesa de Sócrates", registra Platão que, se provocado por alguém que lhe perguntasse se não sentia vergonha de ter-se dedicado a uma ocupação que acabou por submetê-lo ao julgamento infame, aquele que foi o maior dos filósofos atenienses certamente responderia: "Estás enganado, homem, se pensas que um varão de algum préstimo deve pesar as possibilidades de vida e morte em vez de considerar apenas este aspecto de seus atos: se o que faz é justo ou injusto, de homem de brio ou de covarde".

Não me ocorre, propriamente, que, com o assumir o honroso e honorável cargo de Procurador-Geral do Estado do Amazonas, esteja eu a incorrer na possibilidade de, ao curso ou ao fim da missão, ser julgado indevidamente. Não, até porque os tempos são de mais condescendência. Porém, ainda que tal risco houvesse, ainda assim pouco se me importaria, dada a certeza de que será justo o que me proponho fazer, por menos préstimos que para tanto eu possua.

Aceitei a investidura ao considerar que o enobrecedor convite partia de um governante de provadas preocupações com a coisa pública, justamente o princípio e o fim da advocacia exercitada por esta Instituição. Levei em conta, igualmente, o compromisso que, de modo espontâneo e — por que não dizer? — entusiástico, todas as lideranças da categoria firmaram quanto ao envolvimento coletivo nas tarefas que incumbem a cada um. Não havia, assim, como uma vez mais recusar. Então, assumo o múnus, repetindo o propósito que em situações como esta jamais deixei de manifestar, qual seja o de procurar dignificar o cargo, mais do que ser por ele dignificado.

O que buscarei, com isso, é — a despeito da inescurecível indigência de meus suplementos jurídicos — seguir exemplos deixados aqui por homens como Huáscar de Figueiredo, Aderson de Menezes, João Nogueira da Mata e, entre outros de meus contemporâneos, Osmar Pedrosa, Vicente de Mendonça Júnior, Daniel Isidoro de Mello, Jayme Maués, Élson Andrade e, *the last but not the least*, Oldeney Valente.

São antigas as raízes da Procuradoria Geral do Estado, embora date de 31 de janeiro de 1972 (então com o nome de Procuradoria Jurídica do Estado) sua instalação como órgão do qual se originou a estrutura atual. Com efeito, uma das funções que hoje desempenha já poderia ser localizada no Século XIX, eis que, na chamada "Portaria 4ª Seção nº 27", de 30 de maio de 1884, assinada pelo Dr. Theodureto Souto (segundo assinala Jayme Maués em artigo publicado no número especial de 1992 da Revista da PGE), podia ser lido: "O Presidente da Província, tendo em vista a representação que lhe foi feita pelo doutor Procurador Fiscal do Thesouro da Fazenda (...).

Mas a Instituição mesmo teria nascido no período alvariano de 1937 a 1946, com a criação da Procuradoria da Fazenda, conforme anotei noutra ocasião, louvado em narrativa que João Nogueira da Mata, Marlene Verçosa e Jayme Maués publicaram na Revista da PGE nº 2/3, de 1984. Registre ali o seguinte, para realçar a importância e autonomia de que tal Procuradoria era dotada:

“Em data imprecisa, foi o órgão instalado com a finalidade de ‘examinar os recursos administrativos que envolvessem interesses pecuniários, inclusive em proveito de funcionários estaduais’, bem como cobrar a dívida ativa do Estado, ‘devidamente informada e encaminhada pelo gabinete do então Diretor da Fazenda Pública .

Tais atribuições foram, desde logo, rigidamente cumpridas. Nas palavras daqueles narradores, era ‘tamanho a austeridade conferida no cumprimento das cobranças, que os processos, uma vez entregues na Procuradoria, não mais poderiam retornar às mãos do referido titular’. Mostrou-se, no entanto, necessária a adoção de medidas que lhe assegurassem esse desempenho. Foi o que em seguida aconteceu, como registram os três pesquisadores, desta forma: ‘Com o propósito de cercar de maiores garantias o Fisco Estadual na árdua luta contra os transgressores das leis tributárias, a Assembléia Legislativa votou a *Lei das Prerrogativas*, através da qual os titulares da Procuradoria da Fazenda passaram a gozar das mesmas garantias atribuídas aos Desembargadores, vale dizer: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos’.

Conquanto não mais veja a tal *Lei das Prerrogativas*, há que o reconhecimento da relevância do papel dos Procuradores do Estado agora, no contexto do Estado Democrático de Direito, possui assento até de maior hierarquia, já que figura, formalmente, no rol do que a Constituição Federal define como “funções essenciais à Justiça”.

Essa, em verdade, é a expressão que, no Título IV da Lei das Leis da República, dá nome ao Capítulo IV, em cujo texto, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública e Advocacia, está assentado:

Art. 132 – Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Todo o significado dessa disposição constitucional seria resumido pelo eminente ministro Celso de Mello no Supremo Tribunal Federal, nos autos da Petição nº 409-4-AC, com estas palavras:

“O conteúdo normativo do art.132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele se contém norma de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, que não permite conferir a terceiros – senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal – o exercício intransferível e indisponível das funções de representação judicial e de consultoria jurídica do Poder Executivo.”

Louvado na imposição da Constituição Federal, o legislador amazonense reformou o capítulo “Da Competência” da Lei 1.639/83 – a nossa Lei Orgânica, de *status* de lei complementar – e, taxativamente, nas duas vertentes de atuação, atribuiu à Procuradoria nada menos de 19 funções, das quais peço vênia para destacar estas seis:

- Desenvolver a advocacia preventiva tendente a evitar demandas judiciais e contribuir para o aprimoramento institucional da Administração Pública, inclusive mediante a proposição de anteprojetos de lei e de outros diplomas normativos;

- Determinar a inscrição em dívida ativa de créditos da Fazenda Pública Estadual e promover sua cobrança administrativa e judicial, bem como atuar em todos os feitos judiciais em que haja interesse fiscal do Estado;
- Fixar a interpretação das leis, promover a uniformização da jurisprudência administrativa e solucionar as divergências jurídico-administrativas entre os órgãos da Administração Direta, autarquias e fundações;
- Assessorar o Governador do Estado no processo de elaboração de anteprojetos de lei, decretos e atos normativos em geral;
- Zelar pela observância dos princípios constitucionais impostos à Administração Pública, propondo a declaração de nulidade, a anulação ou a revogação de quaisquer atos da Administração Estadual.
- Promover ações civis públicas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e das finanças públicas e ações de improbidade administrativa;

Funções relevantíssimas, o cumprimento dessa última, que ocorrerá sempre que necessário, é de todo oportuno principalmente quando, preocupado em preservar a imagem e a reputação do administrador público e no propósito de prevenir e combater práticas danosas ao patrimônio material do Estado, o Executivo, por iniciativa de seu atual Chefe, fez ser aprovada a Lei 2.850, de 18 do novembro ontem encerrado, instituindo o Código de Ética dos Titulares de Cargos de Alta Direção e, no âmbito de suas normas, criando a Comissão Geral de Ética do Poder Executivo. A Procuradoria Geral do Estado – esteja certo, Senhor Governador! – participará entusiasmada e responsabilmente desse colegiado.

Assim dito, resta-me concitar os ilustres Procuradores do Estado a se empenharem mais e mais em seu ofício, não descurar um dia sequer de seu cumprimento, exauri-lo com competência como naquela recorrente história do gari que cuida esmeradamente de sua quadra para que o da quadra vizinha não venha a fazer o seu serviço. Sei que nesse esforço não haverá desertores, nem mesmo indiferentes.

Obrigado, Senhor Governador Eduardo Braga, pela homenagem que Vossa Excelência presta à Procuradoria Geral do Estado ao escolher um de seus membros – embora não o de mais méritos – para dirigi-la. Obrigado, igualmente, pelo que Vossa Excelência acaba de conceder com o fim de melhorar funcionalmente a PGE, ao assinar a Proposta de Emenda Constitucional e o projeto de lei pelos quais dota a Instituição de um Subprocurador-Geral-Adjunto.

Permita-me mais, apenas, que neste ato de posse, em cumprimento ao art. 15 de seu Código de Ética, assinie eu e entregue ao digno Chefe de sua Casa Civil o termo mediante o qual, pelo prazo de quatro meses após deixar de ser o Procurador-Geral do Estado do Amazonas, me comprometo a:

I – não atuar em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, em processo ou negócio do qual tenha participado em razão do cargo;

II – não prestar consultoria a pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, valendo-me de informações não divulgadas publicamente a respeito de programas ou políticas governamentais.

Obrigado.

Procuradoria Geral do Estado, em Manaus, 1º de dezembro de 2003.

R. FRÂNIO A. LIMA

TERMO DE COMPROMISSO

Pelo presente termo, eu, Raimundo Frânio de Almeida Lima, brasileiro, casado, servidor público, residente e domiciliado nesta cidade, à Rua Recife, nº 639, Ap. 1.401/Alfa, bairro de Adrianópolis, portador da Carteira de Identidade de nº 01.711.848-OAB/AM, comprometo-me a, pelo prazo de quatro meses após deixar o cargo de Procurador-Geral do Estado:

I – não atuar em benefício ou em nome de pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, em processo ou negócio do qual tenha participado em razão do cargo;

II – não prestar consultoria a pessoa física ou jurídica, inclusive sindicato ou associação de classe, valendo-me de informações não divulgadas publicamente a respeito de programas ou políticas governamentais.

Manaus, 1º de dezembro de 2003.

R. Frânio A. Lima

JURISPRUDÊNCIA**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (PROC. Nº 20100919-6)**

EMBARGANTES: O ESTADO DO AMAZONAS e SUPERINTENDÊNCIA DE HABITAÇÃO, URBANIZAÇÃO E ASSUNTOS FUNDIÁRIOS DO AMAZONAS

Procuradores do Estado: Dr. Frânio Lima e Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça

EMBARGADO: ESPÓLIO DE EDUARDO SILVEIRA LIMA, representado pela inventariante MARIA LUÍZA SANTANA LIMA (Advogada: Dr^a Maria José Menescal de Vasconcelos)

DESPACHO:

Cuida-se de Medida Cautelar ajuizada pelo Estado do Amazonas em conjunto com a Superintendência de Habitação, Urbanização e Assuntos Fundiários do Amazonas-SUHAB, que tem como finalidade conferir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelas mesmas partes, o qual, mediante despacho de fls. 455 e 456 foi indeferido, manipulando os embargantes, o presente EMBARGOS DE DECLARAÇÃO com efeitos infringentes, com fundamento no art. 535, II do Código de Processo Civil.

Em resumo alegam os Embargantes omissão do despacho embargado, ao deixar de apreciar questões que deveria obrigatoriamente examinar e decidir, a luz do art. 93, inciso IX da Constituição Federal, isto é, deixou de debater questões de fato e de direito ventiladas no pedido, exatamente a respeito do cabimento e da competência da cautelar, este último que, o embargante, com base em entendimento do STJ, argumenta ser competente o Tribunal de Justiça para apreciar a medida cautelar visando dar efeito suspensivo ao recurso especial interposto, daí pleitear o acolhimento dos embargos com efeito infringente.

Este é o Relatório. Passo a decidir:

A questão primeira que se apresenta, é a respeito do cabimento dos presentes embargos declaratórios, visto que, a decisão embargada é de caráter interlocutório, não se enquadrando expressamente na regra contida no art. 535 do CPC, que dispõe ser este recurso oponível apenas às sentenças e aos acórdãos.

Sobre o assunto, os embargantes trazem a colação entendimento da doutrina e da jurisprudência, vivenciada e depurada pelo cotidiano da vida forense, que admitem a utilização dos embargos declaratórios contra decisões interlocutórias que tragam em seu bojo, omissão, obscuridade ou contradição, ampliando assim a abrangência desse recurso, a cujo entendimento me filio, valendo citar a opinião abalizada de Pontes de Miranda acerca do assunto, para quem esses embargos poderiam ser utilizados "contra decisões interlocutórias e nos próprios despachos de expediente, como se foi contraditória ou obscura ou omissa" (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1975, vol. VII, pág. 401).

Ultrapassada essa questão, passemos à análise do mérito dos Embargos Declaratórios:

A decisão embargada indeferiu a medida cautelar pleiteada visando dar efeito suspensivo ao recurso especial interposto da decisão que em Agravo de Instrumento obriga os Embargantes a depositar judicialmente as quantias do Precatório Requisitório nº 01/98, até decisão final da ação principal, ou seja, Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico, esta que tem por fim desconstituir decisão anteriormente transitada em julgado.

Se louva essa decisão na pendência do exame de admissibilidade do recurso especial, bem como na ausência de pressuposto quanto ao seu ajuizamento perante o Tribunal, para indeferir o pedido com base no art. 61, inciso X do RITJ, sem adentrar na questão de fundo, qual seja, o pedido de efeito suspensivo em face da alegada existência dos requisitos do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora", o primeiro em função do poder geral de cautela conferido

pelos arts. 798 e 800 do Código de Processo Civil, considerando a regra processual de competência funcional para o juízo de admissibilidade do recurso especial deferida à Presidência do TJAM pela Lei Complementar Estadual nº 17/97 – Lei de Organização Judiciária do Estado do Amazonas (art. 70, XXXI), e, ainda a orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Presidência do Tribunal de origem é competente para analisar medidas cautelares referentes a recursos especiais, antes do primeiro juízo de admissibilidade, e, o segundo (*periculum in mora*), diante da ameaça de comprometimento de significativas verbas do erário público, que deverão ser inseridas na proposta orçamentária de 2.004, para fazer face ao pagamento do Precatório 01/98, até porque, consoante a decisão proferida no agravo de instrumento, essa verba não servirá ao pagamento da parte contrária no exercício financeiro de 2.004, mas apenas garantirá o depósito judicial autorizado, este que perdurará até o final da ação ordinária declaratória de nulidade de ato jurídico, que ainda se encontra em andamento na primeira instância, o que não se justifica diante do fato da Fazenda Pública gozar da presunção de solvência, e o valor demandado de quase R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), poder ser pago, se for o caso, no final da demanda no caso de uma decisão desfavorável aos Embargantes.

Esses argumentos dos Embargantes me levaram a profunda reflexão sobre o despacho objeto dos embargos, principalmente, e por primeiro, no que diz respeito à competência da Presidência do Tribunal para apreciar a medida cautelar na pendência de recurso especial ainda não submetido ao crivo de admissibilidade. Nesse aspecto estou convencido da tese suscitada pelos Embargantes, em face de decisão majoritária proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, trazida à colação (Reclamação n. 1.071-RS (2001/0193243-6) – fls. 475 a 481, cuja ementa é do seguinte teor:

**“RECLAMAÇÃO - ALEGADA USURPAÇÃO DA
COMPETÊNCIA DESTE SODALÍCIO — EXAME DE
LIMINAR, EM CAUTELAR, PELA VICE-PRESIDÊNCIA**

DA CORTE DE ORIGEM — ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - INFERÊNCIA NO SENTIDO DE QUE AMBAS AS DECISÕES FORAM PROFERIDAS E BAIXADAS NA MESMA DATA PARA A SECRETARIA DE RECURSOS — NÃO EVIDENCIADA QUALQUER AFRONTA À COMPETÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

- Não resta evidenciado que a Corte Regional Federal, ao apreciar o recurso especial e a cautelar e baixar ambas as decisões no mesmo momento, tenha usurpado a competência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez eu ainda não havia sido acometida a jurisdição a este Sodalício.
- Reclamação improcedente."

Naturalmente que, a matéria, no âmbito do STJ é controversa, tanto que não existe ainda uma unanimidade. No entanto, ela abre novos horizontes no campo processual, principalmente quando admite a competência do Tribunal "a quo", para acolher medida cautelar visando a suspensividade do recurso especial, antes de sua admissibilidade, valendo transcrever trecho do voto do ilustre relator da referida reclamação no STJ, Ministro Franciulli Netto, nestes termos:

"Assim, a Presidência do Tribunal é detentora do poder cautelar até a admissão do recurso excepcional. Entenda-se que até a admissão se traduz inclusive no momento em que o Presidente emite esse juízo. Desse modo, no caso particular, ao Vice-Presidente era dado proferir pronunciamento na cautelar concomitantemente como o exame da admissibilidade do recurso especial."

Sedimentando seu judicioso voto, cita também trecho do pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence, que acolhe esse raciocínio, a respeito do assunto, seguinte:

“Certamente na Turma, ao acompanhar o Ministro Moreira Alves na Petição n. 1.872, em 07 de dezembro de 1999 - não sei se o repeti, ao votar no Pleno, na Petição 1.903, da lavra do Ministro Néri da Silveira – lembrava eu que estávamos numa virada jurisprudencial contra o precedente do Ministro Celso de Mello, na Reclamação 416, adotada ao tempo em que a nossa jurisprudência era intransigente: só admitia a cautelar dada pelo Supremo Tribunal Federal e após admitido o RE. Observei na Turma, quando do julgamento do Agravo Regimental em Petição 535, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, que se criava um “buraco negro”. E, aí aventei, pela primeira vez, que a única solução possível de conciliar a intransigente posição do Tribunal, de não admitir a cautelar antes da admissão do RE, com a necessidade, às vezes, de medida cautelar, urgente, era confiar ao Presidente do Tribunal “a quo” decidir a respeito, até a admissão ou não do recurso.

Uma vez admitida essa fórmula – contra a orientação da Reclamação, de que foi relator o Ministro Celso de Melo – creio que não há como impedir que o Presidente o faça, no mesmo ato, a admitir o RE. Seria até paradoxal que, podendo fazê-lo antes, ele não possa fazer exatamente naquele momento em que afirma a plausibilidade do recurso extraordinário” (cf RCL n. 1.509-2/PB, in DJ de 06.09.2001).

O direito é dinâmico, e nós julgadores temos o dever de acompanhar sua evolução de modo a não deixar pelo caminho questões palpitantes como essa, que a jurisprudência e a doutrina com o tempo se encarregarão de pacificar, e que a lei por certo a ela sucumbirá fazendo constar em seu texto legal essa hipótese nascida da realidade prática do processo. Enquanto isso, cabe a nós magistrados dar ao direito a melhor

interpretação, e, sendo assim, retromarchando do meu entendimento primeiro, esboçado no despacho Embargado, acolho as razões dos Embargos, para, nesse aspecto **dar-me por competente para apreciar a medida cautelar visando dar suspensividade ao recurso especial, mormente porque, pendente este de decisão quanto a sua admissibilidade**, e ainda por ter-me equivocado quando dei pela ausência de pressuposto quanto ao ajuizamento do recurso especial, este que fora ajuizado muito antes da cautelar (fls. 422 a 5430)

Ademais, é perfeitamente aplicável a Súmula 635 do STF, em matéria de Recurso Extraordinário, em face do princípio da analogia, por adotar o Recurso Especial perante o STJ o mesmo procedimento daquele, direito sumulado este que, consolida o entendimento aqui esposado, como se segue:

SÚMULA 635 - STF

“Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.”

No mais, os requisitos processuais para a concessão da medida cautelar buscada se fazem presentes, pelo menos nesta avaliação preliminar. A **fumaça do bom direito** se entremostra inequívoca, tanto em função do poder geral de cautela conferido pelos arts. 798 e 800 do Código de Processo Civil, quanto pela regra processual de competência funcional para o juízo de admissibilidade do recurso especial deferida à Presidência do TJAM pela Lei Complementar Estadual nº 17/97 – Lei de Organização Judiciária do Estado do Amazonas (art. 70, XXXI), e, ainda, a posição ainda embrionária do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Presidência do Tribunal de origem é competente para analisar medidas cautelares referentes a recursos especiais, antes do primeiro juízo de admissibilidade.

Quanto ao requisito do **“periculum in mora”**, restou evidenciado que, a ameaça de comprometimento de

significativas verbas do erário público, que deverão ser inseridas na proposta orçamentária de 2.004, para fazer face ao pagamento do Precatório 01/98, é evidente, até porque, consoante a decisão proferida no agravo de instrumento, essa verba não servirá ao pagamento da parte contrária no exercício financeiro de 2.004, mas apenas garantirá o depósito judicial autorizado, este que perdurará até o final da ação ordinária declaratória de nulidade de ato jurídico, que ainda se encontra em andamento na primeira instância, o que não se justifica diante do fato da Fazenda Pública gozar da presunção de solvência, e o valor demandado poder ser pago, em caso de decisão desfavorável aos Embargantes ao no final da demanda, sendo pois relevantes os fundamentos do pedido.

Por tudo isto, havendo omissão e equívoco da decisão guerreada, que aqui reconheço pelas razões antes invocadas, conheço do presente recurso de embargos declaratórios, para o fim de modificá-la em toda a sua integralidade, e, por consequência, DEFERIR, como de fato DEFIRO o pedido de efeito suspensivo ao recurso especial interposto, e pendente do juízo de admissibilidade.

Manaus, 28 de abril de 2004.

DES. UBIRAJARA FRANCISCO DE MORAES
Vice-Presidente do TJ/Am



GOVERNO DO ESTADO DO
AMAZONAS
IMPrensa OFICIAL
Rua Dr. Machado 86 Centro

