



ESTADO DO AMAZONAS

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



28

**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. 22	nº 28	2005
--------	--------	-------	-------	------

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

Rua Emílio Moreira, 1308 – Praça 14 de Janeiro
69020-040 Manaus-AM Fone: (92) 3622-3904

Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos:
ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE DE MENEZES

Apoio Administrativo e Informática:
CÁSSIA MAÍSA BEZERRA DA SILVA FERNANDES

Comissão Editorial:
ELISSANDRA M. FREIRE DE MENEZES - Procuradora do Estado
ROBERTA FERREIRA DE A. MOTA - Procuradora do Estado
GLÍCIA PEREIRA BRAGA E SILVA - Procuradora do Estado

Comissão de Revisão:
MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA - Bibliotecária
MARIA RITTA SOARES CAVALCANTE - Bibliotecária
ISLENE BOTELHO BARROSO - Assistente Técnico

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.
Manaus, Procuradoria Geral do Estado, Centro de
Estudos Jurídicos, 1983-

ISSN 1807-9261

1983-2005 (1-28)

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 2005

1ª CLASSE

Aldemar Augusto Araújo Jorge de Salles
Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes
Ana Eunice Cameiro Alves
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho
Indra Mara dos Santos Bessa
Jorge Henrique de Freitas Pinho
José Sodré dos Santos
Júlio César Lima Brandão
Leonardo Prestes Martins
Lourenço dos Santos Pereira Braga
Paulo José Gomes de Carvalho
R. Frânio A. Lima
Roberta Ferreira de Andrade Mota
Sandra Maria do Couto e Silva
Sergio Vieira Cardoso
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato
Vitor Hugo Mota de Menezes

2ª CLASSE

Adriane Simões Assayag Ribeiro
Anna karina Leão Brasil Salama
Ângela Beatriz Gonçalves Falcão de Oliveira
Elissandra Monteiro Freire de Menezes
Ellen Florêncio Santos Rocha
Evandro Ezidro de Lima Régis
Heloysa Simonetti Teixeira
Leonardo de Borborema Blasch
Luís Carlos de Paula e Sousa
Marcelo Augusto Albuquerque da Cunha
Maria Florencia Silva
Maria Hosana de Souza Monteiro

Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro
Onilda Abreu da Silva
Ronald de Sousa Carpinteiro Péres
Ruth Ximenes de Sabóia
Ruy Marcelo Alencar de Mendonça
Simonete Gomes Santos
Suely Xavier Lima

3ª CLASSE

Abraham Nissim Benoliel
Alberto Bezerra de Melo
Benedito Evaldo de Lima
Carlos Alexandre Moreira de Carvalho Martins de Matos
Clara Maria Lindoso e Lima
Cláudio Roberto Barbosa de Araújo
Clóvis Smith Frota Júnior
Fábio Pereira Garcia dos Santos
Glícia Pereira Braga e Silva
Ingrid Khamylla Monteiro Ximenes de Souza
Isabela Péres Russo Andrade
Júlio César de Vasconcelos Assad
Kalina Maddy de Macêdo Cohen
Karla Brito Novo
Luciana Araújo Paes
Luciana Guimarães Pinheiro Vieira
Marcello Henrique Soares Cipriano
Patrícia Cunha e Silva Petruccelli
Raimundo Paulo dos Santos Neto
Raquel Bentes de Souza do Nascimento
Reyson de Souza e Silva
Ricardo Antônio Rezende de Jesus
Rômulo de Souza Carpinteiro Péres
Tatianne Vieira Assayag
Vivien Medina Noronha
Yolanda Corrêa Pereira

PROCURADORES APOSENTADOS

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

Jaime 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

Silvia Pucú Stephano

Vicente de Mendonça Junior

Wandina de Araújo Oliveira

SUMÁRIO

Apresentação	15
PARECERES	
Parecer nº 03/05-SUBGAD/PGE. Anulação Administrativa. Prazo decadencial. Redução pela metade. Discrecionariiedade legislativa. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça	17
Parecer nº 021/05-PJC/PGE. SEDUC. Indenização por dano material. Karla Brito Novo	26
Parecer nº 007/05-PPT/PGE. SEAD. Pedido de reintegração ao serviço público. Consulta. Alberto Bezerra de Melo	35
Parecer nº 020/05-PPT/PGE. FUNTEC. Anteprojeto de Lei. Extinção de fundação pública com personalidade de direito privado. Luciana Araújo Paes	41
Parecer nº 24/05-PPT/PGE. Anulação de processo seletivo simplificado. Consulta. Leonardo Prestes Martins	48
Parecer nº 05/05-PPIF/PGE. Fazenda da Esperança. Aquisição de imóvel por adjudicação judicial. Roberta Ferreira de Andrade Mota	54
Parecer nº 31/05-PPIF/PGE. Secretaria de Política Fundiária. Desapropriação de imóvel para implantação de loteamento popular. Evandro Ezidro de Lima Régis	63
Parecer nº 11/05-PMA/PGE. SEINF. Possibilidade jurídica de aplicação de penalidade a Secretaria de Estado. Patrícia Cunha e Silva Petruccelli	78
Parecer nº 02/2005-PROCONT/PGE. SEFAZ. Imposto sobre a operação de fornecimento de embalagens personalizadas. Consulta. Marcello Henrique Soares Priciano	87

Parecer nº 336/05-RF. LG Eletronics da Amazônia Ltda. ICMS. AINF. Recurso de ofício e voluntário. Ação Fiscal parcialmente procedente. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	96
--	----

Parecer nº 07/05-PRODACE/PGE. Pedido de cancelamento de débitos de IPVA por motivo de suposto furto do veículo. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres	107
--	-----

Parecer nº 15/05-PRODACE/PGE. SSP. Isenção de tributos sobre a importação na licitação. Consulta. Benedito Evaldo de Lima	125
---	-----

TRABALHOS FORENSES

Reclamação com pedido de liminar nos autos da Ação Civil Pública. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça e Ricardo A. Rezende de Jesus	137
--	-----

Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo. Karla Brito Novo	148
--	-----

Contestação nos autos da Ação Civil Pública. Simonete Gomes Santos	164
---	-----

Agravo Regimental em Mandado de Segurança. R. Frânio A. Lima, Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes, Alberto Bezerra de Melo	186
---	-----

Recurso Administrativo contra a edição do Provimento nº 114/2005-CGJ. Roberta Ferrelra de Andrade Mota	211
---	-----

Oposição nos autos de Ação de Usucapião. Evandro Ezidro de Lima Régis	219
--	-----

Impugnação de Embargos à Execução Fiscal. Elissandra Monteiro Freire de Menezes	230
---	-----

DOCTRINA

A Hierarquia dos tratados internacionais no Brasil e a Emenda Constitucional 45. Vitor Hugo Mota de Menezes	245
A tutela de interesses difusos através do mandado de segurança coletivo. Jorge Henrique de Freitas Pinho	255
A impossibilidade de constituição de empresa pública unipessoal no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	287
Considerações acerca do crime de apropriação indébita previdenciária. Suely Xavier Lima	303
A injuridicidade das normas gerais antielisivias no ordenamento jurídico pátrio. Fábio Pereira Garcia dos Santos	314
Controle jurisdicional de políticas públicas na área de saúde: possibilidades, limites e análise de julgados do Supremo Tribunal Federal. Ricardo Antonio Rezende de Jesus	355
Conflito negativo de competência suscitado por juiz de direito após o cancelamento do enunciado 123 do TST. Impossibilidade de acolhimento do pedido. Raimundo Paulo dos Santos Neto	403
Os agressores gratuitos da Constituição. J. Bernado Cabral	422

LEGISLAÇÃO

Emenda Constitucional Estadual nº 48	429
Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado.....	434

APRESENTAÇÃO

Contém este número 28 da Revista da Procuradoria Geral do Estado pareceres, despachos, peças forenses e artigos selecionados entre os produzidos pelos Procuradores do Estado no que foi um dos anos em que o desempenho das indelegáveis atribuições institucionais mais exigiu de todos.

Foi mesmo extraordinário o número de atividades desenvolvidas pela Procuradoria em 2005. Esse fato decorreu da plena implementação de um programa que teve como primeiro passo a alteração, no ano anterior, da redação de toda a seção da Constituição do Estado dedicada à Instituição. Modificado, então, o assento constitucional, deu-se o passo seguinte, concretizado, ainda em fins de 2004, com a alteração, também, da Lei Orgânica da PGE (a Lei 1.639/83).

A modificação da Carta trouxe vários avanços. Elaborada no quadro da discussão da PEC da Reforma do Judiciário (enfim aprovada sem menção à advocacia pública), a emenda estadual, que tomou o nº 48, inspirou-se no texto primitivo da proposta federal, conferindo ao órgão pelo menos duas ordens de autonomia: funcional e administrativa. Deu-lhe, também, entre outras competências novas, a de determinar a inscrição e promover o controle, a cobrança administrativa e judicial e o cancelamento da dívida ativa do Estado, bem como promover ações civis públicas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos. Já no que respeita aos Procuradores do Estado, ampliou o rol das garantias, assegurando-lhes expressamente independência na formulação de pareceres e despachos.

À sua vez, a modificação da LOPGE, além de aperfeiçoar as disposições relativas ao papel da Procuradoria como órgão superior do Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual — integrado pelas consultorias das secretarias de Estado e procuradorias das autarquias e fundações —, criou a exigência

da prévia manifestação da PGE em todos os compromissos de ajustamento de conduta que envolvam a proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, no âmbito de qualquer dos órgãos da Administração Direta ou entidades da administração autárquica ou fundacional.

Como matérias excepcionais, publicam-se neste número da Revista (por ainda oportuno) a citada Emenda Constitucional 48 e o texto consolidado da Lei Orgânica da Procuradoria, mas não só: ao lado dos pronunciamentos administrativos e peças forenses produzidos pelos Procuradores no fértil ano de 2005, dá-se a lume também oportuno artigo em que Procurador do Estado aposentado Bernardo Cabral – o respeitável Relator da Constituição Federal de 1988 – enfoca o texto “profundamente renovador” da Carta, pondo-o “à altura dos melhores que o constitucionalismo tem produzido.”

Tem a Procuradoria Geral do Estado, assim, com o material editado, motivo de satisfação ao entregar aos seus leitores este número de sua Revista.

PGE/AM, em Manaus, fevereiro de 2006.

R. Frânio A. Lima
Procurador-Geral do Estado

PARECERES

PROCESSO N. 1692/2005 – PGE.

INTERESSADO: Governador do Estado/Assembléia Legislativa.

ASSUNTO: Projeto-de-lei n. 48/2005.

PARECER N. 03/2005-SUBGAD/PGE

Direito Constitucional e Administrativo. Anulação Administrativa. Prazo decadencial. Redução pela metade. Discricionariedade legislativa.

Em decorrência da autonomia federativa, os estados-membros têm competência para fixar, por lei, prazo decadencial para invalidação administrativa dos atos viciados em homenagem aos princípios da boa-fé e segurança jurídica.

A Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, apenas se aplica à Administração Federal. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Estadual a Lei n. 2.794, de 06 de maio de 2003.

A definição do prazo decadencial administrativo constitui decisão discricionária de política legislativa.

Ao chefe do Poder Executivo cumpre decidir sobre a proposta de redução do prazo decadencial em vista da conveniência e oportunidade da medida, ponderando-se os interesses em confronto, a realidade das instituições controladoras e os imperativos sociais que reclamam a estabilização de situações individuais de boa-fé consumadas *contra legem*.

I – RELATÓRIO

Adota-se, como relatório, o pronunciamento da Consultoria Técnico-legislativa da Casa Civil de fls. 13/14 (Promoção n. 195/2005 – CTL):

Trata-se de projeto de lei, de iniciativa de Deputado Estadual Belarmino Lins de Albuquerque, aprovado sem emendas pela Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, encaminhado para a sanção ou veto do Chefe do Poder Executivo, em 07 de junho de 2.005.

Referida proposição pretende alterar o inciso II do Artigo 54 da Lei nº 2.794, de 06 de maio de 2003, que REGULA o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

O dispositivo a ser alterado, atualmente, tem a seguinte redação:

Art.54. A administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação, salvo quando:

(...)

II- ultrapassado o prazo de dez anos contado de sua produção, quando se tratar de ato de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários, exceto comprovada má-fé.

Pretende-se, com a nova redação, reduzir o prazo para Administração anular seus atos de dez para cinco anos, na forma abaixo:

Art.54. A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação, salvo quando:

(...)

II- ultrapassado o prazo de cinco contados de sua produção, quando se tratar de ato de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários, exceto comprovada má-fé.

Desse modo, considerando a relevância da questão, as implicações práticas decorrentes da publicação da presente modificação, e ainda, a defesa do interesse público, sugerimos a remessa dos autos à Procuradoria Geral do Estado para que se manifeste.

II - FUNDAMENTAÇÃO

De início, cumpre esclarecer acerca da natureza e alcance jurídicos da proposição legislativa.

A disposição objeto do projeto é pertinente ao sistema jurídico de controle da legalidade dos atos da Administração Pública.

Esse sistema é corolário da norma contida no art. 37, *caput*, da Constituição Brasileira, segundo a qual, sob a batuta do princípio da Legalidade, está obrigada a Administração Pública a agir em concerto com a lei. O Administrador Público somente pode fazer o que a lei autoriza ou determina.

Em consequência disso, no sistema de controle, é amplamente reconhecida a prerrogativa de autotutela administrativa; isto é, o dever-poder de a própria Administração rever os seus atos, de modo a eliminar – independentemente da propositura de ação judicial – aqueles que eventualmente tenham sido produzidos com vício de ilegalidade.

Nesse contexto, denomina-se anulação ou invalidação administrativa a declaração formal, pela própria Administração, da vicissitude do ato ilegal, que determina a cessação de todos os seus efeitos com a sua definitiva retirada do mundo jurídico.

Conforme proclama o enunciado da Súmula n. 473 do STF: “a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos...”

A seu turno, a norma positivada no art. 52 da Lei Estadual n. 2.794/2003 reza que: “a Administração anulará seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, porque deles não se originam direitos...”.

Todavia, atenta ao fato de o direito também colimar a estabilidade das relações sociais consolidadas sob o lume da boa-fé, a Constituição Brasileira autoriza que seja demarcada no tempo a existência desse dever-poder de autotutela administrativa para invalidação dos atos viciados.

Com isso se busca proteger cidadãos beneficiários de boa-fé contra a inércia da Administração Pública controladora.

Evita-se que o particular tenha eternamente a sua situação jurídica individual a mercê do Estado.

A opção mitigadora corresponde à consagração dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo (cf. art. 2º da Lei n. 2.794/2003).

O prazo é chamado decadencial, pois delimita a extensão temporal da existência do próprio direito – qualificado como dever-poder (*faculdade jurídica* segundo os clássicos) – do Estado-administração anular os seus atos administrativos ilegais. Operada a decadência, extingue-se o direito de anular e, pois, inviabiliza-se a via administrativa de desfazimento do vício de conduta estatal.

Conforme o caso concreto, poderá remanescer ao Estado a trilha judicial, que é sujeita a outros prazos, de natureza decadencial ou, mais freqüentemente, prescricional.

Conforme Elival da Silva Ramos, a decadência administrativa "não exclui, por conseguinte, a possibilidade de a Administração, embora ultrapassado o prazo quinquenal, no âmbito federal, ou o prazo decenal, no âmbito estadual (refere-se a São Paulo), buscar judicialmente a invalidação, respeitados os eventuais limites prescricionais."¹

No mesmo sentido, Lucélia Martins Soares².

Aliás, destaca-se que a ação de ressarcimento ao erário é imprescritível – seja contra autoridade, servidor, contratado ou particular – a teor da norma contida no § 5º do art. 37 da Constituição. Isso significa que não há prazo para o ajuizamento de ação de ressarcimento ao erário, mesmo quando baseada em nulidade de ato administrativo.

No Estado do Amazonas, o prazo decadencial de invalidação administrativa encontra-se expresso no art. 54 da Lei n. 2.794/2003. O prazo para a Administração Estadual anular atos dos quais tenham decorrido efeitos favoráveis aos destinatários é de dez anos.

¹ In As Leis de Processo Administrativo, Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98, Malheiros, São Paulo, p. 90

² op. cit. p. 154.

Importante frisar que esse benefício aproveita apenas pessoas que tenham agido de boa-fé no trato com o Poder Público, isto é, ignorando e sem dar causa ao vício do ato que lhes favoreceu. Caso contrário, a anulação restará imune à decadência.

Pois bem. O projeto-de-lei em análise é no sentido de reduzir pela metade esse prazo decadencial, fixando-o em cinco anos.

Consoante a literalidade da justificativa de fls. 07, “busca-se com a iniciativa, adequar no âmbito do Estado, o ditame estabelecido no regramento do art. 54 da Lei Federal n. 9.784, de 29.01.1999, que prescreve o prazo de cinco anos para a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, ressalvada a má-fé.”

O eminente Deputado autor da proposta entende que “a norma reguladora e orientadora por hierarquia, deverá ser a Legislação Federal”. Entende sua Excelência, segundo se depreende, que o prazo previsto na lei federal vincularia o legislador e o administrador estaduais.

Data maxima venia, não é assim. A justificativa não procede. O prazo decadencial estabelecido em lei federal (Lei n. 9.784/99) não se aplica necessariamente aos estados. A lei é federal em sentido estrito. O seu destinatário é exclusivamente a Administração Federal.

É que a matéria é de direito administrativo. No ponto, de acordo com a Constituição Brasileira, vigora a expressão da autonomia federativa dos entes políticos, na qual se insere a prerrogativa de legislar sobre os atos e processos decisórios de sua própria Administração, ressalvados os casos previstos no Texto Constitucional³. Não existe, no Brasil, sistema unitário federal de processo administrativo, porque isso implicaria intervenção indevida nas competências decisórias das pessoas federadas.

Ao relatar acerca dos antecedentes da Lei Federal n. 9.784/99, elucida José dos Santos Carvalho Filho⁴:

³ Nesse sentido, cf. v.g. o disposto no art. 22, XXVII, em matéria de licitação e contratação.

⁴ Processo Administrativo Federal, 2. ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004. p. 34.

Em virtude da inexistência do sistema unitário em relação aos processos administrativos, fato que sempre atrelou esses instrumentos a cada uma das pessoas políticas por força de sua autonomia e capacidade de auto-administração, peculiares à forma federativa de Estado, não havia, até o momento, qualquer diploma regulador do instituto, logicamente de caráter sistemático, genérico e codificado, na via administrativa federal, que abrangesse a União Federal, composta de seus inúmeros órgãos internos, e pessoas descentralizadas integrantes de sua administração indireta.

Dessa maneira, cada entidade política – com base no Pacto Federativo – tem sistema próprio de processo administrativo.

Não há dúvida. Nota-se, em reforço, que a literalidade do art. 1º da Lei n. 9.784/99 dispõe expressamente nesse sentido. O dispositivo declara que a lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal.

Nada obstante a referida lei não vincular os Estados e a consequente improcedência da justificativa parlamentar, força é admitir que o prazo nela previsto – que se quer adotar em nível estadual – é revestido de razoabilidade jurídica.

O prazo de cinco anos é adotado em situações análogas. Em direito público, existem outros prazos legais relativos à delimitação temporal de direitos e pretensões individuais que são igualmente quinquenais.

Além do acima citado prazo previsto no art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99, podemos trazer à baila os seguintes exemplos:

a) prescricional de ações do particular contra o Estado (Decreto n. 20.910/32);

b) decadencial e prescricional para o Estado constituir e cobrar o crédito tributário, respectivamente (Código Tributário Nacional);

c) prescricional da ação punitiva da Administração Federal no exercício do poder de polícia (Lei n. 9.873/99).

Dessarte, é juridicamente possível a redução do prazo decadencial para cinco anos, conforme proposto, sem que se caracterize opção ilegítima e flagrantemente contrária ao Texto Constitucional. Compete ao Chefe do Poder Executivo verificar a conveniência e oportunidade da medida.

Sem prejuízo do exposto, permito-me fazer, ainda, algumas ponderações a respeito do assunto.

O abreviamento do prazo decadencial demandará o incremento da atividade de revisão dos atos da Administração, de modo a evitar que o acúmulo de serviço dificulte a identificação dos atos viciados antes do termo final do dever-poder de invalidação e, assim, comprometa a própria eficácia do sistema de controle.

Em virtude disso, coloca-se à reflexão de sua Excelência o Governador que o prazo mais exíguo pode não ser a opção mais condizente com o interesse público, especialmente em função das variadas, complexas e crescentes demandas estatais.

O dever-poder de autotutela não é apenas um favor legal, um privilégio; trata-se de instrumento indispensável à agilidade na gestão da coisa pública, a merecer máxima guarda, já que objetiva disponibilizar à Administração condições de provimento imediato das pretensões de interesse público.

A extinção do dever-poder de invalidação administrativa por meio da consumação prematura do prazo decadencial tem o efeito negativo de obrigar o Estado a ir ao Judiciário para exercer o controle da legalidade, com dispêndios desnecessários e resultado mais demorado em vista do custo e da mora processual judicial jurisdicional.

Em vista disso, a melhor política, na matéria, é a que fixa o maior prazo decadencial possível, preferencialmente coincidente com o prazo prescricional previsto para as ações do Estado contra o particular. Dessa maneira, estabilizar-se-ia em definitivo dada situação individual simultaneamente nas vias administrativa e judicial.

E qual o prazo prescricional ordinário das ações do Estado contra os particulares?

Não há lei que disponha especificamente nesse sentido. Diante disso, os juristas controvertem. Aventam essencialmente duas posições: a) de adoção do prazo prescricional previsto para as ações dos particulares contra o Estado (de 5 anos, Decreto n. 20.919/32; b) o uso do prazo prescricional ordinário previsto no Código Civil Brasileiro (de 10 anos, Lei n. 10.406/02, art. 205).

Filho-me à segunda corrente. Rejeito a primeira por partir inadvertidamente da premissa insustentável de igualdade material entre o Estado e o indivíduo.

O Estado é obviamente diferente do particular. Este procede no seu proveito individual, com autonomia de vontade; aquele atua na busca do interesse público, vinculado à vontade do povo, expressa na Lei. Como os interesses são distintos, igualmente diversos deverão ser a extensão das faculdades e direitos subjetivos atribuídos a cada qual. Sendo o interesse público prevalente sobre o privado, é natural que o Estado goze de prazos mais longos que os deferidos aos administrados.

Sem ignorar as opiniões contrárias em torno do assunto, ficamos ao lado daqueles que asseveram, à falta de lei específica, o prazo decenal como regra em termos de prescrição das ações do Estado, por aplicação subsidiária do disposto no art. 205 do Código Civil⁵.

Salvo disposição especial em sentido contrário, prescreve em dez anos a ação do Estado contra o particular.

Ora, sendo de dez anos o prazo prescricional ordinário, o ideal é que a decadência se opere no mesmo lapso temporal.

Aliás, é o que ocorre sob a atual redação do art. 54 da Lei n. 2.754/03.

Registra-se, ainda, em favor dessa opção originária pelo prazo de dez anos, o mérito de superar qualquer mandato eletivo, assegurando que o sistema de controle fique imune a ingerências de ordem política.

⁵ Art. 205. A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

III - CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que:

1) em decorrência da autonomia constitucional federativa, os estados-membros têm competência para fixar, por lei, prazo decadencial para invalidação administrativa dos atos viciados em homenagem aos princípios da boa-fé e segurança jurídica;

2) a Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, não se aplica à Administração Estadual;

3) a fixação de prazo decadencial administrativo constitui decisão discricionária de política legislativa;

4) ao chefe do Poder Executivo cumpre decidir sobre a proposta de redução do prazo decadencial em vista da conveniência e oportunidade da medida, ponderando-se os interesses em confronto, a realidade das instituições controladoras e os imperativos sociais que reclamam a estabilização de situações individuais de boa-fé consumadas *contra legem*.

SUBGAD/ PGE, Manaus, 21 de junho de 2005.

RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

PROCESSO N. 1692/2005 – PGE.

INTERESSADO: Assembleia Legislativa / Governador do Estado

ASSUNTO: Projeto-de-lei n. 48/2005.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 03/2005-SUBGAD/PGE, do Procurador do Estado Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado.

DEVOLVAM-SE os autos à Casa Civil.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 21 de junho de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 2075/2005-PGE

INTERESSADO: Sebastião Carlos Pedrosa

ASSUNTO: Requerimento de indenização por dano material

PARECER N. 021/2005-PJC/PGE

EMENTA: INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. BEM MÓVEL. FENÔMENO DA NATUREZA. CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SUBSÍDIOS COMPROBATÓRIOS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

- Comprovada a ocorrência de caso fortuito e diante da ausência de provas acerca de eventual culpa da administração, incidem os arts. 393 e 937 do CC/02, indicando a impossibilidade de responsabilização Estatal.

Senhora Procuradora-Chefa,

Tratam os autos de consulta formulada pela Secretaria de Estado de Educação e Qualidade de Ensino – SEDUC, acerca de requerimento indenizatório, formulado pelo Sr. Sebastião Carlos Pedrosa, brasileiro, casado, residente e domiciliado nesta cidade de Manaus, na Rua Com. J. G. de Araújo, nº 249, Santo Antônio, portador do RG nº 0035872-0, CPF nº 054.753.332-20, em razão de seu automóvel haver sofrido avarias ocasionadas pela queda de parte do muro da Escola Estadual Liberalina Weil, por volta das 10h30min do dia 19/04/05, em consequência de forte temporal.

Às folhas 4 a 24 do processo em tela, encontra-se o requerimento sobredito, fotos do sinistro, procuração *ad judicium et extra*, cópia do certificado de registro e licenciamento do veículo, cópia do boletim de ocorrência e orçamentos feitos por oficinas desta cidade, contendo os valores apontados pelo autor, como necessários ao conserto do bem.

Consta, às fls. 15/17, cópia do Laudo do Instituto de Criminalística, apontando as seguintes constatações:

- “1. Muro frontal do colégio: desabamento da infra-estrutura (baldrame em alvenaria de uma vez tijolo deitado, altura de 1,00m (um metro) e desmoronamento da supra-estrutura (pilares e estrutura de ferro da grade de proteção). Parte do muro frontal com extensão de aproximadamente de 12,00m (doze metros) desmoronou e todo o restante do muro apoiava-se por paus de escora, comprometendo a segurança dos transeuntes;
2. Encontrava-se estacionado próximo ao meio-fio e na parte frontal do colégio o veículo VW FUSCA de placa JWI-7863 que sofreu avarias generalizadas (grande monta) na parte frontal e no flanco esquerdo. O setor traseiro estava comprometido em sua porção do pára-choque, piscas e lataria.”

A SEDUC, por meio de seu Chefe de Gabinete, emitiu informação com o seguinte teor:

“Informo que a queda do muro da escola ocorreu às 10:30 h, devido às fortes chuvas caídas em nossa cidade, afetando o veículo VW Fusca de placa JWI-7863 de propriedade do Sr. Sebastião Carlos Pedrosa.

Afirmo ainda que o muro da escola nunca esteve sustentado ou escorado por paus, esse que aparece na foto nº 3 foi posto ocasionalmente.”

A assessoria jurídica da SEDUC exarou Parecer inconclusivo, constante às fls. 27/34-PGE, manifestando-se no sentido de o dano ter sido decorrente de fenômeno natural e solicitou o encaminhamento dos autos à Procuradoria Geral do Estado para pronunciamento.

Em 12/07/05, por meio do Despacho da ilustre Procuradora-Chefe da PJC, este processo foi distribuído à Procuradoria ao final subscrita.

É o relatório. Passo a opinar.

Tendo em vista que o caso em análise diz respeito à responsabilidade extracontratual do Estado, impende trazer à baila, de início, o que preconiza o § 6º do art. 37 da CR/88, *in verbis*:

" Art. 37. ... omissis ...

(...)

§ 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 simples análise do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal já permite inferir que **nem sempre a responsabilidade civil do Estado é objetiva.**

De fato, doutrina e jurisprudência estão acordes no sentido de que a responsabilidade do Poder Público, nas hipóteses de atividade jurisdicional ou legislativa, é eminentemente subjetiva e, hodiernamente, o estudo da matéria tem avançado no sentido de se tomar como subjetiva a sua responsabilidade sempre que se estiver diante de um comportamento omissivo do Ente Estatal.

Na situação vertente, não se trata de ação estatal, pois, como afirmado pelo Chefe de Gabinete da SEDUC, os danos que recaíram sobre o veículo do requerente foram causados por uma forte chuva, que acarretou a queda do muro da escola.

Ainda quanto à chuva, sua ocorrência pode ser notada e comprovada pela existência de transeuntes utilizando guarda-chuvas na rua do ocorrido, conforme fotos constantes no processo.

Dessa feita, **Inexistindo ação do Estado, afasta-se, de pronto, a responsabilidade objetiva e, então, acaso houvesse responsabilidade estatal, esta seria de cunho subjetivo, decorrente de eventual comportamento omissivo.**

Acerca da responsabilidade de cunho subjetivo, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹, demonstra que o advento das teorias publicistas acerca da responsabilidade civil da Administração permitiu a formulação de diversas variantes doutrinárias, sendo aceitas, atualmente, a *teoria da responsabilidade objetiva por risco administrativo* e a *teoria da culpa do serviço*.

¹ Direito administrativo, 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 503-504.

Acerca desta última, assevera a consagrada professora da Universidade de São Paulo:

"A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.

(Omissis)

Esta culpa do serviço ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa ('faute') do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário."

Prosseguindo no discurso sobre a responsabilidade do Estado por eventos como enchentes e outros cataclismos, salientou a preclara professora, socorrendo-se da jurisprudência do STF², que, *"neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público ('faute du service'); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação do agente público, mas de omissão do poder público (cf. acórdãos in RTJ 70/704, RDA 38/328, RTJ 47/378)."*³

² O STF, já sob a égide da atual Carta Política, teve oportunidade de reafirmar sua jurisprudência nesse sentido, tendo decidido, quando do julgamento do RE 113.587-7, que:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – RISCO ADMINISTRATIVO – OBJETIVIDADE REQUISITOS. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: do dano, da ação administrativa; e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. (...). (STF – 2.^a Tuma; RE n.º 113.587; Rel. Min. CARLOS VELLOSO; DJU de 03.03.1992). (Sublinhado pelo Réu).

³ Direito administrativo, cit., p. 508.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴, um dos mais eminentes defensores da idéia segundo a qual a **responsabilidade civil do Estado nos comportamentos omissivos é subjetiva**, complementa as idéias expostas por SYLVIA DI PIETRO nos seguintes termos:

"É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta de serviço', falta do serviço ou culpa do serviço ('faute du service', seja qual for a tradução que se lhe dê) **não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva**, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

(Omissis)

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. **Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidades normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido.** Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo.

Assim, justamente com o intuito de apurar qualquer possibilidade de omissão que tenha vindo a colaborar com o evento danoso, foi expedido Laudo de Exame pela Polícia Civil, por meio

⁴ Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 809-811.

do Instituto de Criminalística, constante às fls. 15/17-PGE e transcrito no relatório desse parecer, o qual **não apontou qualquer irregularidade na estrutura da escola que tivesse contribuído para o deslize do muro, quer em sua construção, quer em sua conservação.**

Ademais, quanto ao fato de o referido laudo dar notícia acerca da existência de escora na parte do muro que não desabou, é de se destacar que, por óbvio, a escora somente pode ter sido colocada ocasionalmente naquele lugar após o temporal ocorrido, uma vez que tal pedaço de pau não seria suficiente para apoiar um muro de concreto e ainda permanecer no mesmo local após tão forte temporal, o que, de igual modo, descaracteriza qualquer culpa administrativa.

Dessa forma, **restou nítido que o dano decorreu unicamente da forte chuva**, não tendo o Estado colaborado para o resultado danoso nem por eventual omissão, motivo pelo qual se tem como **afastada também a responsabilidade subjetiva**, que porventura o requerente pretenda imputar ao Estado, vejamos.

Ao se tratar dos requisitos necessários ao surgimento do dever de indenizar do Estado, em decorrência de responsabilidade subjetiva, duas características de imensa importância devem se fazer presentes, quais sejam, a **existência de culpa e do nexo de causalidade.**

Quanto à culpa, esta é inexistente, visto que não foi constatada nenhuma irregularidade quanto à ausência da atuação estatal, ou seja, o Estado não agiu com desídia e não foi constatado que o estabelecimento de ensino estava sem as devidas conservações.

Quanto ao nexo de causalidade, observou-se que o acontecimento se deu unicamente por força da natureza, que se caracteriza pela ausência de atuação do ser humano e por ser um fato impossível de se evitar e impedir, isentando, assim, o Estado de responsabilidades.

Portanto, não se pode atribuir ao Estado a responsabilidade por dano decorrente de caso isoladamente fortuito.

Acerca do tema, deve-se analisar os arts. 393 e 937, do CC/02, que dispõem da seguinte forma:

"Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir." (grifei).

"Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta."
(grifei).

Diante da leitura dos dispositivos supra e tendo o dano decorrido de caso fortuito, a responsabilidade não pode ser imputada à Administração Pública, já que aquele foi causado por fatos cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Da mesma forma, têm-se o Laudo de Exame da Polícia Civil – Instituto de Criminalística já analisado anteriormente, que não apontou qualquer irregularidade na estrutura da escola que tivesse contribuído para o deslize do muro, quer em sua construção, quer em sua conservação, o que demonstra não ter havido falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Chancelando a questão, colaciono entendimento jurisprudencial, em caso deveras análogo, no sentido de serem indevidas as indenizações de natureza da ora pleiteada:

"RESPONSABILIDADE CIVIL – caso fortuito – Veículo estacionado em garagem coletiva – Danos sofridos em virtude de queda de telhas em dia de violento temporal – Indenização indevida – Recurso provido – Aplicação do art. 1.058 do Código Civil.

Incabível a indenização por perdas e danos se o evento é resultado de caso fortuito, uma vez que este possui força liberatória, constituindo causa de isenção de responsabilidade." (Apelação Cível n. 7.520 – Poços de Caldas – Apelante: Posto São Paulo Ltda – Apelado: Gêrsio Zingoni – RT 493/210).

Por oportuno, registra-se que o art. 1.058 do Código Civil mencionado acima, refere-se ao atual art. 393 do Código Civil de 2002.

Isto posto, com respaldo no que preconiza o art. 37, § 6º, da CR/88, bem como nos arts. 393 e 937 do Código Civil brasileiro de 2002, **entendo não ser devida a indenização ora pleiteada, visto que os danos foram causados por fenômeno da natureza, estando, pois, descaracterizada a culpa administrativa, bem como o nexo causal, requisitos inafastáveis, *In casu*, ao dever de indenizar do Estado.**

É o parecer, o qual submeto à sua superior apreciação.

PROCURADORIA JUDICIAL COMUM - PJC/PGE, em Manaus (AM), 26 de julho de 2005.

KARLA BRITO NOVO

Procuradora do Estado do Amazonas

PROCESSO N. 2075/2005-PGE

INTERESSADO: Sebastião Carlos Pedrosa

ASSUNTO: Requerimento de indenização material.

DESPACHO

I- APROVO por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 021/05-PJC/PGE, da lavra da ilustre Procuradora do Estado Dra. Karla Brito Novo.

II – ENCAMINHE-SE o processo em questão ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA JUDICIAL COMUM/PGE, em Manaus, 26 de julho de 2005.

VIVIEN MEDINA NORONHA

Procuradora-Chefe da PJC

PROCESSO N. 2075/2005-PGE

INTERESSADO: Sebastião Carlos Pedrosa

ASSUNTO: Requerimento de indenização

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 021/2005-SUBGAD/PGE, da Procuradora do Estado Karla Brito Novo, acolhida pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Judicial Comum-PJC/PGE, Dr^a Vivien Medina Noronha.

De fato, verifico não configurada a responsabilidade do Estado, porquanto ocorrido caso fortuito, que afasta, por sua vez, a culpa administrativa e o nexo causal.

DEVOLVAM-SE os autos à SEDUC.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 28 de junho de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 0339/2005 - PGE

INTERESSADO: SEAD

ASSUNTO: Consulta referente ao desarquivamento de processo administrativo - pedido de reintegração ao serviço público formulado pelo ex-servidor José Mendes Pereira.

PARECER N. 007/2006-PPT/PGE

EMENTA: RETORNO DE EX-SERVIDOR AO SERVIÇO PÚBLICO. ENQUADRAMENTO LEGAL RIGOROSO, SOB PENA DE VIOLAR O ART. 37, II, DA CF/88.

Estabelece o art. 26 da Lei no. 1.762/86 que: "Reintegração é o ato pelo qual o demitido reingressa ao serviço público, em decorrência de decisão administrativa ou judicial transitada em julgado com ressarcimento de todos os direitos e vantagens, bem como dos prejuízos resultantes da demissão." Portanto, caso o ex-servidor não se enquadre neste como nos demais institutos legalmente previstos, não terá direito de retomar ao serviço público, sob pena de violar art. 37, II, da Constituição Federal, o qual admite provimento de cargo público somente por meio de aprovação em concurso público.

Senhora Procuradora-Chefe:

A Secretaria de Estado da Administração, Recursos Humanos e Previdência - SEAD, encaminhou a esta PGE os presentes autos para manifestação acerca do pleito de reintegração ao serviço público formulado pelo ex-servidor JOSÉ MENDES PEREIRA.

Vieram aos autos fichas funcionais, publicações de atos relativos ao ex-servidor e parecer da Consultoria Jurídica da SEAD. É o relatório.

Agora passo a analisar a questão trazida à baila.

O Requerente declara em seu expediente datado de 03.02.05, que é ex-ocupante do cargo de Motorista Fluvial da 3ª

classe do quadro da extinta SETRAN, alegando que tenha sido demitido por "outros motivos" em 1992. Não se conformando com a conclusão do Parecer no. 0392/2002-CJ/SEAD, solicita o desarquivamento do processo no. 2946/2002-SEAD, para posterior reexame desta PGE, mencionando que na época da sua suposta demissão já tinha estabilidade no serviço público, pois "...pertencia à CONAVI desde 03/08/82 donde fui para a SETRAN sem interrupção em 17.09.94 e posteriormente para o Banco de Cargos da SEAD, conforme no. 16.611, de 20.07.95, onde permaneci até ser desligado sem processo administrativo legal com ampla oportunidade de defesa..."

Esclarece, ainda, em seu requerimento que, pelos Decretos nos. 15.930, de 11.04.94 e 16.017, de 17.05.94, já fazia parte do Quadro Estatutário da SETRAN.

Compulsando os autos, constata-se que nas fls. 03-SEAD, está anexado o Cadastro de Pessoal no qual há a informação de que o Requerente foi excluído em 27.04.96 do quadro de servidores do Estado do Amazonas.

No verso das fls. 9-SEAD, a Chefia de Divisão de Pessoal daquela Secretaria informa: "José Mendes Pereira, cargo Motorista Fluvial, sob o Regime Especial. Todos os servidores do mesmo Regime foram demitidos em abril/96, informamos que os mesmos foram submetidos a Concurso Público" (sic).

Nas fls. 10-SEAD, a Diretoria de Gestão de Pessoal daquele Órgão comunica que: "José Mendes Pereira, ex-servidor (Regime Especial) lotado no extinto Banco de Cargos, está solicitando retorno à atividade. O requerente oriundo da SETRAN exercia a função de Motorista Fluvial de 3ª Classe. Em 1996, prestou concurso, ficando na lista de espera. Não chegou a ser nomeado e a validade do concurso já expirou. Assim, não há como atender o pleito." (sic).

O Arquivo Geral do Estado declina nas fls. 36-SEAD que, após minuciosa pesquisa não foi localizado o Decreto de exoneração do Requerente.

A Consultoria Jurídica da SEAD, por meio de seu Parecer no. 392/2002-CJ/SEAD, foi de entendimento contrário ao deferimento do presente pleito, fundamentando que:

"... o interessado está desligado do Quadro de Funcionários do Estado do Amazonas desde 30/10/95; no sistema de informação de dados desde 27/04/96. Outrossim, prescreveu o seu direito de pleitear na esfera administrativa consoante o artigo 124, I, da Lei n. 1.762/86..."

O ex-servidor formula pedido de "reintegração" ao serviço público. Esse instituto de reingresso está disciplinado pela Lei no. 1.762/86:

"Art. 26 – Reintegração é o ato pelo qual o demitido reingressa ao serviço público, em decorrência de decisão administrativa ou judicial transitada em julgado com ressarcimento de todos os direitos e vantagens, bem como dos prejuízos resultantes da demissão."

Diógenes Gasparini em sua obra "Direito Administrativo", Editora Saraiva, 2003, 8ª edição, pg. 197, faz brilhantes comentários sobre o instituto da reintegração:

"Estabelece a Constituição Federal, no § 2º do art. 41, que, invalidada por decisão judicial a demissão de servidor estável, será ele reintegrado. A reintegração é o retorno, por força de decisão judicial, do servidor estatutário estável ao cargo que ocupava, com plena restauração dos direitos violados e integral ressarcimento dos prejuízos sofridos, dado que ilegalmente demitido. Embora o dispositivo mencione apenas decisão judicial, cremos que também por decisão administrativa pode o servidor ilegalmente demitido ser reintegrado, salvo se vedado por lei, já que, pelo princípio da autotutela, cabe à Administração Pública invalidar seus próprios atos quando praticados em desacordo com a lei e responder pelos prejuízos decorrentes. Em qualquer das hipóteses, reconhecida a nulidade da demissão, a reintegração é direito do servidor. Na dicção desse parágrafo parece que só aos estáveis assiste direito à reintegração, o que não é verdade. Os não estáveis, se nula a demissão, hão de ser

reintegrados, visto que a primordial consequência do reconhecimento de nulidade de um ato é a volta ao *status quo ante*, o retorno à situação existente antes do ato anulado..."

Nos autos não há provas de que tenha ocorrido algum vício de nulidade do ato de dispensa do Pleiteante para que configurasse a reintegração. Se a pretensão do Requerente é de retornar ao serviço público, não há também razões para que o mesmo seja beneficiado nos casos de "reversão" ou "readmissão", uma vez que, além de inexistirem condições propícias para enquadrá-lo, tais institutos são próprios para servidores estatutários, o que não é o caso do ex-servidor que pertencia ao regime especial.

O retorno do Requerente ao serviço público também encontra óbice pelo que dispõe expressamente o inciso II, do art. 37, da Constituição Federal:

"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração."

As outras hipóteses de admissão no serviço público são as nomeações para cargos em comissão e contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. No primeiro caso, é livre a nomeação e a exoneração. No segundo, a contratação desse servidor é por tempo determinado.

O § 2º, do dispositivo constitucional acima transcrito determina que **"a não-observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei."**

Diante do exposto, em forma de conclusão, respondendo à consulta formulada pela Secretaria de Estado da Administração,

Recursos Humanos e Previdência - SEAD, sou de opinião pelo indeferimento do pleito formulado pelo ex-servidor **JOSÉ MENDES PEREIRA**, uma vez que o mesmo não possui amparo legal para que seja beneficiado pelo instituto da reintegração ou outros legalmente previstos, bem como pelo impedimento do art. 37, II, da Constituição Federal, que somente admite provimento de cargo público por meio de aprovação em concurso público, sob pena de nulidade declarada no próprio texto constitucional (§ 2º, do art. 37).

É o parecer, smj.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO - PPT/PGE, em Manaus(AM), 09 de março de 2005.

ALBERTO BEZERRA DE MELO

Procurador do Estado

PROCESSO N. 0339/2005-PGE

INTERESSADO: SEAD

ASSUNTO: Consulta referente a desarquivamento de processo administrativo – pedido de reintegração de serviço público.

DESPACHO

I- ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 007/2005-PPT/PGE, da lavra do ilustre Procurador do Estado, Dr. Alberto Bezerra de Melo.

II – ENCAMINHE-SE o processo ao Senhor Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE, em Manaus, 15 de março de 2005.

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GÓES

Procuradora-Chefe da PPT

PROCESSO N. 0339/2005-PGE

INTERESSADO: SEAD

ASSUNTO: Consulta referente a pedido de reintegração ao serviço público formulado por José Mendes Pereira

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 007/2005-PPT/PGE, do Procurador do Estado Alberto Bezerra de Melo, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário-PPT/PGE, Dr^a Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes.

DEVOLVAM-SE os autos à Secretaria de Estado da Administração, Recursos Humanos e Previdência-SEAD.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 17 de março de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 2.417/2005-PGE

INTERESSADO: Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas - FUNTEC

ASSUNTO: Anteprojeto de lei.

PARECER N. 020/2005-PPT/PGE

ANÁLISE DE ANTEPROJETO DE LEI. EXTINÇÃO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA COM PERSONALIDADE DE DIREITO PRIVADO. CRIAÇÃO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ASPECTOS LEGAIS DOS DISPOSITIVOS QUE TRATAM DO PREENCHIMENTO DO QUADRO DE PESSOAL. PROVIMENTO DE CARGOS EFETIVOS. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS. PRAZO RAZOÁVEL PARA REALIZAÇÃO DO CERTAME. REGRAS DE TRANSIÇÃO ANTE A MUDANÇA DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À ESPÉCIE. SUGESTÃO DE REDAÇÃO.

1. A incorporação de personalidade jurídica de direito público pela novel fundação impõe a adoção do regime jurídico próprio aplicável aos ocupantes de cargos efetivos.
2. O provimento dos cargos efetivos ocorrerá através de concurso público de provas e títulos – art. 37, II, CF/88, que deve ocorrer no prazo de vinte e quatro meses, em respeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade.
3. Após a realização do concurso público, a Fundação deverá providenciar a imediata rescisão contratual dos atuais empregados da Fundação.

Ilustríssima Senhora Doutora Procuradora-Chefe:

Trata-se de consulta formulada pelo *Ilustríssimo Senhor Diretor Presidente da Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas - FUNTEC*, encaminhada através do ofício no. 201/2005/GDP/FUNTEC, visando análise e manifestação acerca do anteprojeto de lei que dispõe sobre a extinção da *Fundação*

Televisão e Rádio Cultura do Amazonas FUNTEC e autorização para a criação da Fundação Cultura de Rádio e Televisão do Amazonas – TV CULTURA.

O processo segue instruído com: (1) cópia do anteprojeto de lei em análise; (2) cópia do Anexo I – quadro de distribuição financeira dos funcionários; (3) Despacho oriundo da Procuradoria do Pessoal Estatutário sugerindo alterações no anteprojeto de lei e respectivo despacho de aprovação; (4) minuta proposta pela Procuradoria do Pessoal Estatutário; (5) cópia do Parecer no. 156/05-PPE/PGE e respectivo despacho de aprovação; (6) cópia do Parecer no. 177/05-PPE/PGE; (7) cópia do Parecer no. 184/2005-PA/PGE e respectivo despacho de aprovação; (8) minuta proposta pela Procuradoria Administrativa.

É o relatório. Passo a opinar.

A análise do caso concreto deve partir do exame da natureza jurídica do ente em criação. Insta acentuar que tramitaram diversos processos administrativos de consultas encaminhadas a PGE questionando a validade da Lei no. 2.952, de 16 de maio de 2005, bem como do regime jurídico aplicável à FUNTEC, oportunidades nas quais esta Procuradoria do Estado se manifestou acerca do regime jurídico aplicável de acordo com a natureza jurídica da entidade *sub exame*.

Os pareceres no. 156/05-PPE/PGE, 177/05-PPE/PGE e 17/2005-PPT/PGE, analisaram o caso em comento, deduzindo juízos uníssonos no sentido de inviabilidade de aplicação do regime estatutário aos cargos efetivos criados pela Lei no. 2.952, de 16 de maio de 2005, tendo em vista a personalidade jurídica de direito privado da FUNTEC.

Destarte, em atendimento as recomendações constantes dos pareceres oriundos das diversas especializadas desta Procuradoria, o anteprojeto de lei em análise estabelece, em seu art. 2º, que a TV CULTURA possui personalidade jurídica de direito público, integrante da Administração Pública Indireta do Poder Executivo Estadual, dotada com autonomia administrativa e financeira, além de plena gestão de seus bens e recursos.

Diante da adoção de personalidade jurídica de direito público, não merece reparos o teor do art. 3º do mesmo

anteprojeto de lei ao dispor sobre a criação de cargos efetivos e de provimento em comissão pertencente à estrutura funcional da TV CULTURA.

Os fundamentos deduzidos estão em perfeita consonância com o ordenamento jurídico pátrio, notadamente com a Carta Magna, que dispõe sobre a obrigatoriedade de concurso público para provimento de cargos efetivos, consoante o artigo 37, inciso II:

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

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Os parágrafos 1º e 2º, do art. 3º, do anteprojeto de lei, também estão em harmonia com a orientação desta procuradoria (Parecer no. 177/05-PPE/PGE, itens 5 e 6), dispondo respectivamente sobre (§ 1º) a necessidade de provimento dos cargos efetivos através de concurso público de provas e títulos, bem como acerca da regra de transição que determina que as atividades da TV CULTURA serão exercidas pelos atuais empregados da FUNTEC até o devido provimento dos cargos efetivos; (§ 2º) adoção das providências relativas à rescisão contratual dos atuais empregados regidos pela CLT, resguardadas as situações dos que foram beneficiados pela regra do art. 19 do ADCT/CF/88 – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, dada a natureza de serviço público das atividades a serem exercidas pela TV CULTURA, que tem por objetivo a manutenção, a administração e o desenvolvimento de

emissoras de televisão e rádio, e como finalidade precípua de efetivar a produção e a transmissão de programação de caráter educativo e sociocultural – art. 4º do anteprojeto de lei – impõe-se a necessidade de preservar a continuidade dos trabalhos, o que justifica a manutenção temporária do quadro de pessoal da FUNTEC.

Entretanto, não há que se olvidar da necessidade *urgente* de realização do concurso público de provas e títulos para provimentos dos cargos efetivos da TV CULTURA, sob pena de afronta aos preceitos basilares do nosso ordenamento jurídico, atentando especialmente contra os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, uma vez que permite a nomeação de servidores sem a necessária aferição de sua capacidade para o desempenho das funções.

Nesse sentido, resta imprescindível a estipulação de lapso razoável de tempo para a realização do certame, bem como a exigência de “*imediato*” desligamento dos empregados aproveitados até a realização do concurso público, evitando-se, assim, que se eternizem os vínculos provisórios admitidos legalmente através da regra de transição. A inovação sugerida enseja o acréscimo de mais um parágrafo ao art. 3º, do anteprojeto de lei, nos seguintes termos:

Art. 3º - Os cargos de provimento efetivo e os de provimento em comissão da estrutura da Fundação Cultura de Rádio e Televisão do Amazonas – TV CULTURA são os constantes do Anexo Único desta Lei.

§ 1º - O provimento dos cargos efetivos a que se refere o caput deste artigo ocorrerá por meio de aprovação em concurso público de provas e títulos, devendo o certame ser realizado no prazo máximo de vinte e quatro meses a contar da promulgação desta lei.

§ 2º - Até que ocorra o provimento dos cargos efetivos nos termos do parágrafo 1º, as atividades da Fundação criada por esta Lei serão desenvolvidas pelos atuais empregados da Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas – FUNTEC.

§ 3º - Operado o provimento dos cargos efetivos na forma do parágrafo 1º, a fundação instituída por esta Lei adotará, **imediatamente**, as providências relativas à rescisão contratual dos atuais empregados regidos pela CLT, resguardas as situações dos que foram beneficiados pela regra do artigo 19 do ADCT/CF.

No tocante a imperiosa necessidade de realização de concurso público para provimento de cargos efetivos, a doutrina é incontroversa quanto à adoção da tese apontada e o Supremo Tribunal Federal já sumulou seu entendimento, sobejando jurisprudência a respeito. Nunca é demais trazer à colação alguns julgados consolidando as razões ora apresentadas, senão vejamos:

"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido." (Súmula no. 685)

"Inconstitucionalidade de norma estadual de aproveitamento em cargo inicial de uma carreira de servidores públicos providos em cargos que não a integram (CF. ADIn 231, 08/04/92, M. Alves, RTJ 144/24), não elidida nem pela estabilidade excepcional do art. 19 ADCT, nem pela circunstância de os destinatários terem sido aprovados em concurso para o cargo vencido, cujo prazo de validade, entretanto, já se vencera." (ADI 430, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/07/94)

"Concurso público: não mais restrita a sua exigência ao primeiro provimento de cargo público, reputa-se ofensiva do art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do 'aproveitamento' e 'acesso' de que cogitam as normas impugnadas (§§ 1º e 2º do art. 7º do ADCT do Estado do Maranhão, acrescentado pela EC 3/90)." (ADI 637, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/10/04)

"Conforme sedimentada jurisprudência deste Supremo Tribunal, a vigente ordem constitucional não mais tolera a transferência ou o aproveitamento como formas de investidura que importem

no ingresso de cargo ou emprego público sem a devida realização de concurso público de provas ou de provas e títulos." (ADI 2.689, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21/11/03)

Por fim, esgotada a matéria afeta a esta Procuradoria especializada do Pessoal Temporário, é a presente manifestação pela alteração da redação original do anteprojeto de lei em comento, nos exatos termos expendidos acima. Segue em anexo a minuta substitutiva apresentada pela Procuradoria do Pessoal Estatutário e atualizada com as propostas da Procuradoria Administrativa, já com o aditamento das alterações sugeridas neste parecer.

É o parecer. Salvo Melhor Juízo.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO –
PPT/PGE, Manaus, 1º de setembro de 2005.

LUCIANA ARAÚJO PAES
Procuradora do Estado do Amazonas

PROCESSO N. 2.417/2005-PGE

INTERESSADO: FUNTEC

ASSUNTO: Consulta referente análise de Anteprojeto de Lei.

DESPACHO

I- ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 020/2005-PPT/PGE, da lavra da ilustre Procuradora do Estado, Dra. Luciana Araújo Paes.

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

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE,
em Manaus, 1º de setembro de 2005.

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

PROCESSO N. 2417/2005-PGE

INTERESSADO: A Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas-FUNTEC.

ASSUNTO: Extinção da FUNTEC e criação da Fundação Cultura de Rádio e Televisão do Amazonas. Anteprojeto de Lei. Exame.

DESPACHO

APROVO as manifestações da Procuradoria do Pessoal Estatutário-PPE, da Procuradoria Administrativa-PA e da Procuradoria do Pessoal Temporário-PPT.

DEVOLVAM-SE os autos à FUNTEC, com consolidação das alterações recomendadas.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 14 de setembro de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 3000/2005-PGE

INTERESSADO: A Dra. Lígia Abrahim Fraxe Licatti – Secretária Executiva de Administração e Gestão.

ASSUNTO: Consulta sobre anulação de Processo seletivo.

PARECER N. 24/2005-PPT/PGE

EMENTA: PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. AUSÊNCIA NO EDITAL DE CLÁUSULA PREVENDO CRITÉRIO DE ENTREVISTA DE CANDIDATOS. ILEGALIDADE. ADMISSÃO DE PESSOAL PELO PROCESSO SIMPLIFICADO NÃO AFASTA A OBSERVÂNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA CONSTITUCIONAL. A ADEQUAÇÃO NO EDITAL CLAUSURANDO CRITÉRIOS OBJETIVOS É MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA PREVENIR POSSÍVEIS MEIOS DE CONTROLE. RECOMENDAÇÕES À ADMINISTRAÇÃO.

Senhora Chefe,

Dirige expediente a esta Procuradoria Geral do Estado, a digna Dra. Lígia Abrahim Fraxe Licatti – Secretária Executiva de Administração e Gestão da SEAD, solicitando que esta especializada se manifeste sobre anulação do Processo Seletivo Simplificado realizado pelo IPAAM, notadamente a respeito da execução referente a 1ª fase que está sob a coordenação da SEAD.

O questionamento sobre o pedido de anulação do Processo Seletivo Simplificado em comento se escora nos termos do Parecer exarado pela Comissão responsável pela 2ª fase do aludido certame simplificado para contratação de pessoal com vistas ao preenchimento no quadro do IPAAM.

No Parecer predito, a Comissão assim se manifesta:

1. " Foi observado que não critérios estabelecidos no edital do Processo Seletivo Simplificado, no que diz respeito à

Entrevista (2ª fase), a ser realizada por equipe multidisciplinar sob a responsabilidade do IPAAM; (grifos não no original)

2. Quanto à possibilidade de retificar o Edital, objetivando definir critérios e procedimentos para a Entrevista, observa-se que o edital é a lei de um certame, devendo portanto ser taxativo quanto às normas a serem adotadas para a seleção dos candidatos. Assim, entende-se que a publicação de critérios neste momento poderia ensejar no comprometimento da credibilidade do Processo simplificado, uma vez que já se encontra em andamento;

3. a ausências de critérios técnico-científicos para avaliação de candidatos que, por falta de normatização, ficará no critério subjetivo dos examinadores, por obvio poderá trazer vários transtornos administrativos em razão da falta de tratamento igualitário entre os candidatos; (grifos meus)

4. Segundo informações da representante da empresa (QUALYNORTE), não há como a mesma realizar a Avaliação Psicológica dos candidatos, uma vez que demandaria bastante tempo e também não há previsão no Edital;

5. A representante da Qualynorte apresentou um modelo de matriz a ser utilizado na entrevista e um texto sobre Entrevista de seleção. A matriz para análise detalhadas de perfil permite definir áreas consideradas importantes para o IPAAM e o estabelecimento de pesos diferentes para cada uma. Ressalte-se que essa definição apresenta um forte componente subjetivo.

A consultante juntou cópia da publicação no DOE, edição de 07 de junho de 2005, do Edital n. 009/2005-GS/SEAD que trata do Processo Seletivo Simplificado, Despacho proferido pela Secretaria Executiva Adjunto de Administração e Gestão e Demonstrativos de Candidatos.

É o Relatório, em síntese.

De fato, constato da elementar leitura do Edital n.09/2005, que traça as regras e diretrizes do certame simplificado, notadamente na parte em que se refere a sua 2ª etapa (eliminatória e classificatória), a existência de acentuado grau de

subjetividade no tópico referente a entrevistas dos candidatos, justo porque, na verdade, a ausência de critérios objetivos e claros para a realização das entrevistas expõe o ato administrativo ao controle da legalidade e ao dos princípios da moralidade pública e da indisponibilidade do superior interesse da Administração, se assim se manter e se exteriorizar.

Tenho que, embora essa forma simplificada de admissão de pessoas estranhas ao serviço público se opere sem o apego ao rigor das regras e aos princípios do concurso público tradicional de que cuida o artigo 37 da Constituição Federal, os procedimentos e atos do Poder Público, como *in casu*, não podem simplesmente virar as costas ao formalismo insito às ações da Administração, sem atentar para os princípios da eficiência e da moralidade constitucional que devem orientar o certame e prevalecer a igualdade entre os concorrentes, sendo certo, então, que os atos administrativos, mormente, os que selecionam mão de obra qualificada para atendimento das necessidades e dos serviços da Administração Pública, ainda que em caráter temporário, **devem vassalagem também ao princípio da eficiência, igualmente, preconizado no citado artigo 37 da Carta Magna e de exigência obrigatória para a Administração Pública brasileira.**

"A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidato, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público. Não obstante, é ilegal a exclusão ou reprovação com base em critério subjetivo, como a realização de exame psicotécnico sem critérios objetivos ou a avaliação sigilosa de conduta do candidato, sem motivação.

Os candidatos, mesmos que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos poder ser modificados pelo Poder público, como pode ser cancelados ou invalidado, antes, durante ou após sua realização. E assim é porque os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito, que não obriga a Administração a realizar as provas prometidas.

... Os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesses público (art.37,IX). Obviamente, essas leis **deverão atender aos princípios da razoabilidade e da moralidade.**" (In Direito administrativo brasileiro, Hely Lopes Meirelles, 3. ed. Malheiros Editores, 2005. p. 421- 424).

Vejo, em remate, que, a ausência, no edital, de critérios objetivos e suficientemente claros para a realização de entrevistas, estas que são partes integrantes do julgamento do Processo Seletivo Simplificado, não atende aos princípios da moralidade pública, da eficiência e do interesse público.

O procedimento do processo seletivo é de fato simplificado, mas formal, por isso, não pode dar azo a ilegalidade.

Por essas exatas razões, penso que a Administração deve adotar as providências necessárias para adequar o Edital a esses princípios, de forma a inserir cláusulas que explicitem claramente os procedimentos e critérios que deverão nortear as entrevistas dos candidatos, a fim de que se tenha o julgamento da 2ª etapa isenta de qualquer irregularidade.

Nessas circunstâncias, tenho que para prevenir possíveis meios ou tipos de controle dos atos referentes à 2ª etapa do certame, de modo a evitar prováveis prejuízos à Administração, tanto quanto aos candidatos, é plausível e recomendável que a Administração Pública promova a adequação do edital n. 009/2005, notadamente, na parte a que se refere a entrevista, sem prejuízo da 1ª etapa, se esta ocorreu sem máculas.

É o que me Parece sub censura.

**PROCURADORIA DE PESSOAL TEMPORÁRIO -
PPT/PGE, em Manaus (AM), 29 de setembro de 2005.**

LEONARDO PRESTES MARTINS
Procurador do Estado

PROCESSO N. 3000/2005-PGE

INTERESSADO: SEAD e IPAAM

ASSUNTO: Consulta acerca de anulação de processo seletivo

DESPACHO

I- **ACOLHO**, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 024/2005-PPT/PGE, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. Leonardo Prestes Martins.

II – **ENCAMINHE-SE** o processo ao Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE,
em Manaus(Am), 05 de outubro de 2005.

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

PROCESSO N. 3000/2005-PGE

INTERESSADO: SEAD e IPAAM

ASSUNTO: Consulta acerca de anulação de processo seletivo

DESPACHO

Preliminarmente, empese à judiciosa fundamentação do Parecer nº 024/05-PPT/PGE, pertinente, inclusive, aos Princípios da Vinculação do Edital e da Impessoalidade – aos quais devem obediência procedimentos como o processo seletivo -, entendo que competiria ao Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas-IPAAM a realização da seleção toda.

É que a Lei n. 2.607/00, atinente à contratação de pessoal temporário por tempo determinado, atribuía, originariamente, competência para realização do processo seletivo à Secretaria de Estado da Administração, como se via de seu art. 3º. Ocorre que, posteriormente, a Lei n. 2.616/00, alterando o teor de tal dispositivo, transferiu a aludida atribuição ao órgão interessado em cada caso, nestes termos:

"Art. 3º O recrutamento do pessoal a ser contratado nos termos desta Lei prescindirá de concurso público, efetivando-se mediante processo seletivo simplificado, sob a responsabilidade do órgão ou entidade interessada na contratação, com ampla divulgação através do Diário Oficial do Estado e dos meios de comunicação".

Não bastasse isso, impossível desconsiderar notícia de supostas irregularidades ocorridas nos atos preparatórios da 2ª fase do processo seletivo em tela, conforme consta da manifestação da Presidente do IPAAM às fls. PGE-7/9 dos autos.

Assim, tanto em face do que assinalei em preliminar, como da arguição da dirigente da autarquia, **APROVO** apenas em termo o Parecer n. 024/05-PPT/PGE, recomendando à SEAD que proceda à anulação total do processo seletivo.

DEVOLVAM-SE os autos à SEAD.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 4 de outubro de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 6138/2004-PPIF/PGE
INTERESSADA: Fazenda da Esperança
ASSUNTO: solicitação de imóvel

PARECER N. 06/2005-PPIF/PGE

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL POR ADJUDICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO E AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL.

A aquisição de imóvel por adjudicação judicial depende de prévia demonstração de interesse público e de autorização governamental, a teor do artigo 15 da Lei nº 2.754, de 29/10/2002.

BEM PÚBLICO. UTILIZAÇÃO POR ENTIDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. CESSÃO DE USO.

Ante a natureza jurídica da Interessada e o fim a que se destina o imóvel, é recomendável a utilização do instituto da cessão de uso, mediante autorização governamental.

I – RELATÓRIO

Senhor Procurador-Geral,

A Casa Civil encaminhou o processo nº 7.144/04, referente ao pleito formulado pela Interessada de doação de imóvel situado na Rua General Dutra, nº 481, Bairro de São Raimundo, que foi adjudicado nos autos da execução fiscal nº 0129308800-2, para funcionar como sede na zona urbana da cidade, ante a necessidade de um local de fácil acesso.

Através da promoção nº 10/2005, foi solicitada a avaliação do bem, a manifestação da SEAD e a notificação da Interessada para comprovar sua condição de entidade sem fins lucrativos.

O laudo de avaliação atribuiu ao imóvel o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

A SEAD, através do parecer nº 419/2005-CJ, manifestou-se pela justificação do interesse público.

A Interessada apresentou seu Estatuto, do qual se extrai que é associação civil sem fins lucrativos, com duração indeterminada, cujas finalidades são o desenvolvimento dos projetos educativos, culturais e científicos, orientação e divulgação de métodos e experiências à sociedade em geral, visando a prevenção de problemas sociais, e o atendimento aos marginalizados ou qualquer grupo necessitado de apoio para recuperação da dignidade humana.

Ademais, a Interessada é considerada entidade de utilidade pública municipal (Decreto-Lei nº 633, de 29/11/2001), estadual (Lei nº 2.690, de 25/10/2001) e federal (Portaria nº 113, de 03/1990).

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Reza o artigo 15 da Lei Estadual nº 2.754, de 29/10/2002, que regulamentou o artigo 134 da Constituição Estadual, dispondo sobre aquisição, destinação, utilização, regularização e alienação dos bens imóveis do Estado do Amazonas:

O Poder Executivo, mediante decisão do Governador, na qual se evidencie o interesse público, poderá adquirir imóveis ou direitos a eles relativos, pelas formas previstas nas legislações civil e administrativa, admitida, inclusive, a dação em pagamento de dívida ativa e a adjudicação judicial.
(grifos não constantes do original)

Indubitavelmente, a adjudicação judicial é forma de aquisição de bem, eis que o bem será expropriado do patrimônio do devedor e incorporado ao patrimônio do credor, conforme se depreende do teor dos artigos 646, 647-II e 708-II do CPC:

Art. 646. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor.

Art. 647. A expropriação consiste:

(...)

II – na adjudicação em favor do credor;

Art. 708. O pagamento ao credor far-se-á:

(...)

II – pela adjudicação dos bens penhorados;

A adjudicação judicial, no âmbito do processo executivo fiscal, é regida pelo artigo 24 da Lei Federal nº 6.830, de 22/09/1980, segundo o qual a Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados antes ou depois do leilão.

Quanto à natureza jurídica, a adjudicação judicial é considerada ato expropriatório, pelo qual o órgão judiciário transfere coativamente os bens penhorados do patrimônio do executado ao patrimônio do exequente¹.

Assim, para justificar a aquisição de bem penhorado por adjudicação judicial, exige a lei estadual a presença do interesse público e a autorização governamental, que devem ser prévias ao pedido formulado no processo executivo judicial.

É que a decisão pela adjudicação judicial, como os demais atos administrativos, deve estar fundamentada nos princípios que norteiam as decisões administrativas, mormente o princípio da moralidade, que exerce a primazia sobre outros princípios constitucionais, segundo assevera a i. doutrinadora Carmem Lúcia Antunes Rocha²:

“O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo.”

¹ Cf. ARAKEN DE ASSIS, Manual do processo de execução. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 834.

² Princípios constitucionais da administração Pública, p. 213.

Portanto, o princípio da moralidade administrativa preconiza o sentido ético, orientador de toda conduta advinda do administrador público e das consequências decorrentes das decisões por ele tomadas, inclusive às relacionadas ao seu poder discricionário.

Assim sendo, o interesse público devidamente justificado é um dos requisitos para aquisição de um bem por adjudicação judicial.

Sabe-se que o fim da administração pública é o bem comum da coletividade administrada, para quem são voltadas todas as ações dos administradores.

A esse respeito, escreveu Hely Lopes Meirelles³:

"Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, tral o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

'O fim, e não a vontade do administrador – ensina o Prof. Cime Lima – domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, consequentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito'."

Assim, no exercício da administração pública, outro não pode ser o objetivo do administrador que não a busca do bem-estar coletivo, sendo-lhe defeso descumprir os deveres impostos na lei ou mesmo renunciar às prerrogativas conferidas no exercício da administração, as quais lhe são deferidas para que atinja os fins colimados em prol da coletividade administrada, e não em caráter pessoal.

³ Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, p. 68.

Não cumprir com suas obrigações ou não exercer as prerrogativas que lhes são asseguradas possuem o mesmo valor, no sentido de que estará, se assim proceder, descumprindo o encargo que aceitou ao assumir o cargo ou função pública.

Afirma o ilustre professor Hely Lopes Meirelles⁴:

"Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim', para o administrador público 'deve fazer assim'."

Como dito pelo Prof. Hely Lopes Meirelles⁵, "em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do *interesse público*, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado *sem interesse público* configura *desvio de finalidade*".

Na hipótese dos autos, a adjudicação judicial não foi precedida das formalidades exigidas pela lei estadual, o que, todavia, não causa a nulidade do ato.

Entretanto, entendo que, não tendo havido a justificativa do interesse público na adjudicação do imóvel e a autorização governamental, não deve ser feita a doação à Interessada, para que não seja alegado desvio de finalidade, uma vez que não justificada a finalidade da aquisição.

É que, com a adjudicação judicial do bem, o Estado do Amazonas teve diminuído seu crédito tributário contra a executada, por força do ingresso em seu patrimônio do imóvel objeto da penhora. Em outras palavras, o Estado do Amazonas abriu mão do recebimento de seu crédito em dinheiro, concordando com o recebimento do imóvel penhorado no processo executivo fiscal, em troca.

⁴ Obra citada, p. 88.

⁵ Obra citada, p. 87.

Claro está que deveria ter sido justificado o interesse público na aquisição do imóvel por via da adjudicação judicial, uma vez que implica em renúncia ao recebimento de dinheiro.

Assim, posiciono-me contrária à doação, que implicará em perda patrimonial para o Estado do Amazonas, uma vez que não justificado o interesse público na aquisição por adjudicação judicial.

No entanto, é possível a utilização do bem adjudicado pela Interessada, tendo em vista sua natureza jurídica e a finalidade a que se destina, pela via da cessão de uso, conforme disposto no artigo 43 da Lei nº 2.754/2002:

Art. 43. A cessão de uso de bem imóvel poderá ser concretizada, a título de cooperação, para atender a interesses comuns, com pessoas jurídicas de direito público e entidades privadas sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural, de saúde ou assistência social, gratuitamente ou em condições especiais.

A justificativa do interesse público para a utilização do imóvel pela Interessada está presente através da necessidade de uma sede de fácil acesso, uma vez que a localização atual da sede, na zona rural da cidade, dificulta a procura pelos serviços oferecidos à população.

Porém, de igual modo, entendo que existe um interesse público concernente à imperiosa necessidade do Estado em manter a propriedade de bens imóveis, cuja localização seja fundamental para consecução de seus fins, porque:

1 – A coletividade abrangida pelos serviços prestados pela Interessada não é expressiva, consoante o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, já transcrito anteriormente.

Com efeito, a necessidade e a finalidade da Interessada são nobres e lícitas, porém a coletividade a que se estende não é expressiva e atenderá uma pequena parte do universo de administrados, o que poderá ser objeto de questionamentos, pois o fim da administração é o bem-estar da coletividade administrada ou de pelos menos de uma parte expressiva, o que certamente não é o caso destes autos.

2 – Não são poucas as vezes em que o Estado é obrigado a ter que lançar mão de procedimento expropriatório visando a aquisição de bem imóvel para realização de alguma obra.

Em tempos de poucos recursos e de muitas necessidades, a reflexão sobre a disponibilidade de bens imóveis, notadamente em área de grande densidade populacional, deve ser feita sob o prisma da necessidade futura da administração e das consequências a serem suportadas pelo erário com os procedimentos expropriatórios e suas implicações judiciais.

Destarte, na hipótese em apreço, em que se está diante de um interesse comum às partes, Interessada e Estado do Amazonas, uma vez que a utilização do instituto permitirá ao Estado do Amazonas atingir uma de suas finalidades institucionais através das atividades desenvolvidas pela Interessada, penso que a solução é a utilização do instituto da cessão de uso.

No âmbito da legislação federal (Decretos-leis 9.760/46 e 178/67), a cessão de uso é instituto típico do direito público para as hipóteses que interesse à União concretizar auxílio ou colaboração que entenda prestar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu⁶. Suas características são:

- a) é sempre gratuita;
- b) por tempo determinado;
- c) só pode ter por objeto bens dominicais;
- d) só pode ser conferida para os fins definidos na legislação;
- e) dispensa autorização legislativa e concorrência pública.

A outorga da cessão de uso, depois de autorizada por decreto governamental, se faz mediante termo ou contrato, tomando-se nula em caso de utilização em desacordo com as condições estabelecidas.

⁶ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 571.

Em se tratando de bem dominical, a gestão compete à Coordenadoria de Controle do Patrimônio Imobiliário da Secretaria de Estado de Administração, Recursos Humanos e Previdência, ao teor do artigo 19-III, da Lei nº 2754/2002.

III – CONCLUSÃO

Assim, diante das questões abordadas anteriormente, concluo que não se afigura possível a doação do imóvel pretendido pela Interessada, ante a inexistência de justificativa do interesse público na aquisição por adjudicação judicial e ante a necessidade do Estado em manter os imóveis de sua propriedade para consecução de seus fins.

Isto posto, sugiro a utilização do instituto da cessão de uso, que poderá ser concretizada por termo administrativo a ser efetuado pela Secretaria de Estado da Administração, no exercício de sua competência quanto ao controle e uso do patrimônio imobiliário do Estado, conforme minuta anexa.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO, em Manaus, 30 de março de 2005.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora-Chefe da PPIF/PGE

PROCESSO N. 6138/2004-PGE

INTERESSADA: Obra Social Nossa Senhora da Glória – Fazenda Esperança

ASSUNTO: Doação de imóvel público.

DESPACHO

APROVO o Parecer nº 05/2005-PPIF/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário-PPIF/PGE, Dra. Roberta Ferreira de Andrade Mota.

De fato, uma vez que a Fazenda Esperança possui natureza jurídica de entidade civil, sem fins lucrativos, com a finalidade de dar atendimento aos marginalizados ou qualquer outro grupo que necessite de apoio para recuperar a dignidade humana, entre outros, bem como que a utilização do imóvel requerido se fará para a implantação da sede da instituição na zona urbana da cidade de Manaus, o instituto mais adequado é o da cessão de uso, nos termos do art. 43 da Lei n. 2.754/2002.

DEVOLVAM-SE os autos à Casa Civil.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 1º de abril de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 3214/2005-PGE**INTERESSADO:** Secretaria de Política Fundiária**ASSUNTO:** Desapropriação por interesse social**PARECER N. 031/2005-PPIF/PGE**

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL PARA IMPLANTAÇÃO DE LOTEAMENTO POPULAR. REMANEJAMENTO DE INVASORES DE ÁREA PÚBLICA DESTINADA A EXPANSÃO DO POLO INDUSTRIAL DE MANAUS – POSSIBILIDADE.

1 - A desapropriação de imóvel de propriedade privada, para fins de implantação de loteamento popular para remanejamento de invasores de área pública destinada à expansão do Pólo Industrial de Manaus, é juridicamente possível, porquanto configura hipótese de interesse social, na forma da Lei 4.132/62.

2 – A declaração de interesse social, para fins de desapropriação, não alcança as terras públicas, as áreas de superfícies de igarapés e as áreas que estejam sob servidão administrativa, registrada ou não.

3 – Ante a ausência de dados, o uso do Método Involutivo para avaliação das áreas a serem desapropriadas é juridicamente possível, porquanto decorrente de situação fática que inviabiliza a adoção do Método Comparativo de Dados de Mercado.

4 – Cabe ao Governador do Estado, no uso do poder discricionário, editar, se entender conveniente e oportuna a desapropriação, decreto declaratório de interesse social.

Senhora Procuradora-Chefa,

1 – RELATÓRIO

Versam os autos sobre pedido de desapropriação de área com **2.947.885,74 m²** (Dois Milhões, Novecentos e Quarenta e Sete Mil, Oitocentos e Oitenta e Cinco vírgula Setenta e Quatro

Metros Quadrados), composta por oito áreas, situada no Bairro de Santa Etelvina, próximo à Barreira da Polícia Militar do Amazonas, no entroncamento das Rodovias AM-010 (Manaus-Itacoatiara) com a BR-174 (Manaus-Boa Vista).

Segundo consta da exposição de motivos, constante do Ofício 1155/2005-GS/SPF, datado de 03/10/2005 e subscrito pelo Secretário Estadual de Política Fundiária, George Tasso Lucena Sampaio Calado (FLS. 002), a medida tem por objetivo "...a execução de loteamento popular objeto do Convênio nº. 024/2004 no Projeto de 'apoio a remoção de Famílias Ocupantes em Área do Pólo Industrial de Manaus e áreas circunvizinhas', conhecida como 'Invasão Nova Vitória', tendo em vista a ocorrência de um amplo conflito social e de uma mandado de reintegração de posse determinado pela Justiça Federal".

Ainda como justificativa da medida, o Secretário afirma que:

"3. Assim, após todos os estudos técnicos, foi indicada pelo Ministério Público Federal e SUFRAMA, a referida área localizada no Bairro de Santa Etelvina, objeto do presente Convênio, em cumprimento ao Mandado de Reintegração de Posse, haja vista a necessidade de assentar as famílias da área invadida em outra localidade.

4. Salienta-se que as decisões relativas a escolha da área e avaliação do imóvel foram decididas e discutidas no âmbito do Ministério Público Federal, com ampla participação de diversas entidades e Órgãos Federais, Estaduais e Municipais, além do acompanhamento das entidades representativas dos ocupantes e ambientalistas;

5. Assinado o Convênio, foram deflagrados os trabalhos necessários a execução do Projeto, a começar pelo levantamento topográfico, com o objetivo de detalhar a área escolhida, permitir a adequação da área aos objetivos do Convênio, descartando áreas impróprias e inadequadas ao loteamento proposto, seja por ocupação ou relevo e ainda servir de base técnica para a elaboração de rigoroso Laudo de

Avaliação a ser feita por peritos indicados pelo Ministério Público Federal. Além de servir para a elaboração do Laudo de Avaliação, serviu também para a elaboração do Projeto Básico de Engenharia”.

Além da exposição de motivos, consta dos autos a seguinte documentação no Volume I:

- 1 – Ordem de serviço 005/2005;
- 2 – Levantamentos atinentes à invasão “Nova Vitória”, como relatório parcial de cadastramento dos invasores (fls. 011/053), cópias de reportagens sobre a invasão (fls. 054/079).
- 3 – Cópias das atas das reuniões no Ministério Público Federal (fls. 080/098).
- 4 – Cópias das atas da Comissão de Avaliação (fls. 099/104).
- 5 – Cópias dos documentos apresentados por proprietários (fls. 107/331).

Aberto um segundo volume, fruto do despacho de fls. 335-verso do volume I, foi exarada a Promoção 277/2005/PPIF/PGE (fls. 336/339), por meio da qual foram solicitadas algumas diligências.

Por meio do ofício 1240/2005-GS-SPF (fls. 366/369), a SPF respondeu às indagações formuladas na aludida promoção, assim como houve uma complementação das informações por meio dos técnicos da SPF em reunião no dia 03/11/2005, cuja ata se encontra às fls. 381/382.

Também faz parte do processo 3214/2005, como apensos, nove volumes, encadernados e numerados de 00 a 08, sendo o volume 00 correspondente ao resumo dos outros oito volumes, que, por seu turno, correspondem a oito áreas que, unidas, formam a poligonal com perímetro de 10.452,02 m e área de 2.947.885,74 m².

A avaliação da área a ser desapropriada foi dividida em oito laudos relativos a cada uma das oito áreas a que se referem os oito volumes.

É o breve relatório.

2 – FUNDAMENTAÇÃO.

2.1 – A DESAPROPRIAÇÃO COMO FORMA ORIGINÁRIA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE.

Os bens de particulares e até mesmo os públicos de propriedade dos Municípios e suas empresas públicas podem ser objeto de desapropriação, mediante justa e prévia indenização, em sendo conveniente e oportuno para o expropriante e desde que se encontre presente determinada situação de utilidade pública ou interesse social prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição da República.

Sabe-se que a aquisição da propriedade pode ocorrer de forma derivada ou originária. Em relação à forma derivada, é imprescindível o elemento volitivo da outra parte no negócio jurídico.

Na forma originária de aquisição da propriedade, como é o caso da desapropriação, *"é o fato jurídico em si que enseja a transferência da propriedade, sem correlação com qualquer título jurídico de que seja titular o anterior proprietário"* (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 12ª Edição, Ed. LUMEN JURIS).

Como forma originária de aquisição da propriedade, não estará o bem expropriado, efetivada a desapropriação, sujeito às regras de obediência à cadeia de sucessão dominial ou a qualquer vício existente em relação às titulações anteriores, o que significa dizer que a transferência é irreversível, não subsistindo, também, eventuais ônus incidentes sobre o bem expropriado, ressalvado o direito do credor em sub-rogar-se no valor da indenização.

2.2 - DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL.

Conquanto tenha o ilustre Secretário de Política Fundiária, em sua exposição de motivos, embasado a desapropriação na previsão de *utilidade pública*, na forma do art. 5º do Decreto-Lei 3.365/41, trata-se, na verdade, de hipótese de *interesse social*, consoante os termos da Lei 4.132/62.

Seabra Fagundes, in *Desapropriação no Direito Constitucional Brasileiro*, RDA 14/2, assevera que "Haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destine a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral pela melhoria nas condições de vida, pela mais eqüitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades".

E mais, "Com base nele terão lugar as expropriações que se façam para atender o plano de habitações populares ou de distribuição de terras, à monopolização de indústrias ou nacionalização de empresas quando relacionadas com a política econômico-trabalhista do governo etc."

Outrora se discutiu, na doutrina pátria, se a necessidade pública englobaria ou não os casos de utilidade pública e interesse social. Contudo, Hely Lopes Meirelles, ainda na 4ª Edição de sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 1976, p. 554, esclarece, com a lucidez que sempre lhe foi peculiar, que:

"O legislador constitucional tripartiu os motivos ensejadores da desapropriação, para indicar discriminadamente a natureza e o grau dos interesses a serem atendidos pela Administração em cada ato expropriatório".

"O interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade, ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público. Esse interesse social justificativo de desapropriação está indicado na norma própria (Lei 4.132/62) e em dispositivos esparsos de outros diplomas legais. O que convém assinalar, desde logo, é que os bens desapropriados por interesse social não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou mesmo a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente". (destaquei).

Portanto, pela doutrina ou pela legislação, não há que se confundir as diversas hipóteses para desapropriação,

principalmente porque não se trata de um preciosismo jurídico, pois o ato declaratório vincula a destinação do bem, sob pena de desvio de finalidade e, conseqüentemente, na implicação de responsabilidade ao administrador.

No caso em análise, a finalidade da desapropriação é a implantação de loteamento popular específico para assentamento das famílias que invadiram parte da área do Pólo Industrial de Manaus, conhecida como invasão "Nova Vitória".

Nesse sentido, resta claro que estamos diante de uma desapropriação por interesse social, porquanto se trata de circunstância de cunho essencialmente social, na forma da doutrina citada, que objetiva a resolução de uma situação fática.

Contudo, a Lei 4.132/62, que regula a desapropriação por interesse social, não traz, em qualquer dos incisos do art. 2º, hipótese que se enquadre perfeitamente no caso dos autos.

Lei 4.132/62.

Art 2º - Considera-se de interesse social:

I – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II – a instalação ou a intensificação das culturas, nas áreas cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola;

III – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V – a construção de casas populares;

VI – as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII – a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais;

VIII – a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

Nenhuma das hipóteses da Lei 4.132/62 se aplica ao caso em tela. A que melhor se aproxima da situação fática a que se refere o processo em análise é a do item IV, ou seja, desapropriação para manutenção de posseiros em terrenos urbanos, porém, a área que se encontra nas condições da hipótese legal não é a área a ser desapropriada, mas a área de propriedade da SUFRAMA, cujos ocupantes devem ser remanejados para a área a ser desapropriada, isto é, não se trata de manutenção de posseiros, mas de remanejamento de posseiros.

Portanto, a meu ver, há uma lacuna na lei de desapropriação por interesse social, porquanto não albergada a situação em apreço, embora se trate, na essência, de um caso que se coaduna com o sentido da lei. Nessas circunstâncias, socorre-se da analogia, que nada mais é que a atividade consistente em aplicar a uma hipótese não regulada por lei disposição relativa a um caso semelhante.

Em outras palavras, onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*). Todavia, para que haja analogia, é necessário que exista uma situação semelhante e relevante (*ratio legis*).

Não se trata, portanto, de uma interpretação extensiva, pois na analogia inexistente norma que regule o caso concreto, daí valer-se de norma que trata de hipótese semelhante. Há, portanto, a criação de uma nova norma, o que não ocorre na interpretação extensiva, onde existe a norma reguladora do caso concreto, mas essa não menciona expressamente sua eficácia, sendo aplicada, nesse caso, a própria norma do fato, havendo, no entanto, um alargamento do alcance da regra dada.

Note-se, ainda, que a interpretação analógica é diferente da analogia, pois naquela há, após uma enumeração casuística,

uma formulação genérica que deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente elencados. Vale dizer, na interpretação analógica, a norma regula o caso de modo expresso, embora genericamente.

Ademais, a discussão doutrinária, quanto à exaustividade das hipóteses previstas na Lei 4.132/62, fica superada pelo uso da analogia, o que não ocorre se a solução passar pela interpretação extensiva.

Aplicando-se a analogia para o caso dos autos, constato que a razão do disposto no art. 2º, inciso IV, da Lei 4.132/62, que trata da desapropriação, por interesse social, para manutenção de posseiros, possui, na essência, a mesma motivação para a desapropriação em apreço, porquanto também, aqui como na norma, o objetivo é a paz social e a correta distribuição da terra para a camada menos favorecida da população.

Além de vincular a destinação do bem, como dito em linhas passadas, a definição da natureza da desapropriação também implica na indicação, no ato declaratório, da fundamentação legal da declaração, isto é, indicação do dispositivo da lei invocado para declaração de interesse social.

Com o uso da analogia, portanto, essa indicação não é possível, porquanto não albergada a hipótese no texto da lei, devendo, pois, haver menção genérica da Lei 4.132/62, apenas.

2.3 – COMPETÊNCIA PARA DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL E SEUS EFEITOS.

O procedimento expropriatório ocorre em duas fases distintas. A primeira fase concernente à declaração de interesse social e a segunda fase concernente à execução da declaração, ou seja, efetivação da medida.

A declaração de interesse social, na verdade, encerra a manifestação de vontade do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) sobre determinado bem com o objetivo de transferi-lo, compulsoriamente, para seu patrimônio, ainda que, no futuro, seja feita a destinação em favor de terceiros.

Disso resulta que a declaração de interesse social não materializa a desapropriação, mas apenas encerra uma fase do procedimento que externa a vontade do ente público. Portanto, tratando-se de desapropriação de interesse do Estado do Amazonas, cabe ao Governador do Estado, a par da exposição de motivos do Secretário de Política Fundiária e do presente parecer, mensurando a conveniência e oportunidade da medida, deflagrar o procedimento expropriatório, com a edição de decreto declaratório de interesse social (art. 6º do Decreto-Lei 3.365/41).

Como consequência da edição do decreto declaratório de interesse social, podem as autoridades competentes penetrar no imóvel e edificações, recorrendo, se preciso for, à força policial. De igual modo, a edição do decreto de declaração de interesse social fixa o início do prazo de caducidade e indica o estado do bem para apuração da futura indenização.

E aqui é importante destacar o efeito autorizador de penetração das autoridades no imóvel a ser desapropriado, pois no caso dos autos, segundo relato dos vistoriadores da Secretaria de Política Fundiária, houve, por parte de alguns ocupantes, a imposição de dificuldades para fins de apuração de acessões e benfeitorias.

Ademais, vislumbro, desde logo, que o procedimento expropriatório, dado à grandeza da área, às ocupações desordenadas em relação à documentação apresentada por alguns proprietários, assim como pela ausência de serviço de campo, em relação à divisão da poligonal da área pretendida, entre outros aspectos técnicos, apresentará grandes dificuldades de implementação na via administrativa, até mesmo na identificação dos ocupantes, proprietários e a relação direta entre documentos de propriedade e áreas efetivamente ocupadas, principalmente em relação às sobreposições, retificações, limites e referências geográficas da época da titulação.

Assim, é indispensável que a Secretaria de Política Fundiária, órgão de assessoria técnica para os procedimentos expropriatórios, tenha a exata noção dos efeitos da declaração de interesse social, porquanto dela dependerá o esclarecimento das múltiplas situações que se apresentarão na fase executória

do procedimento, como já advertido em reunião na sede da PGE, fato que poderá, repito, pela ausência dos serviços de campo no interior da poligonal, frustrar as expectativas, notadamente na condução administrativa da desapropriação.

2.4 – DA NÃO INCIDÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO SOBRE SUPERFÍCIES DE IGARAPÉS, TERRAS DEVOLUTAS E ÁREAS DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA.

Embora tenha ficado claro, no item 2.1, que a desapropriação incide sobre os bens de propriedade privada, em regra, pela existência, dentro da poligonal que forma a área a ser desapropriada, de terras devolutas, superfícies de igarapés e áreas submetidas à servidão administrativa em favor da ELETRONORTE para passagem de linha de transmissão de energia elétrica, que fique claro que a desapropriação em apreço não alcança tais áreas.

E é importante que fique patente, porque os trabalhos técnicos em relação às divisões internas da poligonal que encerra a área a ser desapropriada, não foram efetivados em campo, segundo informou o Sr. José Luis Laghi (ver ata da reunião constante às fls. 381/382), representante da empresa LAGHI ENGENHARIA LTDA, responsável pelos levantamentos de campo destinado à elaboração de projeto básico de engenharia de que trata o Contrato 009/2005-SEINF, Anotação de Responsabilidade Técnica 168921.

Esse fato, como é óbvio, implicará na necessária realização de tais serviços em campo, para apuração, principalmente, das áreas de servidão administrativa, porquanto apenas uma, salvo engano, encontra-se devidamente averbada na matrícula de um dos imóveis a serem desapropriados, constituindo-se, as demais, em servidões fáticas, segundo informações passadas pelos técnicos.

Portanto, essas situações fáticas, não levantadas a contento, devem ser ressalvadas no ato declaratório de interesse social, ainda que de modo genérico, que dizer, sem especificar áreas, limites, confinantes e pretensos proprietários ou ocupantes.

Tal qual as áreas de servidão administrativa, as terras devolutas existentes no perímetro da poligonal, identificadas ou não, bem como as superfícies de igarapés, não sofrem os efeitos da declaração de interesse social e, conseqüentemente, da desapropriação.

Embora pareça óbvio que a desapropriação não incide sobre essas áreas, a expressão dessa exclusão, por cautela, se mostra indispensável, pois a análise, ainda que superficial da pouca documentação de propriedade existente, já demonstra a impossibilidade de plotar os bens descritos nas matrículas, por ausência de limites e confrontações confiáveis, fato comprovado nas respostas à Promoção 277/2005/PPIF/PGE (fls. 366/369).

2.5 – DA NÃO APRECIÇÃO DO ASPECTO AMBIENTAL.

Conquanto conste nas atas de reuniões, junto ao Ministério Público Federal, a menção de participação dos diversos órgãos que tratam da implementação da política ambiental (IBAMA, SEDEMA, IPAAM), saliento que o presente parecer não tratou da questão ambiental do empreendimento.

E digo isso porque, a meu ver, os estudos ambientais, ainda que em um primeiro momento superficial, deveriam ser procedidos previamente, eis que podem inviabilizar o próprio empreendimento, total ou parcialmente.

Não se pode olvidar, na hipótese de inviabilização parcial por um menor aproveitamento da área desapropriada, que o loteamento tem destinação certa, isto é, abrigar todas as famílias que estejam na invasão "Nova Vitória".

Assim, por cautela, registro que não consta dos autos qualquer estudo relativo ao aspecto ambiental do empreendimento ou qualquer manifestação dos órgãos responsáveis e da Procuradoria do Meio Ambiente da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

2.6 – ASPECTOS DA AVALIAÇÃO.

A avaliação das áreas, benfeitorias e acessões, segundo consta dos autos, ficaram a cargo do Engenheiro Civil José Benito Blanco Sampietro, indicado pelo CREA/AM-RR, e do Engenheiro Civil Claudius Ferrari Duarte de Oliveira, indicado pela Caixa Econômica Federal. Ambas as indicações foram feitas em função de pedido formulado pelo Ministério Público Federal que, segundo consta, orquestrou todo o procedimento de escolha das áreas e coordenou as reuniões entre os diversos órgãos envolvidos.

Não houve, portanto, a participação do Gerente de Perícia, Avaliação e Fiscalização da Secretaria de Política Fundiária, Antonio de Almeida Peixoto, que informou na reunião do dia 03/11/2005 (fls. 381/382) que somente participou da avaliação da primeira área escolhida, próxima à Reserva Ducke, por meio de uma Comissão.

Na avaliação da terra, os avaliadores mencionados utilizaram o Método Involutivo, argumentando que:

"A avaliação de glebas urbanizáveis deve ser feita preferivelmente com utilização do método comparativo direto de dados de mercado; como na pesquisa do caso sob análise, não se conseguiu identificar imóveis com as características do imóvel (gleba) avaliando(a). e mesmo que fosse dedicado um período de tempo maior para a pesquisa, ainda assim, intui-se que não seria factível identificar/caracterizar um conjunto de transações (ou até mesmo ofertas) de imóveis com as características/padrão do imóvel, em quantidade e com qualidades que permitissem a análise estatística. Portanto empregou-se o Método Involutivo – INV, que identifica o valor do bem, alicerçado no seu aproveitamento eficiente, baseado em modelo de estudo de viabilidade técnico-econômica, mediante hipotético empreendimento compatível com as características do bem e com as condições do mercado, considerando-se cenários viáveis para a execução e comercialização do produto".

Para as acessões e benfeitorias, os avaliadores empregaram o método Direto Comparativo de Custo de Reprodução.

No Estado do Amazonas, no âmbito da administração estadual, o Decreto 21.142, de 04 de setembro de 2000, determinou, em seu art. 2º, inciso I, que nas desapropriações imobiliárias por utilidade pública ou interesse social, a avaliação deveria observar o método comparativo de dados de mercado.

Contudo, há de se reconhecer que a desapropriação que se trata nessa oportunidade possui características bem distintas e excepcionais em relação ao que se pretendeu regular com a edição do mencionado decreto.

O próprio motivo da desapropriação, que objetiva resolver o problema da ocupação indevida de terras da SUFRAMA, já indica a especialidade do procedimento.

Ademais, a verba que suportará as despesas com as indenizações, segundo consta do convênio firmado entre o Estado do Amazonas e SUFRAMA, é desta, repassada ao Estado.

Por fim, de fato, há uma ausência significativa de transações imobiliárias do porte da desapropriação, retirando do avaliador a possibilidade de levantar dados confiáveis e compatíveis com o emprego do método comparativo de dados de mercado, razão porque a escolha do método involutivo, para avaliação da terra, se mostra adequada.

3 – CONCLUSÃO.

Com base em todo o exposto e com as observações feitas, concluo que a desapropriação pretendida é juridicamente possível para fins de destinação do imóvel de propriedade privada para implantação de loteamento popular destinado, prioritariamente, ao remanejamento de ocupantes da invasão "Nova Vitória", em área da SUFRAMA.

Cabe ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Amazonas, a quem se deve remeter o processo, aferir a

conveniência e oportunidade da medida, deflagrando-a, se for o caso, por meio da edição de decreto declaratório de interesse social, na forma da minuta que anexo.

É o parecer *sub censura*.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO/PGE, em Manaus, 14 de novembro de 2005.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
Procurador do Estado

PROCESSO N. 3.214/2005-PGE
INTERESSADO: Secretaria de Política Fundiária
ASSUNTO: Desapropriação

DESPACHO

ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 31/2005-PPIF/PGE, do Procurador do Estado, Dr. Evandro Ezidro de Lima Regis

ENCAMINHE-SE os autos à apreciação do Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO-PPIF/PGE, em Manaus, 14 de novembro de 2005.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora-Chefe

PROCESSO N. 3.214/2005-PGE
INTERESSADO: Secretaria de Política Fundiária
ASSUNTO: Desapropriação por interesse social.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 31/2005-PPIF/PGE, do Procurador do Estado Evandro Ezidro de Lima Regis, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário/PGE, Dra. Roberta Ferreira de Andrade Mota.

ENCAMINHE-SE os autos à Casa Civil.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 14 de novembro de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 3719/2005-PGE**INTERESSADO:** Secretaria de Estado da Infra-estrutura**ASSUNTO:** possibilidade jurídica de aplicação de penalidade a
Secretaria de Estado**PARECER N. 11/2005-PMA/PGE**

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL. CONTRATO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS EM JARDIM BOTÂNICO MUNICIPAL. DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA. TEORIA DO ÓRGÃO. ILEGALIDADE DA AUTUAÇÃO MUNICIPAL EM FACE DA AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE SECRETARIA DE ESTADO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA POR DANOS A TERCEIROS. AUSÊNCIA DE QUEBRA NO PACTO FEDERATIVO PELO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PARA A DEFESA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO ESTADO."

Exmo. Sr. Procurador-Geral:**RELATÓRIO**

Chega a esta Especializada consulta formulada pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado da Infra-Estrutura, Dr. Marco Aurélio de Mendonça, para o esclarecimento de dúvidas oriundas da fiscalização empreendida pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Meio Ambiente de Manaus.

Relata o Sr. Secretário de Estado que a atuação da SEDEMA, na área de construção de uma estrada no entorno do Jardim Botânico Adolpho Ducke, entre o conjunto Nova Cidade e o bairro Cidade de Deus, culminou com a expedição do Auto de Infração n. 000331, por suposta prática de "poluição

e degradação ambiental em área de preservação permanente e unidade de conservação”.

Informa que, além de apresentar defesa administrativa relembrando que não possui personalidade jurídica e que, portanto, não poderia figurar como autuada no presente caso, compareceu pessoalmente a uma reunião na sede da Prefeitura de Manaus, com a presença do alcaide do Município e da Secretária Municipal do Meio Ambiente. Tal reunião não gerou frutos, estando, atualmente o processo administrativo iniciado com o auto de infração na SEDEMA para análise e futuro arquivamento ou aplicação de multa.

Diante de tal quadro, o Exmo. Sr. Secretário de Estado indaga sobre:

- a) a possibilidade jurídica da Secretaria Municipal do Meio Ambiente autuar a Secretaria Estadual de Infra-Estrutura, “órgão sem personalidade jurídica, por possível degradação ao meio ambiente supostamente perpetrada por obras licitadas” pela SEINF, “considerando, ainda, o PACTO FEDERATIVO existente entre os entes da União?”
- b) “no caso antecitado, tal ingerência não se dá apenas nos casos de intervenção estadual e/ou federal?”

É o relatório. Passo a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

Para análise da presente situação, mister se faz lançar mão de conceitos básicos de organização administrativa brasileira, especialmente no que concerne à desconcentração administrativa.

Estabelece o Código Civil Brasileiro, em seus artigos 40 e 41:

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

- I - a União;
 - II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
 - III - os Municípios;
 - IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;
 - V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.
- Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Como verificado, os Ministérios e as Secretarias não se incluem na definição de pessoa jurídica de direito público interno. Isso porque tais compõem, com os demais órgãos do governo, a chamada Administração Direta, originada da desconcentração administrativa. São partes de um mesmo todo, não dotadas de personalidade jurídica autônoma e estabelecidas sob a égide da hierarquia estatal. Nesse aspecto, colaciono a lição de Hely Lopes Meirelles¹:

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

Na esteira, explana Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

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

¹ Direito administrativo brasileiro, 26. ed., p. 700

² Direito administrativo, 13. ed., p. 342

um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia”.

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

É ponto pacífico, portanto, que apesar de ser unidade gestora do orçamento público, possuir atribuições e competências próprias, a Secretaria de Estado da Infra-Estrutura é órgão da administração direta, não possuindo personalidade jurídica própria e não podendo demandar ou ser demandada em juízo enquanto submetida à hierarquia estatal.

Nesse aspecto, causa espécie a atuação da SEDEMA sobre órgão da administração pública estadual, na medida que o não pagamento da multa imposta por meio da atividade fiscalizatória do órgão ambiental gera, via de consequência, a inscrição do crédito não-tributário em dívida ativa, de acordo com o art. 2º, §2º e §5º da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. E diante do fato que a SEINF não possui personalidade jurídica própria, como se indicará, na futura Certidão de Dívida ativa, o sujeito passivo da obrigação não-tributária? E como haverá a constrição dos bens da SEINF? E como haverá a execução por meio de expedição de precatório requisitório de pagamento à SEINF?

Decerto que a atividade administrativa municipal, nesse caso, não vislumbrou quaisquer das implicações do ato administrativo de atuação, restando, portanto, inócua a atividade da SEDEMA, eis que jamais poderia compelir a SEINF a praticar qualquer ato ou pagar qualquer multa, dada a ausência de personalidade jurídica daquela secretaria estadual.

Independente de tal fato, é de se verificar que a SEINF, enquanto competente para a contratação e fiscalização de todas

as obras e serviços de engenharia do Estado do Amazonas, realiza seus misteres por meio de prévios procedimentos licitatórios, a cargo da Comissão Estadual de Licitação. Desta feita, por mais que seja de sua competência a fiscalização das obras públicas, a execução direta desses empreendimentos fica a cargo de empresa licitante vencedora, não se confundindo a sua atuação com a figura da contratante.

Não é demais ressaltar, nesses casos, que o contratante sempre será o Estado do Amazonas que, por intermédio da Secretaria de Infra-Estrutura, realiza o contrato administrativo para a satisfação de necessidades públicas diversas.

Na presente contenda, a empresa contratada para a execução da estrada que liga o Conjunto Nova Cidade ao Bairro Cidade de Deus foi a construtora SOMA, por meio do Contrato n. 12/2000, havendo, inclusive, prévio licenciamento ambiental perante o IPAAM.

É de se verificar que qualquer dano ao meio ambiente em qualquer grau, assim como a terceiros, é de responsabilidade da contratada, *in casu*, da Construtora SOMA, na forma dos artigos 69 e 70 da Lei n. 8.666/93, abaixo transcritos:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Nesse aspecto, curial se faz trazer à baila o esclarecimento de Marçal Justen Filho³ sobre o assunto em comento:

³ Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos, 8. ed., Dialética. p.565-566.

"O exercício pela Administração da fiscalização ou acompanhamento não elimina nem reduz a responsabilidade civil do particular.

Cabe a este desenvolver suas atividades com zelo e perícia, evitando provocar danos de qualquer natureza a terceiro. O particular responde em nome próprio pela sua conduta. A atividade de fiscalização desenvolvida pela Administração Pública não transfere a ela a responsabilidade pelos danos provocados pela conduta do particular. Não há, em princípio, relação de causalidade entre a fiscalização e o dano sofrido por terceiro".

Tal situação decorre da própria atividade lucrativa desempenhada pelos contratados. Assim como são responsáveis pelos danos causados a terceiros, eis que executam serviços em nome próprio, são também responsáveis, no plano ambiental, pela elaboração de EIA/RIMA, bem como pelo ônus de todas as despesas pertinentes ao licenciamento ambiental. São também os proponentes responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente decorrentes de sua intervenção numa determinada área.

Nesse aspecto, está-se completamente autorizado em dizer que a SEDEMA agiu ilegalmente na atuação da Secretaria de Estado da Infra-estrutura. A uma, porque não levou em consideração a ausência de personalidade jurídica própria do órgão estatal e todas as implicações advindas de sua natureza jurídica. A duas, porque transferiu a responsabilidade de um possível dano ambiental a quem não lhe deu causa e sequer é responsável legalmente pela degradação causada pela empresa.

Quanto à indagação do Senhor Secretário de Estado acerca de possível atentado ao pacto federativo, é de se verificar, *in casu*, que a Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Meio Ambiente teve sua atuação pautada nos ditames do poder de polícia municipal para limitar a atividade de terceiros na defesa da coletividade.

Segundo o doutrinador português Marcelo Caetano⁴, Poder de Polícia *"é o modo de atuar da autoridade administrativa*

⁴ citado por José dos Santos Carvalho Filho in Manual de direito administrativo, 8. ed. Lúmen Júris, p. 54

que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir".

Nesse aspecto, é de se verificar que o Jardim Botânico de Manaus localiza-se na reserva Adolpho Ducke, de propriedade do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – INPA, porém sob a gestão do Município de Manaus por meio de instrumento de cooperação.

Desta feita, a Administração Municipal, ao repelir dano ambiental causado a bem público sob sua responsabilidade e guarda, atuou dentro dos limites de sua competência. Por mais que a estrada causadora do dano seja realizada pelo Governo Estadual, devidamente licenciada pelo órgão ambiental estadual, não houve, nesse aspecto, invasão de competência ou quebra do pacto federativo na atividade municipal.

Nesse aspecto, é de se ver que a autonomia dos entes de direito público que compõem a federação que, grosso modo, significa a capacidade de auto-organização, de auto-governo e de auto-administração de União, Estados e Municípios, não restou maculada pelo exercício de um poder-dever inerente à atividade do ente. Referimo-nos, nesse aspecto, à possibilidade do ente público defender seus bens e interesses de possíveis danos.

Enfim, o licenciamento ambiental estadual não significa uma "blindagem" a qualquer outro tipo de fiscalização baseada no Poder de Polícia federal ou municipal. O que não se pode compactuar, ou melhor, o que a Procuradoria Geral do Estado e todas as instituições estaduais devem repelir é a atuação desmedida, desarrazoada e ilegal de todo e qualquer ente na realização de seus misteres.

Desta feita, por mais que não haja uma aparente quebra no pacto federativo, diante da atuação da Secretaria Municipal envolvida, ainda subsistem diversas irregularidades que contaminam o auto de infração em questão, o que demonstra a sua necessária desconstituição.

Por fim, merece destaque a situação de que a SEINF, por seu corpo técnico, apresentou defesa administrativa perante a SEDEMA, no que se relaciona ao auto de infração n. 000331/2005, o que poderia ter sido realizado por esta Casa, de acordo com as disposições da Lei Estadual n. 1.639/83 – Lei Orgânica da PGE. Portanto é dever institucional da Procuradoria Geral do Estado a defesa judicial e extrajudicial do Estado, bem como a assessoria e consultoria em matéria de alta indagação, razão pela qual se sugere a atuação conjunta da PGE e da SEINF em todos os casos desse jaez.

CONCLUSÃO

Com todas essas considerações, conclui-se ser inviável juridicamente a atuação da Secretaria de Infra-estrutura, como se entidade fosse, por possíveis danos ambientais causados no Jardim Botânico de Manaus. Acaso haja responsabilidade por dano ambiental, essa certamente será da empresa contratada para a realização da obra, considerando as disposições da lei federal de regência, reputando-se ilegal, nesse aspecto, a atividade da Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Meio Ambiente.

É o parecer. Submeto à consideração do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA DO MEIO AMBIENTE – PMA/PGE,
em Manaus, 29 de novembro de 2005.

PATRÍCIA CUNHA E SILVA PETRUCCELLI

Procuradora do Estado

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Meio Ambiente

PROCESSO N. 3.719/2005-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Infra-Estrutura.

ASSUNTO: Consulta referente à possibilidade de aplicação de penalidade a Secretaria de Estado.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 11/2005-PMA/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Meio Ambiente, Dra. Patrícia Cunha e Silva Petruccelli.

DEVOLVAM-SE os autos à Secretaria de Estado da Infra-Estrutura-SEINF.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 30 de novembro de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 0743/2005-PGE**INTERESSADO:** Secretaria Executiva da Receita da SEFAZ/AM**ASSUNTO:** Consulta**PARECER N. 02/2005-PROCONT/PGE**

INDÚSTRIAS GRÁFICAS COM INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS. IMPOSTO QUE DEVE INCIDIR SOBRE A OPERAÇÃO DE FORNECIMENTO DE EMBALAGENS PERSONALIZADAS, QUE INTEGRARÃO O PRODUTO FINAL DAS INDÚSTRIAS ENCOMENDANTES.

- Orientação consagrada no STF e STJ, com fulcro nas disposições do revogado DL 406/68, no sentido da não-incidência do ICMS, mas sim do ISS. Súmula 156 do STJ.
- Disciplina da legislação atual – LC 116/2003 – que não prejudica a manutenção do entendimento consagrado nos Tribunais Superiores com base na legislação revogada.
- Para que se considere exigível ou não o ISS na hipótese sob exame, é irrelevante saber da condição da indústria gráfica perante a legislação disciplinadora da política de incentivos fiscais estaduais.
- Não se deve estender o entendimento da não-incidência do ICMS à operação praticada pela tomadora do serviço gráfico, consistente na venda a terceiros do produto final a que se agrega o material de embalagem personalizado.

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria Executiva da Receita, unidade administrativa da estrutura da Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas, na qual se propõe objetivo questionamento sobre a espécie de imposto incidente, ICMS ou ISSQN, nas operações de fornecimento, por indústrias gráficas amazonenses detentoras de incentivos fiscais pela Lei Estadual n. 2.826/2003, de embalagens personalizadas, feitas sob encomenda (produção terceirizada), destinadas a compor o produto final da indústria tomadora.

A motivação do questionamento advém de informações de algumas dessas empresas gráficas, passadas à Secretaria de Estado da Fazenda, de que vêm sendo submetidas a autuações por parte do fisco municipal de Manaus, o qual expressa o entendimento de que tais operações são consideradas serviços de composição gráfica sujeitos exclusivamente à tributação do imposto municipal ISS.

Também se justifica a consulta em face da edição da Lei Complementar Nacional 116, de 31/07/2003, que passou a dispor novas regras sobre o imposto de competência dos municípios, o ISS ou ISSQN, assim como atualizou a lista de serviços anexa ao citado diploma legal.

A solução ao aludido questionamento deve-se dar com objetividade, ou seja, sem maiores digressões em torno da qualificação jurídica da operação tributável específica, mas sim com um enfoque predominante sobre a interpretação dada pelos tribunais superiores pátrios à disciplina legislativa aplicável, de modo a evitar qualquer espécie de transtorno à Administração Tributária do Estado, por estar a adotar um simples entendimento esposado por parecerista que eventualmente divirja da idéia que se pacificou na jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, antes da atual Constituição da República, e o Superior Tribunal de Justiça, após o advento da nova ordem, firmaram objetivamente entendimento comum sobre o assunto em exame, fundamentado na interpretação dada a disposições do Decreto-Lei n. 406, de 31/12/1968, diploma legal editado antes da Constituição de 1988, mas por ela recepcionado, que estabelecia normas gerais de direito financeiro aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e cuja disciplina proposta, dentre outras providências, procurava, naturalmente, informar solução a eventuais conflitos de competência tributária entre os citados impostos.

O entendimento que se firmou no E. Supremo Tribunal Federal sobre o tema encontra-se bem expresso segundo o conteúdo ementário dos seguintes julgados:

"EMENTA: - Trabalhos gráficos personalizados e realizados mediante encomenda. A circunstância de serem utilizados, pelo cliente, na embalagem de produtos de sua fabricação, vendidos a terceiros, não desfigura a sujeição da atividade da empresa gráfica ao Imposto sobre Serviços. Precedente do Supremo Tribunal: RE 106.069 (RTJ 115/1.419).

Recurso Extraordinário provido para restaurar a sentença que acolheu os embargos à execução fiscal." (STF – 1ª Turma - RE 110.944-1/SP – Rel. Min. Octavio Gallotti – d.u. 30/09/86 – DJ: 24/10/86).

"EMENTA: - ISS. Serviço gráfico por encomenda e personalizado. Utilização em produtos vendidos a terceiros. A feitura de rótulos, fitas, etiquetas adesivas e de identificação de produtos e mercadorias, sob encomenda e personalizadamente, é atividade de empresa gráfica sujeita ao ISS, o que não se desfigura por utilizá-los o cliente e encomendante na embalagem de produtos por ele fabricados e vendidos a terceiros.

Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF– 1ª Turma - RE 111.566-1/SP – Rel. Min. Rafael Mayer – d.u. 25/11/86 – DJ: 12/12/86).

Já sob a égide da nova Constituição, o Superior Tribunal de Justiça passou a dar o seu entendimento sobre a matéria, tendo inclusive editado a Súmula n. 156, de 22/03/96 (DJ: 15/04/96, p. 11631)¹, nos seguintes termos:

"A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS".

¹ Precedentes: RESP 1235/SP –1991; RESP 5808/SP –1992; RESP 18992/SP –1994; RESP 33414/SP –1994; RESP 37548/SC –1993; RESP 37967/SP –1995; RESP 44892/SP –1995; e RESP 61914/RS –1995.

Os mais recentes julgados do C. STJ mantêm em sua completude a idéia pacificada, podendo-se ilustrar tal assertiva por meio do teor das ementas abaixo²:

"TRIBUTÁRIO. EMBALAGEM PERSONALIZADA DE PRODUTOS. SERVIÇO DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA. INCIDÊNCIA DO ISS.

1. É iterativa a orientação desta Corte no sentido de que os impressos encomendados e personalizados, como rótulos, embalagens e etiquetas, consistindo em serviços de composição gráfica, estão sujeitos ao ISS, e não ao ICMS.
2. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial." (STJ – 2ª Turma - AgRg no AG 454.156/SP, Min. João Otávio de Noronha – DJ 03/05/2004).

"TRIBUTÁRIO. SERVIÇO DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA. EMBALAGENS. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 156/STJ.

1. As atividades de composição gráfica, como no caso de impressão de serviços personalizados e sob encomenda, descritas na lista de serviços do art. 8º do Decreto-Lei 406/68, ficam sujeitas apenas ao ISS, não incidindo o ICMS. Aplicação, na hipótese, da Súmula 156/STJ, que preceitua: *'A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS.'*
2. 'Erro do contribuinte ao declarar-se devedor de imposto não devido, ou a presunção de que se estaria enriquecendo ilicitamente em face de terceiro que não a Fazenda Pública, não dá a esta o direito de exigir tributo a que não faz jus' (RE 102.939/SP, 2ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ 28.09.1984).

² No mesmo sentido: RESP 540.480/SP – 2004; AgRg no AG 452.646/SP – 2002; AgRg no RESP 331.201/SP – 2002; RESP 316.253/SP – 2002; e RESP 225.592/RS – 2002.

3. Recurso especial provido.” (STJ – 1ª Turma - RESP 493.749/SP – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – d.u. 03/02/05 – DJ: 28/02/2005, p. 191).

Destaca-se nesse último julgado, por se tratar de situação semelhante à do presente questionamento, que o relator do feito, Ministro Teori Albino Zavascki é claro e enfático no início de seu voto a afirmar que **“as atividades de composição gráfica, entre as quais a impressão de material de embalagem personalizado, sob encomenda, descritas no item 77 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, ficam sujeitas apenas ao ISS, afastando-se, por conseguinte, a incidência do ICMS”** (grifos não-originais).

Verifica-se que tanto pelos julgados do STF, quanto pelos do STJ, a idéia esposada divulga interpretação fundada nas disposições do Decreto-Lei n. 406/68, precipuamente o seu Art. 8º, *caput* e §1º, e item 77 (o mesmo item 53, antes da Lei Complementar n. 56/87) da lista de serviços anexa, que estabeleciam:

“Art. 8º. O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§1º Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadoria.

Lista de Serviços:

77. Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia;” (grifo nosso).

Todavia, as referidas disposições encontram-se revogadas pela recentemente editada Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Daí surgir a dúvida sobre a manutenção

ou não do entendimento que se pacificou na jurisprudência fundado nas disposições do Decreto-Lei.

Não obstante esse fato de que a aludida jurisprudência tenha se formado a partir da interpretação dada a disposições que se encontram hoje revogadas, deve-se continuar a dar crédito a essa firmada orientação e aplicá-la também diante do novo ordenamento estabelecido pela Lei Complementar n. 116/2003, haja vista a manutenção, na lista de serviços desse último diploma legal, especificamente no item 13.05, da descrição das mesmas espécies contidas no item 77 da lista do Decreto-Lei 406/68.

Além disso, as disposições do Art. 1º, *caput* e seu §2º, da Lei Complementar 116/2003 (abaixo em destaque), utilizando da mesma técnica da legislação anterior, continuam a estabelecer não só a incidência do ISS diante da prestação de serviços constantes da lista anexa, como também reafirmam a não-incidência do ICMS quando dessas prestações, ainda que com fornecimento de mercadorias, mantendo, pois, vigente o mesmo conjunto de regras orientadoras da interpretação consagrada na jurisprudência citada.

"Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Lista de serviços:

13.05 – Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia."

Ressalva se faz somente à idéia de que os serviços constantes da lista anexa ao diploma legal estariam sujeitos exclusivamente ao imposto sobre serviços, na forma como se encontra exposto no Ofício Circular n. 001/2003/DF, expedido pela Secretaria Municipal de Economia e Finanças às indústrias gráficas. Esta orientação não consta mais do novo regramento. Contudo, ainda subsiste a norma que exclui a incidência do ICMS nesses casos, razão pela qual, diante da presente discussão sobre a incidência do ISS ou ICMS na hipótese aventada, a resposta é no sentido de não ser exigível o ICMS.

Por óbvio, para se estabelecer ou não a sujeição passiva da indústria gráfica no tocante à obrigação de pagamento do Imposto Sobre Serviços nesses casos, é absolutamente irrelevante considerar sua condição perante a legislação que trata dos incentivos fiscais estaduais.

Faz-se destaque também ao fato de que a afirmada não-incidência do ICMS dá-se somente quanto à específica operação de fornecimento do material de embalagem personalizado pelas indústrias gráficas às empresas encomendantes. Idéia que não se estende à operação subsequente das indústrias tomadoras do serviço gráfico, consistente na venda a terceiros do produto final ao qual se agrega o material de embalagem personalizado; sendo esta, por óbvio, típica operação sujeita ao ICMS.

É o Parecer, o qual submeto à consideração superior.

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
/PGE, em Manaus, 08 de abril de 2005.

MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
Procurador do Estado

PROCESSO N. 0743/2005-PGE

INTERESSADO: Secretaria Executiva da Receita da SEFAZ

ASSUNTO: Consulta acerca da incidência de ICMS ou ISSQN sobre as operações de fornecimento de produto personalizado por indústrias gráficas amazonenses.

DESPACHO

ACOLHO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer n. 002/2005-PROCONT/PGE, da lavra do Procurador do Estado, Dr. Marcello Henrique Soares Cipriano.

Como bem demonstrou o ilustre parecerista, não incide ICMS nas operações de fornecimento, por indústrias gráficas amazonenses, de embalagens personalizadas, feitas sob encomenda e destinadas a compor o produto final da indústria encomendante. Incide, tão-somente, o imposto municipal, ISSQN.

Esse é o entendimento sedimentado do STF e do STJ, inclusive sumulado por aquela colenda Corte Superior, n. 156. Ademais, como pondera o douto parecerista, o fato da jurisprudência dos Tribunais Ter sido formada com fundamento em legislação revogada, DL 406/68, não impede sua aplicação, e da súmula, aos atuais casos, ora regidos pela LC 116/2003, porquanto o atual regramento utiliza-se da mesma técnica para estabelecer a incidência exclusiva do ISSQN na hipótese em análise, bem como manteve, na lista de serviços, a descrição das mesmas espécies contidas no decreto revogado.

Dois pontos merecem destaque: Primeiro, é irrelevante considerar a condição perante a legislação estadual de incentivos, para análise da sujeição passiva das empresas gráficas ao Imposto Sobre Serviços; segundo, não se estende a não-incidência de ICMS à operação praticada pela tomadora do serviço gráfico, quando da venda a terceiros do produto final embalado pelo material personalizado.

Posto isso, **ENCAMINHE-SE** os autos ao Exmo. Procurador-Geral do Estado para manifestação conclusiva acerca da consulta formulada pela Secretaria Executiva da Receita da Secretaria da Fazenda.

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-PROCONT/PGE, em Manaus, 15 de abril de 2005.

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
Procuradora do Estado, Chefe da PROCONT

PROCESSO N. 0743/2005-PGE

INTERESSADO: Secretaria Executiva da Receita da SEFAZ

ASSUNTO: Consulta acerca da incidência de ICMS ou ISS sobre as operações de fornecimento de produto personalizado por indústrias gráficas.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 002/2005-PROCONT/PGE, do Procurador do Estado Marcello Henrique Soares Cipriano, com as considerações acrescentadas pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário-PROCONT/PGE, Dr^a Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato.

DEVOLVAM-SE os autos à Secretaria Executiva da Receita da SEFAZ.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 25 de abril de 2005.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 39379/02-4-SEFAZ

RECURSO Nº 00010/05-7-CRF

RECORRENTE: LG Electronics da Amazonia Ltda. / Auditoria
Tributária

RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual

PARECER N.º 336/2005-RF

EMENTA: ICMS. AINF. RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO.
AÇÃO FISCAL PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- Demonstrado nos autos que a Autuada não preencheu as condições impostas pelo art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 2.390, de 08 de maio de 1996, para a concessão do regime especial de tributação do ICMS instituído por aquela lei para os projetos de expansão, conclui-se que estava, à época da autuação, inabilitada para usufruir dos incentivos decorrentes daquele regime especial, daí decorrendo a procedência da ação fiscal no que pertine ao tributo (ICMS).
- Por outro lado, tendo a Recorrente agido em conformidade com atos administrativos expedidos por vários órgãos do Estado do Amazonas – CODAM, Governadoria do Estado, SIC (atual SEPLAN) e SEFAZ – deve ser mantida a decisão da Auditoria Tributária que excluiu a multa imposta, em conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional
- Recurso de Ofício e do Recurso Voluntário que devem ser conhecidos e improvidos, para que seja mantida a decisão recorrida em todos os seus termos.

I – DOS FATOS

O Contribuinte acima identificado, estabelecido nesta Cidade, devidamente inscrito no CCA, foi autuado pela fiscalização pelo fato de ter deixado de recolher aos cofres do Estado o ICMS indicado no Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF) que deu

origem ao presente processo, conforme demonstrativo anexo ao referido auto de infração.

O AINF em questão foi lavrado em virtude dos agentes autuantes terem entendido como irregulares os procedimentos adotados pela empresa LG ELECTRONICS DA AMAZÔNIA LTDA. relativamente à sua produção beneficiada com o Regime Especial de Tributação do ICMS (instituído pela Lei n. 2.390, de 08 de maio de 1996) para os projetos de expansão de suas linhas de industrialização relativas aos seguintes produtos: a) Videocassete (Classificação NCM/SH 8521,10); b) Televisor em Cores (Classificação NCM/SH 8528,12); c) Forno Microondas (Classificação NCM/SH 8516,50).

Da autuação o contribuinte foi legalmente notificado, conforme se verifica no autos.

Em sua defesa ao AINF, alega a Autuada, em síntese, que já estava instalada quando da edição da Lei n. 2.390/96 e que, por conseguinte, o regime especial de tributação que lhe foi outorgado tomou por base o art. 6º e não o art. 8º da lei mencionada, este último aplicável somente aos novos empreendimentos, ou seja, às indústrias que viessem a se instalar depois da edição da Lei . 2.390/96.

Conclui a Autuada que estava atendendo as condições impostas pelo art. 6º, § 1º, alínea a, item 1, da Lei n. 2.390/96, para a concessão do regime especial de tributação do ICMS instituído por aquela lei, motivo pelo qual requer a improcedência da ação fiscal.

Os agentes autuantes, em réplica à impugnação, sustentam a procedência da ação fiscal, pois alegam que a Autuada não atendeu os limites mínimos de produção a que se refere o parágrafo único do art. 8º da Lei n. 2.390/96.

A douta Auditoria Tributária julgou parcialmente procedente o AINF, determinando a manutenção da cobrança do imposto supostamente devido, mas excluindo a penalidade imposta, por força do disposto no art. 100, inciso I e parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN).

Por ter proferido decisão parcialmente favorável ao contribuinte, a douta Auditoria Tributária recorreu de ofício a este

Colegiado, tendo o contribuinte, por seu turno, interposto recurso voluntário da parte da decisão que lhe foi desfavorável.

Analisando os autos, constata-se que razão não assiste ao contribuinte em pretender a reforma da decisão recorrida, como passamos a demonstrar

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. A sistemática dos incentivos fiscais do Estado do Amazonas vigente à época da infração descrita no AINF

Os incentivos fiscais do Estado do Amazonas, de acordo com a legislação vigente à época da suposta infração descrita no AINF, consistiam na restituição total ou parcial do imposto, de acordo com as características da empresa beneficiária, conforme determina o art. 2º da Lei n. 1.939, de 27 de dezembro de 1989 (regulamentada pelo Decreto n. 12.814-A, de 23 de fevereiro de 1990).

Tais incentivos destinavam-se (como hoje se destinam os incentivos da Lei n. 2.826/03, que substituiu a Lei n. 1.939/89) às empresas industriais, agroindustriais e agropecuárias, *instaladas ou que viessem a se instalar no Estado do Amazonas*, conforme dispõe o art. 150 da Constituição Estadual, cuja redação era reproduzida no *caput* do art. 2º da Lei 1.939/89, acima referido.

Complementando as disposições da Lei n. 1.939, de 27 de dezembro de 1989, editou o Estado do Amazonas a Lei n. 2.390, de 08 de maio de 1996,¹ a qual instituiu *regimes especiais de tributação* como mecanismos para interiorizar o desenvolvimento, incrementar as atividades industriais e revitalizar o comércio, observando-se os preceitos ditados no artigo 166 da Constituição do Estado.

De acordo com o art. 2º da Lei referida – a qual era regulamentada pelo Decreto n. 17.287, de 26 de junho de 1996² – os Regimes Especiais de Tributação de que tratava eram cabíveis em três hipóteses distintas:

¹ Publicada no DOE de 08.05.96 e republicada no DOE de 13.05.96.

² Publicado no DOE de 26.06.96.

- a) programas especiais de *expansão* do parque industrial da ZFM;
- b) programas especiais de *diversificação* do parque industrial da ZFM;
- c) implantação na ZFM de *novos empreendimentos* em segmentos industriais *pioneiros*.

Para fins de aplicação do Regime Especial da Lei n. 2.390/96 aos programas de expansão e diversificação, o art. 6º da lei em questão estabelecia que:

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

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

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

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

§ 1.º - Para efeitos desta Lei, considera-se:

a) expansão: incremento na industrialização de produtos de sua linha regular:

1. que exceda a maior quantidade já produzida pela empresa, se esta tiver mais de 24 (vinte e quatro) meses de efetiva industrialização do produto;

2. em qualquer volume que exceda a média de produção do setor, nos demais casos;

b) diversificação: fabricação de produtos diversos da sua linha regular de produção, observados os critérios definidos no inciso I do caput deste artigo." (grifamos)

Os programas de expansão e diversificação para as indústrias instaladas na ZFM (*e incentivadas anteriormente à Lei 2.390/96 com restituição do ICMS*) faziam jus aos benefícios descritos no art. 7º da Lei 2.390/96.

Relativamente ao Regime Especial para novos empreendimentos em segmentos pioneiros, estatuiu a Lei 2.390/96, em seu art. 9º:

"Art. 9.º - *As empresas industriais que vierem instalar-se na Zona Franca de Manaus* poderão requerer o benefício de regime especial de tributação, para fabricação de produtos sem similar na Zona Franca de Manaus, cumpridos os requisitos exigidos nos Capítulos anteriores, no que couber.

(...)" (grifamos)

O regime especial de tributação para os novos empreendimentos em segmentos pioneiros consistia nos incentivos descritos no art. 7º da Lei 2.390/96 (igualmente aplicáveis aos programas de expansão e diversificação), além daqueles mencionados no art. 10 do mesmo diploma legal.

O art. 3º da Lei 2.390/96 referia-se às empresas que podiam ser beneficiadas pelo Regime Especial de Tributação de que trata:

"Art. 3.º - Em qualquer hipótese, somente poderão ser beneficiadas pelas disposições da Lei *as empresas regularmente instaladas optantes pela Lei n.º 1.939, de 27 de dezembro de 1989*, ou que *vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus, e cujo projeto tenha sido analisado e aprovado pelo Conselho de Desenvolvimento do Amazonas - CODAM*, nos termos do artigo 9.º da mencionada Lei.

(...)" (grifamos)

Quanto aos novos empreendimentos para produtos pioneiros, o Regime Especial de Tributação da Lei 2.390/96 somente alcançava as empresas industriais que *viéssem se instalar na Zona Franca de Manaus* (empresas já instaladas,

obviamente, não podiam ser qualificadas como “novos empreendimentos”) e desde que tivessem requerido o benefício para fabricação de produtos *sem similar na ZFM* (art. 3º c/c art. 9º, ambos da Lei 2.390/96).

Relativamente aos projetos de expansão e diversificação, o Regime Especial de Tributação somente podia ser concedido às empresas industriais *instaladas na ZFM*, fabricantes dos produtos incentivados com restituição do ICMS (art. 3º c/c art. 6º, ambos da Lei 2.390/96).

Todavia, o *caput* do art. 8º da lei em questão permitia que as empresas industriais que *viessessem a se instalar na ZFM* para fabricar produtos *com similar* nas indústrias do parque industrial requeressem os benefícios previstos para os programas de expansão ou diversificação (art. 7º da Lei 2.390/96), desde que observadas as condições fixadas no art. 6º da Lei 2.390/96 – anteriormente referidas.

II.2. O não atendimento pela Autuada das condições legais para a concessão do Regime Especial de Tributação relativo ao projeto de expansão

Traçados os contornos dos diversos Regimes Especiais de Tributação estabelecidos pelo Estado do Amazonas, e vigentes à época da suposta infração descrita no AINF, resta, analisar a situação da empresa LG ELECTRONICS DA AMAZÔNIA LTDA. e verificar em qual daqueles regimes a mesma se enquadrava, porquanto diferentes eram os requisitos exigidos por cada um para sua fruição e diferentes eram igualmente os incentivos inerentes a cada qual.

É importante destacar, inicialmente, o fato de que, quando editada a Lei n. 2.390, de 08 de maio de 1996, e seu Regulamento (Decreto n. 17.287, de 26 de junho de 1996), a Autuada ainda não se encontrava instalada na Zona Franca de Manaus. Esta informação, ressalte-se, é essencial para a compreensão das conclusões a que se chega no presente parecer.

Com efeito, consoante tela em anexo, a Autuada somente foi cadastrada na SEFAZ em 18 de junho de 1996, data posterior

à edição da Lei n. 2.390, que se deu em 08 de maio de 1996. Ora, se considerarmos que a empresa não poderia iniciar suas operações enquanto não deferida pela SEFAZ sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado do Amazonas (CCA), conclui-se que, de fato, a mesma somente instalou-se no Estado do Amazonas posteriormente ao advento da Lei n. 2.390/96.

Errou, pois, a Autuada, ao requerer os benefícios inerentes ao Regime Especial de Tributação para projeto de expansão com fundamento no item 1 da alínea "a" do § 1º do art. 6º da Lei 2.390/96.

Por outro lado, também não era aplicável à Autuada o disposto no art. 9º da Lei 2.390/96, pois a empresa em questão não se instalou na ZFM para produzir produtos pioneiros, tendo em vista que seus produtos tinham similar no Pólo Industrial de Manaus.

Portanto, se a empresa não estava "em funcionamento" nem veio fabricar produto sem similar na ZFM, aplicável era o disposto no art. 8º da Lei 2.390/96 (e não o art. 6º da mesma lei), nestes termos redigido:

"Art. 8º. As empresas industriais que vierem instalar-se para fabricar produtos com similar nas indústrias da Zona Franca de Manaus não se aplicam os benefícios previstos neste Capítulo podendo, entretanto, observadas as condições fixadas no art. 6º, requerer os benefícios previstos no artigo anterior.

Parágrafo único. As empresas enquadradas nas hipóteses previstas no caput deste artigo (...) somente poderão propor projeto de expansão ou diversificação com os benefícios previstos no Capítulo II, se comprovarem que o valor das suas importações, número de funcionários, volume de produção, valores de faturamento e do recolhimento do ICMS e FMPES sejam iguais ou superiores à média apresentada pela empresa de maior produção do segmento." (GRIFAMOS)

Note-se que, de acordo com o *caput* do dispositivo transcrito, os novos empreendimentos em segmentos não-pioneiros (como o caso da Autuada) não fariam jus aos incentivos descritos no art. 10 da Lei 2.390/96, mas poderiam beneficiar-se

dos incentivos descritos no art. 7º da mesma lei, desde que observassem as condições impostas no art. 6º.

Sobre a norma disposta no *caput* do art. 8º da Lei 2.390/96, duas observações devem ser feitas:

a) a mesma *não se aplica aos projetos de expansão ou diversificação* de tais empresas (estes aspectos são disciplinados no parágrafo único do mesmo artigo), mas à *implantação* dos empreendimentos;

b) a remissão às condições do art. 6º *referem-se aos incisos I, II e III do caput do referido artigo, e não ao disposto no § 1º do artigo*, que não trata de requisitos para fruição dos incentivos, mas apenas define o que se entende como expansão e diversificação.

Aliás, é evidente que a remissão feita pelo *caput* do art. 8º da Lei 2.390/96 ao art. 6º da mesma lei é extensiva apenas ao *caput* e não ao § 1º deste último, tendo em vista que o *caput* do art. 8º da Lei 2.390/96, como visto, não se aplica aos projetos de expansão e diversificação (sobre tal tema, repita-se, versa o parágrafo único do citado art. 8º).

Quando as empresas industriais que se instalaram após a Lei 2.390/96 para fabricar produtos com similar nas indústrias da Zona Franca de Manaus (como é o caso da Autuada) pretendessem propor projeto de expansão ou diversificação com os benefícios previstos no Capítulo II, *não se lhes aplicava o disposto no § 1º do art. 6º da Lei n. 2.390/96, mas o disposto no parágrafo único do art. 8º da mesma lei*; deveriam, pois, tais empresas comprovar, dentre outros requisitos, que o *volume de produção era igual ou superior à média apresentada pela empresa de maior produção do segmento*.

A Autuada, no entanto, no período abrangido pela ação fiscal, não demonstrou que seu volume de produção atingia os patamares exigidos pelo parágrafo único do art. 8º da Lei n. 2.390/96, daí decorrendo a legitimidade da autuação que deu origem ao presente processo.

Equivoca-se, pois, a Recorrente ao sustentar que atendeu as condições fixadas no art. 6º, § 1º, alínea "a", item 1, da Lei 2.390/96 (como exige o *caput* do art. 8º da Lei 2.390/96) – segundo o qual bastaria haver incremento na industrialização de produtos de sua linha regular que exceda a maior quantidade já produzida pela empresa: a) equivoca-se, inicialmente, porque o *caput* do art. 8º da Lei 2.390/96 não se refere aos projetos de expansão, matéria sobre a qual versa o presente processo administrativo; b) equivoca-se, finalmente, porque o § 1º do art. 6º não tem aplicação ao seu caso, em que é aplicável o parágrafo único da Lei 2.390/96.

Por outro lado, decidiu corretamente a douta Auditoria Tributária ao excluir do AINF a imposição de multa, posto que a atitude da empresa decorreu da observância de vários atos administrativos.

Com efeito, o projeto de expansão da Autuada foi apreciado pelo CODAM, como exige o disposto no art. 3º da Lei 2.390/96:

"Art. 3.º - Em qualquer hipótese, somente poderão ser beneficiadas pelas disposições da Lei as empresas regularmente instaladas optantes pela Lei n.º 1.939, de 27 de dezembro de 1989, ou que *vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus, e cujo projeto tenha sido analisado e aprovado pelo Conselho de Desenvolvimento do Amazonas – CODAM*, nos termos do artigo 9.º da mencionada Lei." (grifamos)

O projeto de expansão da Recorrente foi apresentado para apreciação do CODAM que, em reunião realizada no dia 30 de março de 1999, deliberou no sentido de recomendar a concessão do Regime Especial de Tributação da Lei n. 2.390/96, relativamente a certos produtos de sua fabricação, tendo sido tal deliberação referendada através da Resolução n. 002/99-CODAM.

Seguiu-se o que determina o art. 8º da Resolução GSEFAZ/SIC n. 001, de 13 de março de 1997:

"Art. 8.º - Aprovado o projeto no CODAM, através da resolução, o mesmo retornará à Secretaria de Estado da Indústria e Comércio para a expedição do Decreto concessivo".

Editou, então, o Estado do Amazonas o Decreto Concessivo n. 19.776, de 08 de abril de 1999, atribuindo à Recorrente os benefícios inerentes àquele regime especial de tributação. Tal benefício relacionava-se ao programa da Recorrente de expansão da linha de produção dos produtos efetivamente industrializados abaixo indicados que excedessem às seguintes quantidades já produzidas (art. 1º do Decreto Concessivo):

<i>Produto(s) Incentivados(s)</i>	<i>Unid.</i>	<i>NCM/SH</i>	<i>Quantidade Mínima Produção Mensal</i>
<i>Videocassete</i>	<i>Um</i>	<i>8521,10</i>	<i>3.957</i>
<i>Televisor em Cores</i>	<i>Um</i>	<i>8528,12</i>	<i>18.288</i>
<i>Forno Microondas</i>	<i>Um</i>	<i>8516,50</i>	<i>5.136</i>

As quantidades descritas no Decreto Concessivo, como consta dos autos, foram alteradas pelo Decreto n. 22.376, de 20.12.2001, e pelo Decreto n. 23.026, de 07.11.2002.

Para que tais incentivos pudessem ser usufruídos, exigia o art. 8º do Decreto n. 17.287, de 26 de junho de 1996 – que regulamenta a Lei 2.390/96 – que a empresa cujo projeto tivesse sido aprovado requeresse inscrição específica na Secretaria de Estado da Fazenda. O art. 4º da Resolução GSEFAZ/SIC n. 001/97, por sua vez, exigia que o interessado obtivesse junto à Secretaria de Estado da Indústria e Comércio – SIC (atual SEPLAN) Laudo Técnico de Inspeção para cada dos produtos cujo projeto foi aprovado pelo CODAM. Tais exigências – inscrição específica na SEFAZ e Laudo Técnico de Inspeção da SIC para cada dos produtos cujo projeto foi aprovado – foram reproduzidas no art. 2º do Decreto Concessivo, tendo sido prontamente atendidas.

Quanto aos Laudos Técnicos de Inspeção, os mesmos, segundo noticia a Recorrente, foram efetivamente emitidos pela SIC (atual SEPLAN), um para cada um dos produtos acima indicados, tendo aquela Secretaria autorizado a fruição dos incentivos anteriormente concedidos.

Em suma, como a Recorrente agiu em conformidade com atos administrativos expedidos por vários órgãos do Estado do Amazonas – Resolução n. 002/99-CODAM, Decreto Concessivo n. 19.776, de 08 de abril de 1999, Laudos Técnicos da SIC e a própria expedição da inscrição especial no CCA – deve ser mantida a decisão da Auditoria Tributária que excluiu a multa imposta, em conformidade com o disposto no parágrafo único do art. 100 do Código Tributário Nacional.

III – CONCLUSÕES

Assim, diante do exposto, cumpridas as formalidades legais e considerando as provas dos autos, esta Representação Fiscal opina pelo conhecimento e improvimento do Recurso de Ofício e do Recurso Voluntário, para que seja mantida a decisão recorrida em todos os seus termos.

É o parecer, s.m.j.

Manaus, 4 de agosto de 2005.

CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO

Procurador do Estado

Representante Fiscal

PROCESSO N. 03579/05-SEFAZ**INTERESSADO:** Rede de Rádio Difusão Novidade Técnica Ltda.**ASSUNTO:** Pedido de cancelamento de débitos de IPVA por motivo de suposto furto do veículo.**PARECER N. 07/2005-PRODACE/PGE****EMENTA:** TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. IPVA. FURTO/ROUBO DE VEÍCULO. ISENÇÃO. PROCEDIMENTO. RENAVAL. ALVARÁ JUDICIAL.

- O IPVA não deve incidir sobre veículos furtados ou roubados (art. 153, II, do Código Tributário Estadual – LC nº 19/97).
- A isenção de IPVA nessas hipóteses deve processar-se por registro próprio do evento, e não pela *baixa* no registro do veículo, que se destina a outros fins.
- Os processos autônomos de alvarás não têm previsão legal, não oportunizam contraditório e ampla defesa, não produzem coisa julgada material, nem dão origem a *ordem* judicial, eis que *alvarás* têm natureza jurídica de autorização. Por tais motivos, o aparente reconhecimento de um fato em sede de processo de "alvará autônomo" não pode vincular terceiros, de sorte que o produto de tais processos (alvará ou autorização) possibilita, plenamente, o exercício do direito de resistência à pretensão do beneficiário do alvará, fazendo surgir, a partir daí, uma lide que poderia, aí sim, ensejar o devido processo de conhecimento.

I - RELATÓRIO

Trata-se de requerimento da empresa contribuinte em epígrafe, dirigido à Secretaria Executiva da Receita da SEFAZ – SRF/SEFAZ-AM, no qual afirma:

- 1) Que seu veículo Lumina/Pontiac de RENAVAL 14623527-4 teria sido furtado "*aproximadamente no mês de novembro de 1998*".

2) Que, por isso, requeria o cancelamento do AINF nº 115.342-0, relativo à cobrança do IPVA do exercício de 2001, "*bem como o cancelamento do IPVA dos exercícios de 2002 a 2005*", com fulcro no art. 153,, parágrafo único, inciso II, da LC nº 19/97;

3) Que embasava seu pedido na "*AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE LAVRA DO Excelentíssimo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho da Capital, Dr. Lafayette Carneiro Vieira Junior, que determinou a baixa definitiva do registro do veículo placa JWH-3243, RENAVAL 14623527-4, conforme razões apresentadas no processo judicial nº 001.03.0293152-0*".

Encaminhado o processo ao sr. Gerente de Consultoria Tributária – GECT/DETRI, o mesmo opinou apenas que os documentos de fls. 03 a 07 comprovariam a alegação do requerente, motivo pelo qual seu pleito de cancelamento dos débitos constantes do sistema GDEF deveriam ser atendido, sendo que, no tocante ao débito representado pelo AINF nº 115.342-0, seu cancelamento deveria ser autorizado pela Auditoria Tributária.

Com base em tal parecer, o sr. Secretário Executivo da Receita exarou despacho determinando o deferimento do pleito, e encaminhando "*à SGIV para providências*".

O processo, em seguida, não é claro quanto ao efetivo envio dos autos para a Subgerência de Controle do IPVA – SGIV. Não obstante, constam das fls. 10 a 13 telas de consulta ao AINF 115.342-0 e ao *Extrato de Débito não Liquidado*.

Neste último (fls. 13), constam os débitos de IPVA referentes a 2002, 2003, 2004 e 2005, além do AINF nº 115.342-0 e da CDA nº 1127/03, todos com uma chave à direito e a anotação "cancelar".

Algumas telas de consulta à frente, aparece a mesma tela *Extrato de Débito não Liquidado* já sem os débitos, exceto um, o referente à CDA nº 1127/03.

Em seguida, através do despacho de fls. 25, "*para que a AUTORIZAÇÃO JUDICIAL seja cumprida em sua totalidade*", o processo foi encaminhado a esta PRODACE, "*por tratar-se de Dívida Ativa, código 5783*".

É o sucinto relatório.
Passo a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – QUANTO AO OBJETIVO PRIMÁRIO DE ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO A ESTA PRODACE: Cancelamento da CDA nº 1127/03

Sra. Procuradora-Chefe, com a devida vênia, cabe ressaltar, de pronto, que o encaminhamento a esta PRODACE mostra-se absolutamente equivocado.

É que a própria requerente afirma que o furto de seu veículo teria ocorrido em novembro de 1998, sugerindo que o IPVA respectivo, segundo sua ótica, seria indevido a partir dessa data.

Ora, ocorre que a CDA nº 1127/03 refere-se ao AINF nº 112.500-1, que lançou o débito relativo ao IPVA do exercício de 1997.

Portanto, de plano, e sem mais delongas, vê-se que o pedido de cancelamento de débitos da empresa epigrafada simplesmente não alcança o tributo cobrado pela CDA 1127/03, o que esvazia o objetivo primário do envio do processo a esta PRODACE.

II.2 – QUANTO AO CANCELAMENTO DOS DEMAIS DÉBITOS FEITO NO ÂMBITO DA SEFAZ

II.2.a) – Legitimidade da atuação da PGE nesse ponto

Não obstante o objetivo primário deste processo estar esgotado, sra. Procuradora-Chefe, não é possível furtar-nos a tecer algumas considerações sobre a totalidade dos pedidos da empresa requerente, pois não se pode olvidar que "*à Procuradoria-Geral do Estado*", "*como órgão superior do Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual, compete*" "*exercer, em matéria jurídica de alta indagação, as funções de superior assessoria e consultoria dos órgãos do Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual, bem como dos Poderes Legislativo*

e Judiciário" (art. 3º da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas – LOPGE – Lei Estadual nº 1.639/83).

Além disso, "os pronunciamentos da Procuradoria Geral do Estado nos processos submetidos a seu exame e parecer esgotam a apreciação da matéria no âmbito da Administração Estadual, deles só podendo discordar o Governador do Estado" (art. 3º da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas – LOPGE – Lei Estadual nº 1.639/83).

II.2.b) – Análise do cancelamento dos demais débitos:

Introdução

Nesse diapasão, cumpre considerar que o cancelamento dos débitos da empresa requerente não pareceu ter sido a melhor decisão.

Com efeito, a própria Requerente, como se viu, diz que toma como base de seu pedido, a "AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE LAVRA DO Excelentíssimo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho da Capital, Dr. Lafayette Carneiro Vieira Junior, que determinou a baixa definitiva do registro do veículo placa JWH-3243, RENAVAL 14623527-4, conforme razões apresentadas no processo judicial nº 001.03.0293152-0".

Quando consultado o processo acima referido, viu-se que se tratava de "processo de alvará judicial", que culminou com a expedição de "autorização judicial" (fls. 03) para que o DETRAN/AM desse baixa no registro do automóvel em questão, sem apresentação de pedaço do chassi.

Em outras palavras, quer a Requerente extrair dessa "decisão judicial" os efeitos retroativos de exoneração da obrigação de pagar o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores.

Com a devida vênia, entendemos que não pode ser assim.

II.2.c) – Dos efeitos decorrentes de um processo autônomo de alvará judicial

Como dito, a Requerente pretende que sua "Autorização Judicial" de baixa de seu veículo no RENAVAL produza efeitos

jurídicos pretéritos, acarretando o cancelamento dos créditos tributários respectivos (IPVA), tendo em vista a incidência da norma de isenção nos casos de roubo ou furto do veículo.

Infelizmente, somos de opinião que a "Autorização Judicial" que a Requerente obteve simplesmente não lhe confere os efeitos pretendidos, pelos seguintes motivos:

Breves considerações sobre as origens e a natureza jurídico-processual dos processos autônomos de alvarás e da prestação jurisdicional respectiva (expedição de *alvará*)

Como se viu, trata a espécie de processo autônomo de alvará judicial.

Calha frisar, assim, que tais "processos" simplesmente não possuem previsão legal, sendo uma autêntica criação da praxe forense, diante da necessidade que a realidade impôs de autorizações judiciais céleres e simplificadas para a prática de determinados atos junto a órgãos com funções estatais (como por exemplo, os pedidos de alvarás para venda de imóvel sem que haja processo de inventário, que é o que exige a lei).

Em outras palavras, o advento dos processos autônomos de alvará são uma forma de se contornar algumas formalidades legais, atribuindo aos magistrados a responsabilidade pela prática de determinados atos que, por lei, só poderiam ser praticados com certas formalidades.

Assim, quando um notário registra a venda de um imóvel à vista de um alvará judicial, sem que lhe seja apresentado um formal de partilha mostrando que o declarante é o legítimo proprietário por sucessão, ele faz tal registro porque está respaldado pela autorização do magistrado. Cumpre frisar que, nesse exemplo, o notário não possui nenhum interesse em fazer ou deixar de fazer o registro: quer apenas ser eximido de responsabilidade pelo ato.

E assim se dá com todos os casos de "alvarás judiciais" autônomos: constituem autorizações judiciais para a prática de certos atos de cunho administrativo onde não está envolvido um interesse direto do ente estatal ou de terceiros.

- Consequências da natureza jurídica dos processos autônomos de alvarás

Consequência da natureza jurídica dos alvarás obtidos por meio de processo autônomo é que parte da Doutrina defende que os alvarás judiciais autônomos encontrariam sua previsão nos artigos 1.103 a 1.111, que tratam das *Disposições Gerais dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária*.

Ora, está a se ver, portanto, que é juridicamente impossível aplicar a solução do “alvará judicial autônomo” a hipóteses em que esteja envolvida alguma pretensão resistida, isto é, uma lide.

E isto (essa impossibilidade) se coaduna com a própria natureza jurídica dos alvarás que, por definição, constituem uma autorização, e não uma ordem.

Aliás, nem poderia ser diferente, visto que nesses “processos autônomos de alvarás” não há sequer a formação de contraditório e de ampla defesa, como de fato não houve no mencionado proc. nº 001.03.0293152-0, segundo verificamos pessoalmente na 5ª Vara Cível e de Acidentes do Trabalho da Comarca de Manaus.

Nessa senda, é inevitável concluir que a *autorização judicial* não gerou, nem podia gerar, direitos para o particular contra a Fazenda Pública Estadual ou qualquer outra pessoa, pois não houve sequer a formação de relação jurídica processual, com o chamamento desta para, querendo, se defender contra as pretensões da Requerente.

Realmente, assim não foi simplesmente porque na verdade a Requerente não pediu expressamente a desconstituição do crédito tributário. Em vez disso, preferiu um caminho tortuoso, intentando o cancelamento do registro, para, em seguida, argumentar que teria havido um “reconhecimento judicial” do alegado fato de furto de seu veículo.

Não é bem assim.

- Processos autônomos de alvarás e declaração de fatos com efeitos constitutivos negativos contra terceiros

Como se disse, no “processo autônomo de alvará” não há lide, não há contraditório e ampla defesa. Não é, portanto, ação

de conhecimento, propriamente dita, onde se profere sentença de mérito, constitutiva, declaratória ou condenatória: não passa de mero "aval" judicial para que um agente público pratique algum ato, desde que, obviamente, não tenha fundados motivos para não fazê-lo, caso em que surgirá uma resistência à pretensão do particular e, conseqüentemente, lide, dando ensejo, aí sim, a um verdadeiro processo de conhecimento.

Ou seja, a mera expedição de alvará judicial não vincula, nem pode vincular, o agente público ao qual se dirige. E assim se dá no presente caso.

Esta é a mesma situação das *Justificações Judiciais*, que são amplamente utilizadas no intuito de produzirem efeitos constitutivos contra terceiros. Trata-se de verdadeiro absurdo processual, pois nestas, apesar de haver contraditório, não há valoração sobre a prova.

Assim, se nem as *justificações judiciais*, que têm contraditório, poderiam vincular terceiros, com mais razão os processos autônomos de alvarás não o podem, por carecerem dessa garantia básica.

- *Baixa* no RENAVAL: hipóteses de cabimento que não incluem furto/roubo

Realmente, a "*autorização judicial*" para que o DETRAN-AM procedesse à baixa do registro do veículo sem o pedaço do chassi não poderia ter o condão de constituir-se em uma ordem de baixa, pois, além dos motivos já expostos (não possuir o alvará a natureza jurídica de ordem, e não ter havido processo regular com contraditório, ampla defesa e citação), o procedimento de baixa do registro no DETRAN parece não se aplicar a hipóteses de roubo/furto.

É que o registro de veículos automotivos é regulado pelos arts. 120 a 129 do CNT, além de normas complementares emitidas em Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN.

Assim é que o art. 126 do CNT fala que "*o proprietário de veículo irrecuperável, ou definitivamente desmontado, deverá requerer a baixa do registro, no prazo e forma estabelecidos pelo*

CONTRAN, sendo vedada a remontagem do veículo sobre o mesmo chassi, de forma a manter o registro anterior."

Disciplinando a matéria, a Resolução nº 011/98 do CONTRAN menciona as hipóteses de baixa do registro¹, não mencionando em nenhum momento o caso de roubo/furto do veículo, além de expressar a obrigatoriedade de retenção das partes com o número do chassi.

A interpretação que se há de extrair desses textos é que a figura da baixa do registro não se presta para casos de roubo/furto de veículos, mas sim para os casos em que se pode aferir certeza de que o veículo não existirá mais. Por tal motivo é que se fala em veículos irrecuperáveis (por motivo de danos, é claro) ou desmontados, e que se exige a retenção das partes do chassi que identificam e individualizam o veículo.

- Então qual a solução para casos de roubo/furto de veículos?

Diante disso como fica o pedido da Requerente de dar baixa no registro de seu veículo "sem o pedaço do chassi"? Se não é possível dar baixa no registro fora daquelas hipóteses previstas, *quid juris* para casos que tais?

Pensamos que o fato de não haver previsão de baixa de registro para casos de roubo/furto não gera prejuízos para o proprietário do carro.

É que, segundo nos parece, o RENAVAM expressa, além da propriedade de um veículo automotivo, a sua existência individuada. Equivale, assim, de certa maneira, ao registro civil de pessoas físicas, dando publicidade e oficialidade não só quanto

¹ Resolução nº 011/98 – CONTRAN

Art. 1º. A baixa do registro de veículos é obrigatória sempre que o veículo for retirado da circulação nas seguintes possibilidades:

- I- veículo irrecuperável;
- II- veículo definitivamente desmontado;
- III- sinistrado com laudo de perda total;
- IV - vendidos ou leiloados como sucata.

à propriedade do veículo, mas principalmente no que se refere à existência do automóvel com determinado número de chassi, para fins de identificação única do mesmo e controle estatal?

Prosseguindo no paralelo grosseiro, mas didático, com as pessoas físicas, a figura da *baixa do registro* estaria para os

² Nesse sentido, veja-se o texto extraído do site do Serviço de Proteção ao Crédito do Carro – SPCC (<http://www.rgsamba.com.br/spcc/manual.htm>):

Projeto RENAVAL

Desde a década de 60 que o CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito visava a implantação de um registro único da Frota de veículos em circulação no Brasil. Idealizado em 1985 o RENAVAL - Registro Nacional de Veículos Automotores, foi a concretização deste objetivo e teve seu primeiro passo efetivado em 1990, com a adesão do estado do Paraná neste sistema.

O projeto consiste em um cadastramento central em Brasília, denominado de BIN- Base de Índice Nacional, cujas principais funções expomos mais abaixo, onde a medida que os Estados forem ingressando no sistema, os veículos de suas respectivas frotas, vão recebendo (Quando Zero Km) as novas placas de 3 letras e quatro números ou, substituindo as milhões de placas sem que haja duplicidade, coisa que era comum no antigo registro. (2 letras e 4 números).

Principais Funções do Projeto RENAVAL

1) PRÉ-CADASTRO/BASE NACIONAL: Trata-se da Inserção dos veículos 0 KM pelas respectivas Montadoras e Importadoras (Através da Receita Federal),

quando o mesmo é faturado para as respectivas concessionárias. Nesta fase os veículos já passam a integrar o Sistema RENAVAL ou BIN, os mesmos cadastrados dentro da BASE NACIONAL com o Nº do Renavam e Placa.

2) BASE ESTADUAL: Trata-se da Inserção dos veículos 0 KM pelas respectivas concessionárias (Através dos Detrans), quando o mesmo é faturado para o usuário final ou proprietário do veículo. Nesta fase os veículos já fazem parte do Sistema RENAVAL ou BIN, dentro da BASE NACIONAL. Sendo cadastrados agora na BASE ESTADUAL e recebendo o Nº do Renavam e Placa.

3) ATUALIZAÇÃO CADASTRAL: A própria palavra já é explicativa. Serve como monitoramento do veículo em todo território Nacional. Esta função atualiza proprietário, endereços, cidades onde o veículo encontra-se emplacado e etc.

4) MULTAS E DÉBITOS: É previsto pelo projeto que todas as multas de trânsito e estradas e qualquer ônus pertinente ao veículo, esteja cadastrado no sistema, onde o veículo somente poderá ser transferido de proprietário ou estado se quitados com seus débitos no estado de origem. Neste caso evita-se a sonegação.

5) ROUBO E FURTO: Tendo em vista o Projeto ser de âmbito Nacional, todos os veículos pertencentes ao sistema, ou seja, com placas de 7 dígitos que forem Roubados/Furtados, esta informação fica disponível à qualquer autoridade policial em qualquer estado, visando a apreensão e o não (ESQUENTAMENTO) do mesmo uma vez que o próprio sistema bloqueia qualquer transferência deste com um "GRAVAME" inserido na Base Nacional e Estadual.

6) OUTRAS FUNÇÕES: Estatísticas e controle de fronteiras também foi revisto pelo projeto, onde neste último caso, só é possível controlar a entrada e saída de veículos nos países vizinhos.

veículos automotivos como o óbito para as pessoas físicas, ou seja, a *baixa do registro* expressa o desaparecimento daquele veículo como unidade identificada, transmutando-se, a partir de então, em sucata, ou peças isoladas. Em linguagem jurídica, houve o perecimento do bem *automóvel*.

Nesse sentido, parece perfeitamente lógico que casos de roubo/furto de veículos não sejam motivo de *baixa* do registro respectivo, pois a subtração de um bem por meio de furto ou roubo não pode ser encarado como motivo de cessação do direito de propriedade. Pelo contrário, pois a manutenção do RENAVAM com o registro de que tal veículo está furtado/roubado é garantia de publicidade de tal fato contra terceiros.

Podemos teorizar que, no máximo, em nome da segurança jurídica, ainda fazendo-se um paralelo com a existência das pessoas físicas, poder-se —ia admitir que a passagem de largo espaço de tempo sem recuperação do móvel, acarrete perda da propriedade por perecimento presumido da coisa, tal como ocorre com o instituto da *ausência* no Direito Civil. Isso, claro, se não se verificar antes a usucapião. Mas essa questão deve ser tratada *de lege ferenda*, pois parece não haver mecanismos nesse sentido.

Não se esqueça, porém, que o fato de roubo/furto de veículo não acarretar a baixa no RENAVAM não significa que seja um dado ignorável para fins desse cadastro. Muito pelo contrário, pois não só existe a previsão de tal comunicação (tanto que o Código Tributário Estadual (Lei Complementar nº 19/93) prevê valor específico de taxa para tal comunicação) como também o Registro Nacional de Veículos Automotores — RENAVAM possui campo próprio para esse tipo de informação que, no caso da Requerente, parece que não foi feita até hoje (vide tela de consulta anexa).

- Desnecessidade de *baixa* no RENAVAM para efeito de não pagamento de IPVA: Ausência de prejuízo – Independência entre o RENAVAM e o Cadastro de Contribuintes do IPVA

O fato é que, por outro lado, não vislumbramos, necessariamente, prejuízo no não enquadramento do furto/roubo como motivo de *baixa* no RENAVAM.

Isso porque, embora sirva de base para a cobrança do IPVA, casos como desses autos evidenciam que o RENAVAM não pode prestar-se, automaticamente, sem ajustes, a servir de *Cadastro de Contribuintes do IPVA*.

Realmente, tanto não são a mesma coisa que o Regulamento do IPVA – RIPVA (Dec. nº 9.176/85), possuindo todo o *Título III* dedicado ao *Cadastro de contribuintes* desse imposto, menciona, em seu art. 24, que “a Secretaria da Fazenda poderá instituir isolada ou em conjunto com outros órgãos públicos, federal ou estadual, o cadastro de contribuintes do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores”.

É claro que, por motivos de praticidade, o *Cadastro de Contribuintes do IPVA* finda por ser feito com base no RENAVAM, mas isso também não quer dizer que, por isso, os dois cadastros se confundam, perdendo suas especificidades.

Assim, o fato de o CONTRAN não prever o roubo/furto de veículo como motivo de *baixa* no RENAVAM, não significa que o proprietário roubado/furtado estará injustamente obrigado a pagar o IPVA respectivo, só porque continua registrado no RENAVAM.

Nesse caso, parece que se aplica regra que evidencia a independência entre os dois cadastros (RENAVAM e *Cadastro de Contribuintes do IPVA*): o art. 28 do RIPVA que, no capítulo III (*Das Alterações*), do Título III (*Do Cadastro*), estatui

CAPÍTULO III DAS ALTERAÇÕES

Art. 28. Exigir-se-á atualização cadastro, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da alteração, mediante apresentação de nova Ficha de Cadastramento, quando ocorrer uma das seguintes mudanças:

- I - alteração nos elementos identificadores do veículo;
- II - aquisição de veículo;

Nova redação dada ao inciso III, pelo Decreto nº 10.816, de 29.12.87, efeitos a partir de 1º.01.88.

- III - mudança de propriedade;

Redação original, com efeito até 31.12.87.

III - mudança de placa;

IV - baixa de veículo.

(...)

§ 4º Para efeito deste artigo, considera-se baixa do veículo, a retirada de circulação por motivo de roubo, perda total de veículo por motivo de incêndio, colisão ou transferência para outra Unidade da Federação.

Ora, fazendo-se trabalho de interpretação simples, podemos destacar os seguintes elementos: (a) tal norma está inserida no RIPVA, que cuida do Cadastro de Contribuintes do IPVA; (b) o § 4º utiliza o verbo *considerar*, condicionado à situação “*para efeitos deste artigo*”.

Conjugando-se os dois elementos, pensamos que tal dispositivo quer dizer que, para efeitos de atualização no Cadastro de Contribuintes do IPVA (que não se confunde com o RENAVAM), o roubo/furto de veículos será considerado como *baixa* do veículo (ou seja, normalmente não é *baixa*, mas, para os efeitos desse artigo, será considerado como se fosse).

Parece, portanto, que fica aí evidenciada a independência entre os dois cadastros (RENAVAM e *Cadastro de Contribuintes do IPVA*): o roubo/furto de veículo pode perfeitamente não ser previsto como motivo de *baixa* para o RENAVAM (cuja normatização incumbe apenas ao CONTRAN), mas pode (e deve) ser motivo de *baixa* para o *Cadastro de Contribuintes do IPVA*.

Sendo assim, não há falar-se em prejuízo por ausência de *baixa* no RENAVAM, pois não estaria sendo gerado nenhum ônus para o proprietário esbulhado.

Por outro lado, é importante tecer algumas considerações sobre os efeitos dessa declaração de roubo/furto no tempo.

- Dos efeitos da declaração da Requerente no tempo

A Requerente, declarando, em 2003, que seu automóvel foi furtado em 1998, pretende efeitos desse cancelamento desde essa época declarada.

Com o devido respeito, julgamos que não é possível reconhecer efeitos retroativos (*ex tunc*) a uma tal declaração de roubo/furto, para efeitos de isenção de IPVA.

Não se trata de imputar injustamente ao contribuinte a obrigação de pagar imposto sobre algo que lhe foi roubado, mas é que não se pode olvidar do velho brocardo *dormientibus non succurrit jus* – o Direito não socorre aos que dormem.

Ora, como se viu, o RIPVA prevê que em casos de roubo/furto do veículo "exigir-se-á atualização cadastro, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da alteração, mediante apresentação de nova Ficha de Cadastramento" (art. 28).

Independentemente disso, de ver-se que a principal prova de um furto/roubo é, sem dúvida, a declaração unilateral por parte da vítima, reforçando-se a ocorrência do fato com o devido registro da ocorrência na Polícia, a qual se pressupõe será contemporânea ao fato, pois o cidadão comum tenderá a pedir que a Polícia investigue o fato, mormente se se tratar de bem de grande valor, como um automóvel importado.

Nesse sentido, como interpretar o fato de o registro da ocorrência do furto de seu automóvel ocorreu apenas em maio de 2003 (fls. 06), ou seja, quase cinco anos após o suposto furto? Por que não o fez na época do fato? Por que esperou tanto tempo para registrar queixa policial? Não queria que a polícia procurasse seu automóvel? Mereceria fé uma declaração com pretensão de produzir, retroativamente, efeitos de desconstituir um crédito tributário?

Julgamos que não, pois, como dito, é unilateral e incoerente com a atitude que as pessoas comumente adotariam.

Não é que seja impossível obter o cancelamento dos débitos só porque não houve a comunicação formal do fato que isentaria de pagar o imposto. Apenas insistimos que é temerário acolher uma declaração unilateral de quem se beneficia de tal declaração.

Na verdade, tal procedimento dá margem facilmente para fraude, na medida em que seria o mesmo que dizer à sociedade para não pagar IPVA e, anos depois, ocorrendo a perda do automóvel por sinistro ou outro motivo qualquer, bastar fazer um "registro retroativo" de furto na polícia.

Portanto, pensamos que, administrativamente, os efeitos da declaração de furto devem ser *ex nunc*, ou seja, a partir do

registro da ocorrência na Polícia (22/05/03), pois este seria o requisito exigido para registro junto ao RENAVAL.

II.2.d) – Quanto ao cancelamento do débito já em fase de AINF: aparente erro procedimental

Além do que já se expôs acima quanto aos efeitos da “autorização judicial” para baixa do RENAVAL do veículo da Requerente, mencione-se também que o cancelamento dos débitos de IPVA relativos a 2000 e 2001 parece terem sido indevidamente cancelados pelos seguintes motivos:

- 1) Já havia sido lavrado o competente AINF sobre tais débitos;
- 2) Sendo assim, já se havia iniciado o *Procedimento Administrativo-Tributário*, na forma do art. 235, II, do Código Tributário Estadual (LC nº 19/97)³. Nesse sentido, o processo já possuía uma marcha prevista em lei, que deveria desenvolver-se perante a Auditoria Tributária (art. 249 do CTE).
- 3) Em outras palavras, estando o débito em sede de AINF, não parece que decisão da Secretaria Executiva da Receita poderia ter determinado o cancelamento do mesmo, pois não há subordinação hierárquica entre este órgão (SER) e a Auditoria Tributária, que já estava com a competência para decidir a questão a si submetida.
- 4) Tanto esse posicionamento parece acertado que o próprio Parecer PV nº 044/2005 – GLET/DETRI-SER indicou em sua conclusão que o cancelamento do IPVA de 2001, por estar em AINF, deveria ser decidido pela Auditoria Tributária.
- 5) Considerando que o sr. Secretário da SER acatou o parecer, podemos apenas pressupor que o descumprimento dessa etapa foi mero equívoco.

³Art. 235. Considera-se iniciado o procedimento tributário-administrativo de apuração das infrações à legislação tributária, para o fim de excluir a espontaneidade da iniciativa do sujeito passivo:

(...)

II - com a lavratura do Auto de Infração e Notificação Fiscal ou do Auto de Apreensão.

É intuitivo que alguém que tenha seu veículo furtado ou roubado não pode sofrer imposição fiscal sobre uma propriedade que já não tem. Mas uma coisa é o mundo dos fatos, outra é a prova desses fatos.

CONCLUSÃO

Assim sendo, em resposta ao encaminhamento a esta Procuradoria, concluímos o seguinte:

- 1) O cancelamento do débito inscrito em dívida ativa, representado pela CDA nº 1127/03 é indevido, pois refere-se a IPVA de 1997, portanto anterior ao alegado furto do veículo da Requerente;
- 2) O Registro de Veículos, que é feito de forma nacional e integrada (RENAVAM) não pode ser confundido com Cadastro de Contribuintes do IPVA, embora, por praticidade, a base de dados utilizada seja a mesma.
- 3) Não obstante a utilização do cadastro estadual de veículos como Cadastro de Contribuintes do IPVA, as situações jurídicas específicas deste último não podem ser elididas por tal prática.
- 4) Assim, a isenção de IPVA pela ocorrência de furto ou roubo de veículo não pode ser confundida com a baixa do registro do mesmo veículo, pois as duas informações prestam-se a objetivos distintos.
- 5) Na falta de exigência legal expressa, a razoabilidade impõe que o único instrumento hábil à concreção dos efeitos de isenção de IPVA decorrente do evento furto/roubo parece ser a comunicação formal da ocorrência junto a estabelecimento policial.
- 6) Nesse sentido, o Boletim de Ocorrência (B.O.) mostra-se como instrumento indispensável de positivação do fato roubo/furto de veículos, a partir do qual podem ser admitidos, com razoável segurança jurídica, os efeitos jurídico-administrativos daí decorrentes, ou seja, com efeitos *ex nunc*.

7) A inação do contribuinte em cumprir esse ônus representa inércia que não merece a condescendência do Direito (*dormientibus non succurrit jus*), dado que é dever natural daquele comunicar ao fisco a ocorrência de situação de fato que o beneficie.

8) Não podem merecer fé declarações unilaterais do contribuinte que o beneficiem em detrimento do Fisco.

9) O aparente reconhecimento do fato em sede de processo de "alvará autônomo" não vincula terceiros, pois não há formação de relação jurídico-processual, não há citação, não há oportunização de contraditório e ampla defesa, nem a produção de coisa julgada formal, nem dá origem a *ordem* judicial, eis que *alvarás* têm natureza jurídica de autorização. Assim, o produto de tais processos (alvará ou autorização) possibilita, plenamente, o exercício do direito de resistência à pretensão, fazendo surgir, a partir daí, uma lide que poderia ensejar o devido processo de conhecimento.

10) Por todo o exposto, o cancelamento de débitos de IPVA da Requerente, anteriores ao registro da ocorrência do furto (22/05/2003) afigura-se-nos indevido, por basear-se unicamente em declaração unilateral oficiosa do próprio beneficiado.

11) Lado outro, o cancelamento do débito relativo ao AINF nº 115.342-0 (IPVA de 2001) também parece padecer de vício formal, pois não só deveria ter sido decidido pelos órgãos do Contencioso Administrativo, como também tal AINF envolve os anos de 2000 e 2001, sendo que a Requerente pediu o cancelamento apenas de parte do AINF (o ano de 2001).

12) Por último, nota-se que os débitos referentes aos anos de 1998 e 1999 não constam do sistema GDEF, sugerindo que podem ter sido cancelados em outra ocasião, por motivos ora desconhecidos.

13) Assim, como consequência do presente parecer, sugerimos:

13.1 – O indeferimento do cancelamento da CDA nº 1127/03;

13.2 – O envio de cópia desse parecer para a SEFAZ, com a sugestão de reforma da decisão de cancelamento total para cancelamento parcial (apenas a partir de maio de 2003);

13.3 – O envio de cópia desse parecer para o DETRAN-AM, para conhecimento e providências que julgar pertinentes, além de proceder ao registro, junto ao RENAVAM, da condição de *veículo furtado/roubado*.

É o parecer *sub censura*.

**PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E DA COBRANÇA
EXTRAJUDICIAL-PRODACE/PGE** em Manaus (AM), 16 de maio de 2005.

RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
Procurador do Estado

PROCESSO N. 03579/05-0-SEFAZ
INTERESSADO: Rede de Rádio Difusão Novidade Técnica Ltda

DESPACHO

ACOLHO, in totum, o Parecer nº 07/2005-PRODACE/PGE, da lavra do eminente Procurador do Estado **Dr. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres** por seus próprios e legítimos fundamentos.

ENCAMINHEM-SE os autos a deliberação do Exmo. Procurador-Geral do Estado.

**PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA
EXTRAJUDICIAL-PRODACE/PGE**, em Manaus, 02 de junho de 2005.

ANGELA BEATRIZ G. F. DE OLIVEIRA
Procuradora do Estado - Chefe da PRODACE

PROCESSO N. 03579/05-0/2004-PGE**INTERESSADO:** Rede de Rádio Difusão Novidade Técnica Ltda.**ASSUNTO:** Pedido de cancelamento de débitos de IPVA por motivo de suposto furto de veículo.**DESPACHO**

APROVO o Parecer nº 07/2005-PRODACE/PGE, do Procurador do Estado **Rômulo de Souza Carpinteiro Péres**, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria da Dívida Ativa e Cobrança Extrajudicial/PGE, **Dra. Ângela Beatriz G. F. de Oliveira**.

ENCAMINHEM-SE os autos à Subgerência de Controle de IPVA-SGIV, nos termos do aludido Parecer.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 08 de junho de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 03579/05-0/2004-PGE**INTERESSADO:** Pedido de Rádio Dofusão Novidade Técnica Ltda.**ASSUNTO:** Pedido de cancelamento de débitos de IPVA por motivos de suposto furto de veículo.**DESPACHO**

APROVO o Parecer n. 07/2005-PRODACE/PGE, do Procurador do Estado **Rômulo de Souza Carpinteiro Péres**, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria da Dívida Ativa e Cobrança Extrajudicial/PGE, **Dra. Ângela Beatriz G. F. de Oliveira**.

OFICIE-SE ao Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas, nos termos do aludido Parecer.

ENCAMINHEM-SE os autos à Secretaria de Estado da Fazenda, por meio de Ofício dirigido ao Sr. Secretário.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 24 de junho de 2005.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO

Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 1741/2005-PGE**INTERESSADO:** Secretaria de Segurança Pública-SSP**ASSUNTO:** Consulta sobre a isenção de tributos sobre a importação na licitação específica.**PARECER Nº 16/05-PRODACE/PGE**

"DIREITO TRIBUTÁRIO. DEFINIÇÃO LEGAL DE CONTRIBUINTE E DEVEDOR SOLIDÁRIO DO II, IPI-IMPORTAÇÃO, COFINS-IMPORTAÇÃO E ICMS-IMPORTAÇÃO. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DE IMPORTAÇÃO DIRETA POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DE IMPORTAÇÃO SOB O REGIME ADUANEIRO ESPECIAL DA ZFM. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL COM ISENÇÃO TRIBUTÁRIA SOBRE A IMPORTAÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL OU NACIONAL COM SUSPENSÃO TRIBUTÁRIA SOBRE A IMPORTAÇÃO.

Senhora Procuradora-Chefa

O Secretário Executivo da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Amazonas, mediante o Ofício n.º 600/2005-GSE/SSP, encaminha consulta sobre diversos aspectos legais concernentes ao Processo n.º 186/05-SSP. Especificamente sobre as hipóteses legais de isenção de tributos incidentes na importação de bens e serviços, o Exmo. Procurador-Geral do Estado requer a manifestação desta Procuradoria Especializada sobre o tema, insito no item "b" do Ofício suso mencionado.

Em síntese apertada, versa o Processo n.º 186/05-SSP sobre a concretização de licitação para aquisição de bens e contratação de serviços atinentes à **Modernização do Sistema de Despacho de Rádio Comunicação para o Centro Integrado de Operações de Segurança – CIOPS**. Tal iniciativa

modernizadora insere-se na implementação do Convênio n.º 118/04-SENASP do Plano Nacional de Segurança Pública, celebrado entre a União, por intermédio do Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública e o Estado do Amazonas – Secretaria de Estado da Segurança Pública.

Autuou-se o processo supra aludido inicialmente para a constituição do Projeto Básico, exigência legal preliminar aos procedimentos licitatórios. Colheram-se diversas propostas comerciais de pessoas jurídicas de direito privado, especializadas no ramo técnico concernente.

Após a respectiva aprovação pelo Secretário Executivo de Segurança Pública e atestadas as disponibilidades orçamentária e financeira, o Projeto Básico enviado foi à Comissão Geral de Licitação para apreciação técnico-legal do procedimento licitatório. Dentre várias considerações pertinentes, a Consultoria Jurídica da CGL sugeriu a formulação de consulta à PGE sobre a hipótese de realização de licitação na modalidade Concorrência Internacional e suas implicações quanto à isenção tributária sobre a importação respectiva.

Por fim, no Ofício motriz deste Parecer, o Secretário Executivo da Segurança Pública encaminhou a consulta temática que por ora opinamos.

É o sucinto relatório.

Passo a opinar.

O Parecer n.º 115/2005, emitido pela Procuradoria Administrativa, com propriedade conclui que a decisão sobre a modalidade específica de licitação pública, se concorrência pública internacional ou nacional, reveste-se como ato discricionário, sabidamente norteado pelos critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública. Denota-se em diversos momentos do rito procedimental contido nos atos, v.g., no bojo do Projeto Básico, nas manifestações do Secretário de Segurança Pública e do Gerente de Planejamento e Projetos da Secretaria de Segurança Pública, e no teor da Nota Técnica da Consultoria Jurídica da CGL, o salutar e probo interesse de atender ao desiderato fundamental da licitação pública: a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Nesse diapasão, motiva-se a exposição das hipóteses legais de isenção tributária sobre a importação dos equipamentos ou sobre a prestação de serviços realizada por pessoa física ou jurídica residente ou estabelecida no exterior, necessários à reestruturação do Sistema de Despacho de Radiocomunicação do CIOPS/SSP.

Constatam-se parâmetros legais para a isenção tributária sob duas hipóteses: isenção tributária pela importação por pessoa jurídica de direito público ou isenção tributária face ao regime aduaneiro especial da Zona Franca de Manaus. Na sequência discorrer-se-á sobre cada hipótese e sobre as circunstâncias fáticas para gozo do respectivo benefício fiscal.

I – ISENÇÃO TRIBUTÁRIA PELA IMPORTAÇÃO POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Convém, a princípio, citar-se as definições legais de importador e de responsável tributário solidário, alusivas ao Imposto de Importação (II) e contidas no Decreto Federal n.º 4.543, de 26 de dezembro de 2002, notoriamente denominado como Regulamento Aduaneiro (RA):

“Art. 103. É contribuinte do imposto (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 31, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.472, de 1988, art. 1º):

I - o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro;”

.....

Art. 105. É responsável solidário:

I – omissis;

II – omissis;

III - o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 32, parágrafo único, inciso III, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 77);”

Quanto ao Imposto sobre Produtos Industrializados vinculado à importação (IPI-IMPORTAÇÃO), o mesmo diploma legal dispõe:

“Art. 241. É contribuinte do imposto, na importação, o importador, em relação ao fato gerador decorrente do desembaraço aduaneiro (Lei nº 4.502, de 1964, art. 35, inciso I, alínea “b”).

Quanto à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, incidente sobre a importação de bens e serviços (COFINS-IMPORTAÇÃO), disciplinada pela Lei n.º 10.865, de 30 de abril de 2004, tem-se que:

“Art. 5º São contribuintes:

I - o importador, assim considerada a pessoa física ou jurídica que promova a entrada de bens estrangeiros no território nacional;

II - a pessoa física ou jurídica contratante de serviços de residente ou domiciliado no exterior; e

III - o beneficiário do serviço, na hipótese em que o contratante também seja residente ou domiciliado no exterior.

.....

Art. 6º São responsáveis solidários:

I - o adquirente de bens estrangeiros, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora;”

E, por fim, quanto ao ICMS, disciplinado pelo Decreto Estadual n.º 20.686, de 28 de dezembro de 1999, que aprovou o Regulamento do ICMS (RICMS):

“Art. 37.

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade:

I - importe mercadoria ou bem do exterior, ainda que a destine a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;”

Por outro lado, observa-se que o benefício fiscal de isenção tributária sobre a importação de bens e serviços pode ser concedido com fundamento em diversas hipóteses legais.

Na situação *sub examine*, de plano vislumbra-se a subsunção atinente à isenção pela personalidade jurídica pública do importador. Destarte, transcrevem-se as disposições sobre isenção tributária do II quanto a esta condição do importador, extraídas também do Regulamento Aduaneiro:

"Art. 135. São concedidas isenções ou reduções do imposto de importação:

I - às importações realizadas:

a) pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Territórios, pelos Municípios e pelas respectivas autarquias (Lei nº 8.032, de 1990, art. 2º, inciso I, alínea "a", e Lei nº 8.402, de 8 de janeiro de 1992, art. 1º, inciso IV);

.....

Art. 137. A isenção às importações realizadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Territórios e pelos Municípios, aplica-se a:

I - equipamentos, máquinas, aparelhos ou instrumentos, destinados a obras de construção, ampliação, exploração e conservação de serviços públicos operados direta ou indiretamente pelos titulares do benefício;

II - partes, peças, acessórios, ferramentas e utensílios que, em quantidade normal, acompanhem os bens de que trata o inciso I ou que se destinem a reparo ou a manutenção do equipamento, máquina, aparelho ou instrumento de procedência estrangeira instalado no País; e

III - bens de consumo, quando direta e estritamente relacionados com a atividade dos beneficiários e desde que necessários a complementar a oferta do similar nacional."

E por seu turno, quanto ao IPI- IMPORTAÇÃO, deve-se citar:

"Art. 245. São isentas do imposto as importações (Lei nº 8.032, de 1990, art. 3º, e Lei nº 8.402, de 1992, art. 1º, inciso IV):

I - a que se refere o inciso I e as alíneas "a" a "o" e "q" a "t" do inciso II do art. 135, desde que satisfeitos os requisitos e condições exigidos para a concessão do benefício análogo relativo ao imposto de importação;"

No que tange à COFINS-IMPORTAÇÃO, a Lei n.º 10.865/04 assevera:

"Art. 9º São isentas das contribuições de que trata o art. 1º desta Lei:

I - as importações realizadas:

a) pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público;"

Finalmente, quanto à isenção do ICMS sobre a importação de bens e serviços (ICMS-IMPORTAÇÃO), reporta-se novamente ao RICMS, ao autorizativo Convênio ICMS n.º 26/03 e à adesão do Estado do Amazonas ao convênio anterior pelo Convênio ICMS n.º 06/05:

"Art. 5º São isentas do imposto as prestações de serviços e saídas de mercadorias, estabelecidas em convênio celebrado com outras unidades da Federação.

Art. 6º As concessões ou revogações das isenções serão objeto de deliberação dos Estados e do Distrito Federal na forma que dispuser a legislação pertinente.

§ 1º Os convênios impositivos celebrados pelo Estado do Amazonas terão vigência a partir da data da publicação de sua ratificação nacional e eficácia no prazo neles consignados.

CONVÊNIO ICMS 26/03

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

§ 1º A isenção de que trata o "caput" fica condicionada:

I - ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;

II - à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

III - à comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior.

§ 2º. A inexistência de similar produzido no país será atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo da mercadoria ou do bem com abrangência em todo o território nacional.

CONVÊNIO ICMS 06/05

Cláusula primeira. Fica o Estado do Amazonas incluído nas disposições do Convênio ICMS 26/03, de 4 de abril de 2003.

Cláusula segunda. Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional."

Da exegese dos excertos legais citados, comprova-se que a qualidade do importador se perfaz como essencial à caracterização da isenção tributária. Assim, se executada a importação diretamente pelo Estado do Amazonas, por intermédio da Secretaria da Segurança Pública, na condição de importador poderá gozar da benesse aludida.

A importação direta pelo Estado logicamente aduz à aquisição de equipamentos de fornecedor estabelecido no exterior e à contratação de serviços de pessoa física ou jurídica residente ou estabelecida no exterior, portanto, por meio de concorrência pública internacional. Contudo, oportuno se faz enumerarmos as providências aduaneiras concernentes:

a) requerimento para reconhecimento da isenção, previamente ao registro da Declaração de Importação, junto à Alfândega da Secretaria da Receita Federal;

- b) fechamento do contrato de câmbio junto ao Banco Central (BACEN), com referência às transações comerciais;
- c) credenciamento, habilitação e registro da Declaração de Importação junto ao Sistema de Comércio Exterior (SISCOMEX) da Secretaria da Receita Federal;
- d) execução direta do despacho aduaneiro ou contratação de serviços de despacho aduaneiro para promoção do desembaraço aduaneiro das mercadorias.

Na hipótese fática de execução da importação por outra pessoa jurídica de direito privado e simples recebimento da mercadoria pela Secretaria de Segurança Pública, quer pela conclusão de concorrência pública internacional, quer pela conclusão de concorrência pública no âmbito nacional, ocorreria a incidência integral dos tributos citados sobre tal importação. Ademais, o Estado também figuraria na relação jurídica tributária de importação na condição de responsável tributário solidário.

Todavia, na hipótese de execução da importação pelo próprio licitante vencedor, haveria outra possibilidade de isenção tributária, esta face ao Regime Aduaneiro Especial da Zona Franca de Manaus, que explanaremos no próximo item.

II – ISENÇÃO TRIBUTÁRIA PELO REGIME ADUANEIRO ESPECIAL DA ZONA FRANCA DE MANAUS (ZFM)

O Regulamento Aduaneiro, disposto no Decreto n.º 4.543/02, determina sobre a isenção peculiar do regime aduaneiro especial da Zona Franca de Manaus:

“Art. 453. A entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca de Manaus, destinadas a seu consumo interno, industrialização em qualquer grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza, exportação, bem assim a estocagem para reexportação, será isenta dos impostos de importação e sobre produtos industrializados (Decreto-lei nº 288, de 1967, art. 3º, e Lei nº 8.032, de 1990, art. 4º).”

.....

§ 2º A isenção de que trata este artigo fica condicionada à efetiva aplicação das mercadorias nas finalidades indicadas, e ao cumprimento das demais condições e requisitos estabelecidos pelo Decreto-lei nº 288, de 1967, e pela legislação complementar.

.....

§ 4º A entrada das mercadorias a que se refere o caput será permitida somente em porto, aeroporto ou recinto alfandegados, na cidade de Manaus.

.....

Art. 455. As importações no regime de que trata este Capítulo estão sujeitas a licenciamento não-automático, previamente ao despacho aduaneiro, com a expressa anuência da Superintendência da Zona Franca de Manaus."

Vale dizer, quanto ao regime aduaneiro especial da Zona Franca de Manaus, que as mercadorias estrangeiras que ingressam nesta área especial são registradas sob a Declaração de Importação (DI) em regime de suspensão do pagamento do II e IPI. Com a destinação final das mercadorias para o consumo interno na ZFM, a anterior suspensão consolida-se automaticamente em isenção tributária. Desta forma, também incide a suspensão do pagamento da COFINS-IMPORTAÇÃO, como delineia a Lei n.º 10.865/04:

"Art. 14. As normas relativas à suspensão do pagamento do imposto de importação ou do IPI vinculado à importação, relativas aos regimes aduaneiros especiais, aplicam-se também às contribuições de que trata o art. 1º desta Lei.

.....

§ 2º. A Secretaria da Receita Federal estabelecerá os requisitos necessários para a suspensão de que trata o § 1º deste artigo."

Pela análise dos dispositivos legais alusivos à legislação da Zona Franca de Manaus, constata-se existir possibilidade de proceder-se à execução de licitação na modalidade específica

concorrência pública nacional ou internacional, e ainda com a circunstância de promoção da importação de bens e serviços pela própria licitante vencedora com isenção tributária do II, IPI e COFINS-IMPORTAÇÃO, mediante o atendimento das exigências e requisitos junto à SUFRAMA e à Secretaria da Receita Federal.

III – CONCLUSÃO

Findadas as considerações opinativas, pontualmente abordadas, consoante os argumentos expostos, especificamente concluímos:

a) pela possibilidade jurídica de importação direta dos bens e serviços mediante concorrência pública internacional, com **isenção tributária do II, IPI-IMPORTAÇÃO, COFINS-IMPORTAÇÃO e ICMS-IMPORTAÇÃO**;

b) pela possibilidade jurídica de aquisição dos bens e serviços mediante concorrência pública internacional ou nacional, com execução da **importação pela própria licitante vencedora e com suspensão do pagamento do II, IPI-IMPORTAÇÃO e COFINS-IMPORTAÇÃO**, desde que cumpridos os requisitos e exigências estabelecidos pela SUFRAMA e Secretaria da Receita Federal.

É o parecer, *sub censura*.

PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA EXTRAJUDICIAL – PRODACE/PGE, em Manaus, 07 de julho de 2005.

BENEDITO EVALDO DE LIMA
Procurador do Estado

PROCESSO N. 1741/2005-PGE
INTERESSADO: Secretaria de Segurança Pública-SSP

DESPACHO

ACOLHO o Parecer n. 15/2005-PRODACE/PGE, da lavra do emitente Procurador do Estado Dr. Benedito Evaldo de Lima por seus próprios e legítimos fundamentos.

ENCAMINHE-SE os autos à deliberação do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA EXTRAJUDICIAL-PRODACE/PGE, em Manaus, 07 de julho de 2005.

ÂNGELA BEATRIZ G. F. DE OLIVEIRA
Procuradora do Estado-Chefe da PRODACE

PROCESSO N. 1741/2005-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Segurança Pública-SSP

ASSUNTO: Isenção de tributos sobre a importação em licitação internacional. Consulta.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 15/2005-PRODACE/PGE, do Procurador do Estado Benedito Evaldo de Lima, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria da Dívida Ativa e Cobrança Extrajudicial-PRODACE, Dr^a Ângela Beatriz G. F. de Oliveira.

ENCAMINHE-SE os autos à Secretaria de Segurança Pública-SSP.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, 15 de julho de 2005.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

TRABALHOS FORENSES

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**RCL. CONTRA INTERVENÇÃO FEDERAL REQUISITADA POR JUIZ
FEDERAL**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelos Procuradores infra-assinados, na conformidade do artigo 132 da Constituição da República e artigo 12, inciso I, do Código de Processo Civil, com endereço para comunicação processual na Rua Emílio Moreira, 1.308, Praça 14 de Janeiro, Manaus/AM, vem perante V. Ex.^a, com supedâneo no art. 102, I, I, combinado com o art. 36, II, da Constituição, para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal, formular

RECLAMAÇÃO COM PEDIDO DE LIMINAR

contra ato da MM. Juíza titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, Dra. Jaiza Maria Pinto Fraxe, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** (Processo n.º 2003.32.00.00000-1), que lhe move o **MINISTÉRIO PÚBLICO (FEDERAL e ESTADUAL)**, sob os seguintes fundamentos de fato e de direito.

I – DOS FATOS

O Ministério Público (Federal e Estadual) ajuizou Ação Civil Pública contra o Estado do Amazonas requerendo genericamente, a título de antecipação de tutela: a) o fornecimento integral dos medicamentos denominados excepcionais; b) o fornecimento dos medicamentos e correlatos necessários ao atendimento prestado nas unidades de saúde

do Estado de média e alta complexidade; c) a disponibilização da execução de exames especializados requeridos por médicos credenciados pela rede pública e privada conveniada com o SUS; d) a aplicação de multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por cada requisição de exame não atendida; e) a realização de visitação de inspeção, pelos Conselhos de Farmácia, Medicina e Enfermagem, nas unidades de saúde do Estado. Os pedidos de mérito se confundem com os pedidos formulados em antecipação de tutela (Doc. 01).

Após a manifestação preliminar, foi concedida a antecipação de tutela genérica, conforme os termos formulados pelos autores da ação (Doc. 02).

Essa decisão foi atacada via Agravo de Instrumento. No entanto, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região a manteve inalterada (Doc. 03).

Apresentada a contestação (Doc. 04) – e após a realização de sucessivas audiências – o Estado do Amazonas demonstrou o integral cumprimento da decisão liminar mediante a comprovação de investimentos no setor, capazes de otimizar o sistema e a satisfazer os direitos sociais com observância do piso jurídica e materialmente possível.

Por intermédio da petição de 31 de janeiro de 2005 (Doc. 05), o Estado do Amazonas requereu o ingresso da União no pólo passivo da demanda tendo em vista a obrigação comum prevista no art. 196 da Constituição Brasileira. Referido pedido não foi apreciado.

Em 21 de fevereiro de 2005, demonstrando cabalmente o cumprimento da decisão liminar, o Estado do Amazonas anexou aos autos diversos documentos atestando que, no ano de 2004, foram empregados mais de 170 milhões de reais na área de saúde o Estado do Amazonas: a) R\$110.775.169,72 (cento e dez milhões, setecentos e setenta e cinco mil, cento e sessenta e nove reais e setenta e dois centavos) em procedimentos ambulatoriais; e b) R\$ 59.798.711,77 (cinquenta e nove milhões, setecentos e noventa e oito mil, setecentos e onze reais e setenta e sete centavos) em procedimentos e exames realizados em hospitais da rede pública (Doc. 06).

Por intermédio da decisão proferida em 13 de abril de 2005, a MM. Juíza da 1ª Vara Federal determinou a realização de perícia e apresentou quesitos (Doc. 07). O Estado, regularmente intimado, indicou assistente e também apresentou quesitos. O prazo de entrega do laudo foi fixado – por prorrogação deferida – para 31 de maio último (Doc. 08).

Ocorre que, no dia seguinte, 1º de junho do corrente, o Estado do Amazonas foi surpreendido pela decisão interlocutória guerreada, determinando, com base no laudo pericial cujo conteúdo é desconhecido – pasme-se – a intervenção federal em órgão da estrutura da Secretaria de Estado da Saúde, a Central de Medicamentos do Estado do Amazonas – CEMA, designando **interventor** a servidora do Ministério da Saúde ANA MÁRCIA MESSEDER S. FERNANDES (Doc. 09).

A Secretaria da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas remeteu os autos indevidamente ao Ministério Público Federal, privando o Requerente de fotocopiá-los, em flagrante cerceamento de defesa, consoante os termos da certidão anexa (Doc. 10).

O Estado do Amazonas ajuizou mandado de segurança contra o Diretor de Secretaria requerendo medida liminar para serem adotadas providências tendentes à devolução dos autos (Doc. 11) e até a presente data a liminar foi não decidida.

Enfim, o Estado do Amazonas não conhece os termos do laudo do perito e não teve acesso aos autos para defender-se à vista de toda a comprovação acostada no sentido da regularidade atual dos serviços de saúde, inviabilizando-se a interposição de agravo de instrumento.

Segundo veiculado pela imprensa, o Ministério Público Federal teria determinado à Polícia Federal a instauração de inquérito policial para investigar irregularidades na aquisição de medicamentos com base no desconhecido laudo pericial.

II – DOS FUNDAMENTOS

A intervenção federal no Estado, determinada por meio da decisão interlocutória de Primeira Instância, constitui ordem judicial manifestamente ilegítima porque usurpa competência do Supremo Tribunal Federal.

Segundo a inteligência do art. 36, II, da Constituição da República, combinado com o art. 19 da Lei n. 8.038/90, compete ao Supremo Tribunal Federal requisitar a decretação de intervenção federal no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária.

Entretanto, no caso concreto, louvando-se em laudo pericial que não deu a conhecer ao Estado e seu assistente técnico, a Justiça Federal de 1ª Instância nomeou servidor federal para intervir diretamente em órgão da Administração Estadual ao argumento de que a perícia teria comprovado o descumprimento da antecipação de tutela que deferira genericamente para obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos excepcionais.

Logo, o ato é manifestamente inconstitucional e ofensivo à competência da Suprema Corte.

Ressalta-se que a medida fere a autonomia constitucional do Estado do Amazonas para gerir o sistema de saúde. Viola frontalmente o Pacto Federativo sem causa proporcional.

Consoante a jurisprudência do STF, a intervenção direta na Administração Estadual, por ordem judicial, é medida drástica e excepcional, que só se legitima mediante o devido processo legal ditado pelo art. 34 e 36 da Constituição Brasileira.

Vige, no Estado Federal, o princípio da não-intervenção, pois, não há federalismo sem autonomia dos Estados-membros. Como bem adverte Alexandre de Moraes – “será admitido o afastamento desta autonomia política, com a finalidade de preservação da existência da unidade da própria Federação através da intervenção”.¹

Nesse sentido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. À guisa de exemplo, trazemos à baila voto do Ministro Celso de Mello, em decisão proferida nos autos do Processo de Intervenção Federal (IF n. 603/AM).

¹ Moraes, Alexandre de, *op. cit.*, 280.

O culto Ministro, após considerar que "o mecanismo da intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo", advertiu sobre:

...a excepcionalidade da intervenção federal, em face do caráter extremamente perturbador que assume qualquer interferência do Governo Federal nos assuntos regionais e na esfera de autonomia dos Estados-membros (CARLOS MAXIMILIANO, "Comentários à Constituição Brasileira", p. 158, item n. 128, 3ª ed., 1929, Globo; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "A Constituição Federal Comentada" vol. I/183, 3ª ed., 1956, Konfino; FÁVILA RIBEIRO, "A Intervenção Federal nos Estados", p. 48, tese de concurso, 1960, Editora Jurídica, Fortaleza). Não se pode perder de perspectiva a circunstância de que a intervenção federal representa, ainda que transitoriamente, a própria negação da autonomia institucional reconhecida aos Estados-membros pela Constituição da República. Essa autonomia, que possui extração constitucional, configura postulado fundamental peculiar à organização político-jurídica de qualquer sistema federativo, inclusive do sistema federativo vigente no Brasil. O poder autônomo - que a ordem jurídico-constitucional atribuiu aos Estados-membros - traduz um dos pressupostos conceituais inerentes à compreensão mesma do federalismo. Daí a estrita disciplina imposta pela Constituição ao instituto da intervenção federal, cujos requisitos de admissibilidade foram por ela taxativamente relacionados em "numerus clausus", em obséquio ao princípio maior da autonomia das unidades federadas e em consideração ao caráter absolutamente excepcional de que se reveste o ato interventivo. Essa circunstância justifica, plenamente, a advertência constante do magistério doutrinário de PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967", tomo 2/198, 1967, RT), para quem "a intervenção nos Estados-membros constitui, pelo menos, teoricamente, o 'punctum dolens' do Estado Federal". Vê-se, portanto, que o tratamento restritivo constitucionalmente dispensado ao

mecanismo da intervenção federal impõe que não se ampliem as hipóteses de sua incidência, cabendo ao intérprete identificar, no rol exaustivo do art. 34 da Carta Política, os casos únicos que legitimam, em nosso sistema jurídico, a decretação da intervenção federal nos Estados-membros. (...)” (grifamos).²

Assim, nos termos da Constituição, somente pode haver a intervenção federal para: (I) manter a integridade nacional; (II) repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; (III) pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; (IV) garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; (V) reorganizar as finanças da unidade da Federação que: (a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; (b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; (VI) prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; (VII) assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; (b) direitos da pessoa humana; (c) autonomia municipal; (d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; (e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

O Supremo Tribunal Federal não admite qualquer ato que implique diminuição da autonomia administrativa dos entes federados, fora dos casos previstos no art. 34 da Carta Federal.

Nesse sentido, recentemente, foi concedido mandado de segurança (MS 25.295) ao Município do Rio de Janeiro porque o Presidente da República havia requisitado bens e

² Disponível em www.stf.gov.br, capturada em 16 de maio de 2005.

serviços da administração municipal de saúde. A requisição foi considerada forma de intervenção ilegítima afrontosa ao pacto federativo. A ordem foi deferida para restabelecer a plena administração e gestão dos hospitais municipais.

Ora, se naquele caso, mesmo se utilizando instituto previsto em lei (requisição) se julgou haver intervenção indevida no ente federado, com muito mais razão no caso concreto em que a juíza expressamente declara a intervenção indicando servidor federal indicado pela União, atribuindo-lhe funções específicas no órgão estadual.

Ademais, no caso de descumprimento de decisão de juiz federal, a medida extrema da intervenção depende também de decreto da Presidência da República, não sendo dado ao Juiz escolher o servidor federal que irá desempenhar a função de interventor.

Por outro lado, não há justa causa para intervenção por descumprimento de decisão judicial. É manifestamente desproporcional a decisão, pois foram ignoradas as sucessivas manifestações do Estado do Amazonas nos autos, demonstrando, por meio de farta documentação, a regularidade atual dos serviços, discriminando-se os investimentos realizados na área de saúde e de dispensação de medicamentos excepcionais.

A decisão silencia, ainda, o fato de ter sido comprovado que, no ano de 2004, foram empregados comprovadamente mais de 170 milhões de reais na área de saúde pública. Em 2005, o valor mensal empregado na aquisição de medicamentos excepcionais é 42% superior a mesma média do ano de 2004.

Em cumprimento à Constituição e à decisão antecipatória de tutela desse MM. Juízo, a Administração Estadual já vem adotando várias ações efetivas tendentes a otimizar o programa de dispensação de medicamentos excepcionais do SUS, ao encontro dos objetivos que a "intervenção federal" pretende viabilizar, consoante consignado, destacadamente a humanização e universalização do atendimento.

Nesse sentido, destaca-se que, nos últimos meses, foi adotado procedimento para eliminar filas no atendimento dos usuários, com a instalação de sala climatizada com 110 lugares, sanitário, bebedouro, TV e sistema de senha por ordem de chegada. O cadastro dos pacientes e a dispensação dos medicamentos estão sendo realizados no mesmo ambiente da recepção e sala de espera.

Cumpra destacar aqui que, segundo comentado, o próprio laudo pericial registraria que a gestão da Central de Medicamentos teria sido regularizada em 2004, contando agora com planejamento para atender à demanda de medicamentos excepcionais, afirmado inexistente nos anos anteriores.

Em que pese a falta de acesso aos autos, podemos registrar, por meio de levantamentos fornecidos, em caráter de urgência, pela Secretaria de Estado da Saúde, que, ao contrário da afirmativa contida na decisão impugnada, existem:

1) instrumentos formais de planejamento referente aos programas de medicamentos padronizados e excepcionais para 2005/2006 (Docs. 12, 13 e 14). Estão previstos todos os medicamentos excepcionais demandados pelos atuais usuários do Programa (106 itens), com a discriminação do estoque a 03 de maio de 2005 (Doc. 15).

2) registro formal de todos os procedimentos e medicamentos de alto custo/excepcionais efetivados em 2005, destacando-se o atendimento a 117 (cento e dezessete) pacientes transplantados que são atendidos permanentemente pelo Programa de Medicamentos Excepcionais. Esses pacientes receberam 113.811 unidades de medicamento de janeiro a maio de 2005 (Doc. 16);

3) Relatório de Entrada de Medicamentos, contendo o registro da origem, nos termos exigidos pela ANVISA (Doc. 17);

4) distribuição e entrega de medicamentos excepcionais por farmácia própria da CEMA mediante supervisão técnica adequada, conforme ilustra recibo de dispensação anexo (Doc. 18);

5) justificativa sobre o preço do medicamento Depenicilamina 250 mg cap.. Houve erro de cotação do licitante-adjudicatário, consignando-se indevidamente, na proposta, o fator de embalagem caixa de 50 cap., quando o preço unitário requerido, nos termos do edital da pertinente licitação, era a unidade da cápsula. Após a oportuna correção, a Administração tem pago o valor de R\$ 1,73, condizente com o mercado (Doc. 19);

6) o preço unitário do frasco ampola do medicamento Interferon Beta de 12.000 UI praticado pelo Estado está condizente com o fixado em tabela pela ABCFARMA de 2004. A diferença é inferior a 10%, inexistindo o alegado superfaturamento (Doc. 20);

7) aplicação do medicamento toxina Butolínica tipo A (Botox) no tratamento dos pacientes neurológicos com espasticidade infantil e adulto, com previsão de cobertura para 16 meses, com aquisição de produto atualmente contendo indicação para uso pediátrico (Doc. 21);

8) a aquisição de ciclosporina para tratamento de doenças renais, para suprir a necessidade de um único paciente (criança) que usava dois fracos/mês (Doc. 22);

9) relatório de entrada e saída do medicamento tacrolimos 4 mg, que está sendo disponibilizado aos pacientes transplantados (Doc. 23).

Tudo isso a evidenciar que as informações contidas na decisão judicial aqui hostilizada são insustentáveis, desmerecendo todos os investimentos prioritariamente feitos pelo Estado do Amazonas no setor.

Seja como for, ainda que haja suspeita de irregularidades – por mais graves que sejam –, como se trata de setor isolado da Administração Estadual, cujo funcionamento já se encontra regularizado, a instauração de inquérito policial seria medida proporcional e bastante para tutelar os interesses envolvidos.

Por fim, cumpre salientar que a decisão impugnada foi lançada com ofensa aos princípios constitucionais do

contraditório e ampla defesa, evidenciando grave lesão a direito subjetivo do Estado enquanto parte.

A motivação do decreto judicial de intervenção de 1º de junho último reside inteiramente no laudo pericial acostado aos autos a 31 de maio, cujo conteúdo é totalmente desconhecido pelo Requerente.

A Lei Processual (CPC, art. 433, parágrafo único) garante sejam previamente intimadas as partes da juntada do laudo pericial, inclusive, como condição para contagem do prazo de dez dias para que os assistentes técnicos emitam seus pareceres sobre os trabalhos do perito.

Todavia, foi proferida a decisão e imediatamente remetido o processo ao Ministério Público Federal sem qualquer intimação a esse respeito, limitando-se o juízo a cientificar o Requerente sobre o teor da decisão impugnada.

Diante disso, resta cerceado o direito de interpor agravo de instrumento.

Como demonstrado, além de usurpar funções constitucionais do Requerente, causando risco à ordem administrativa e agredindo o art. 2.º da *Lex Mater*, a decisão atacada afronta também a ordem constitucional, na medida em que, *permissa venia*, ignora as provas no sentido de regularidade da gestão dos serviços de saúde e medicamentos no âmbito estadual.

IV - DO PEDIDO

Pelo exposto, com base no art. 156 e seguintes do RISTF, o Estado do Amazonas requer:

a) a suspensão liminar da ordem judicial impugnada em vista do óbvio perigo de dano à ordem público-administrativa no âmbito estadual decorrente do “decreto de intervenção federal”;

b) colhida de informações da Autoridade coatora e do parecer do Procurador-Geral da República;

c) seja julgada procedente esta reclamação, com base no art. 36, II, da Constituição Brasileira, para cassar a decisão impugnada.

P. deferimento.

Manaus para Brasília, 03 de junho de 2005.

RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA
Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

RICARDO A. REZENDE DE JESUS
Procurador-Chefe na PEDF, em exercício

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO AMAZONAS**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, judicialmente representado pela Procuradora do Estado ao final subscrita, nos termos do art. 132 da Constituição Federal e no art. 23, inciso I da Lei Estadual nº 1.639/83, com exercício na Procuradoria Geral do Estado, CNPJ n.º 04.312.369/0011-62, sita na Rua Emílio Moreira, nº 1308 – Praça 14 de Janeiro, nesta Capital, a partir dos autos do Mandado de Segurança nº 001.05.041252-4, ora em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, impetrado por **LUCIANE SCHNEIDER VENDRAME – BALNEÁRIO DA COMPANHIA**, inconformado com a r. decisão que deferiu a medida liminar com o fito de que fosse suspensa a interdição do estabelecimento da impetrante, vem, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 522 e 524 do CPC, interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO
com pedido de efeito suspensivo.

Dessarte, pede o recebimento do presente recurso com a atribuição do efeito suspensivo pelos fundamentos vazados a seguir, na forma do art. 527, III, e ss. do CPC, com a intimação da Agravada, para contraminuta-lo, no prazo de 10 (dez) dias, requisitando, se entender necessário, informações a cargo do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual e ouvindo-se o Ministério Público.

Para formação do instrumento, a Agravante faz o traslado de cópia integral daqueles autos, dentre as quais se incluem as seguintes peças: a) petição inicial; b) cópia da decisão agravada; c) procuração outorgada ao advogado da agravada; d) certidão de intimação da decisão agravada.

Requer, outrossim, que seja realizada a intimação da **Agravada** para, querendo, apresentar suas contra-razões, no prazo legal.

Nesses termos, pede deferimento.

Manaus (AM), 20 de outubro de 2005.

KARLA BRITO NOVO

Procuradora do Estado do Amazonas

Razões Recursais de AGRADO DE INSTRUMENTO, interposto pelo ESTADO DO AMAZONAS, contra decisão que determinou a suspensão da interdição do estabelecimento da impetrada nos autos do Mandado de Segurança nº 001.05.041252-4, em que consta como impetrante **LUCIANE SCHNEIDER VENDRAME – BALNEÁRIO DA COMPANHIA** e como impetrado **DIRETOR DE SERVIÇOS TÉCNICOS DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO ESTADO DO AMAZONAS**

Colenda Turma,
ÍNCLITOS MAGISTRADOS,

I – DA ADMISSIBILIDADE DO AGRADO

I.1 – TEMPESTIVIDADE

Cumpre, desde logo, demonstrar a tempestividade do presente recurso. Para isso, toma-se por base a intimação do Agravante acerca da decisão do MM. Juiz plantonista, que deferiu a medida liminar, o que ocorreu por meio de ciente nos autos em 14/10/2005, conforme certidão de intimação anexa.

Contando-se o prazo recursal do primeiro dia útil que se seguiu, isto é, **17/10/2005** e tendo em vista o prazo dobrado para a Fazenda Pública ajuizar o agrado de instrumento é de

20 dias (CPC, art. 522 c/c 188), o *ad quem* para a presente manifestação recursal seria 05/11/2005. Desse modo, dá-se como demonstrada a **tempestividade** do presente recurso.

1.2 – PREPARO

O Agravante, por se tratar de Fazenda Pública Estadual, detém prerrogativa de **isenção geral** da realização de preparo recursal, nos termos do art. 511, § 1º do CPC.

1.3 – REGULARIDADE FORMAL

Cumpre-nos salientar, ainda, que o presente AGRAVO se encontra devidamente instruído com os documentos exigidos pelo parágrafo primeiro do art. 544 do CPC, quais sejam: cópias da decisão recorrida, da certidão de intimação da decisão recorrida, da petição inicial da ação, da procuração outorgada ao causídico da agravada, bem como de **todas as peças relevantes** que compõem o processo.

O Agravante está representado por Procuradora do Estado, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, o que dispensa a juntada de instrumento de mandato.

II – DOS FATOS

Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por LUCIANE SCHNEIDER VENDRAME – BALNEÁRIO DA COMPANHIA, no qual alega estar sendo prejudicada pela interdição do seu estabelecimento comercial, sem que lhe tenha sido assegurado o direito de defesa.

A Impetrante aduz promover e organizar festas, preenchendo todas as exigências legais para o seu funcionamento, “especialmente no que concerne às exigências relacionadas com a segurança”, tendo, para comprovar tal afirmação, anexado documentos que acredita servirem para tal fim, enquanto nada demonstram.

Alega que o Impetrado teria lavrado Termo de Interdição, sob o fundamento de que o referido estabelecimento teria infringido dispositivo da Lei Estadual 2.812/03 e Decreto Estadual nº 24.054/04.

Ressalta que tal procedimento teria ocorrido sem que lhe tivesse sido assegurado o exercício da ampla defesa e do contraditório, esculpidos no art. 5º, LV, da Carta Magna, razão que a teria levado a ingressar com o presente *mandamus*.

Contudo, conforme restará demonstrado, os fatos narrados pela Impetrante não condizem com a realidade, principalmente porque, ao contrário do que aduz, seu estabelecimento contém diversas irregularidades, e, antes de se aplicar a pena de interdição, foi observado todo o procedimento administrativo, nos termos legais, tendo lhes sido assegurados os direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Não obstante, Vossa Excelência houve por bem conceder a medida liminar, nos termos pleiteados.

III – DA DECISÃO AGRAVADA

Ao deferir a medida liminar pleiteada, o MM. Juiz plantonista *a quo* proferiu decisão nos termos seguintes:

" (...)

Assim, entendo demonstrados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, ensejando a concessão da liminar postulada na inicial do presente *writ*.

Isto posto, defiro a liminar postulada pela Autora, para determinar seja suspensa a interdição promovida pelo Impetrado, conferindo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para adequar-se às normas de segurança apontadas pela autoridade indigitada coatora."

Como se observa, o ilustre magistrado, ao proferir a decisão acima, acabou por reconhecer a existência das irregularidades que deram azo à interdição do estabelecimento, tanto que assinou prazo à parte impetrante para se adequar às normas de segurança.

Contudo, o que o MM. Juiz desconhecia – em decorrência de ter proferido decisão *inálida altera pars* e de

tal fato ter sido omitido pela Impetrante – é que o Corpo de Bombeiros já vinha notificando a parte impetrante, ora agravada, para sanar tais irregularidades desde março de 2005, sem que tivessem tomado qualquer providência, conforme atestam os documentos anexos.

IV – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PRESENTE RECURSO

IV. 1 - DA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADOS DA CONCESSÃO DA LIMINAR

IV. 1.1 – Da ausência do *FUMUS BONI JURIS*

IV.1.1.1 – Da Legitimidade do Corpo de Bombeiro Militar do Estado do Amazonas no Exercício do Poder de Polícia

Em princípio, é importante elucidar a natureza jurídica do Corpo de Bombeiro Militar do Estado do Amazonas, bem como suas atribuições, uma vez que a Impetrante parece desconhecer tais informações, sendo elas elementares para o deslinde do caso em tela.

O Corpo de Bombeiro do Estado do Amazonas, nos termos da Lei n.º 2.523/98, é órgão da Administração Direta do Poder Executivo do Estado do Amazonas, cuja organização encontra-se prevista na Lei n.º 2.538/99, que prevê, em seu art. 2º, as seguintes competências:

Art. 2º. Compete ao Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas, nos termos da legislação vigente:

I- realizar serviços de prevenção e extinção de incêndio;
(...)

IV- realizar atividades de segurança contra incêndio e pânico, com vistas à proteção de pessoas, de bens públicos e privados, incluindo a proteção de locais, o transporte, o manuseio e a operação de produtos perigosos;

Como se observa, o Corpo de Bombeiros é um órgão estadual, que tem por objetivo velar pela segurança pública contra incêndio e pânico.

Nesse contexto, faz-se imprescindível o esclarecimento de atributo primordial inerente ao ato ora atacado, praticado pelo Corpo de Bombeiros, qual seja, o exercício do Poder de Polícia que, segundo Helly Lopes Meirelles:

" ... é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual."¹

Assim, ao exercer o Poder de Polícia, o Corpo de Bombeiros do Estado do Amazonas está agindo em consonância com os mais estritos comandos legais, em respeito aos mandamentos constitucionais e normas de ordem pública, uma vez que prima pelo interesse social, com fundamento na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre as pessoas, bens e atividades.

IV.1.1.2 – Da possibilidade de aplicação da pena de interdição pelo Corpo de Bombeiros, em decorrência do exercício do Poder de Polícia

No exercício do Poder de Polícia, o Estado, por meio de órgão criado para tal fim, fiscaliza as atividades sujeitas ao controle da Administração, *in casu*, a **segurança da população contra incêndio e pânico em edificações áreas de risco.**

Quanto a esse meio de atuação, Hely Lopes assim descreve:

"... Deparando irregularidade ou infringência legal, o agente fiscalizador deverá advertir verbalmente o infrator

¹ In Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 123.

ou **lavar regularmente *auto de infração***, consignando a sanção cabível para sua oportuna execução pela própria Administração, salvo no caso de multa, que só poderá ser executada por via judicial.²

A brilhante administrativista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que:

"...Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Esse interesse público diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária, etc.³

No mister de desempenhar à contento sua atividade de fiscalização, o Estado necessita de meios coercitivos para forçar o cumprimento de ordens legais, sob pena de ineficiência do próprio poder de polícia, e é nesse contexto que surgem as **sanções dele decorrentes, como espécie das quais se destaca a interdição.**

Com vistas a demonstrar a legitimidade e regularidade da sanção aplicada, é imperioso destacar que a Lei n.º 2.812/03 (cópia anexa), que institui o Sistema de segurança contra Incêndio e Pânico em Edificações e Áreas de Risco, dispõe em seu art. 5º que:

Art. 5º - Constituem infrações:

I – não zelar pela manutenção de equipamentos de segurança contra incêndio e pânico;

² *Op. Cit.* p. 131.

³ *In Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.110

(...)

IV – instalar sistemas de proteção contra Incêndio e pânico em desacordo com as normas vigentes;

(...)

VII – deixar de utilizar equipamentos de proteção contra incêndio e pânico;

Ademais, o Decreto n.º 24.054/04 (cópia anexa), ao regulamentar a Lei acima referida, prevê, em seu art. 8º:

Art. 8º - Constituem medidas de segurança contra incêndio em edificações e áreas de risco:

(...)

XVIII - **hidrantes** e mangotinhos;

Na situação vertente, as especificações que exigem a instalação de sistema fixo de hidrante constam, inclusive, dos anexos do decreto regulamentador antes mencionado, o que não foi observado pelo estabelecimento impetrante.

Como decorrência até mesmo lógica da inexistência de sistema de hidrante como medida de segurança, tem-se que, por certo, **a edificação interditada não dispõe do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros – AVCB**, o que, por si só, já obstaría o funcionamento do estabelecimento comercial, conforme consignado nos Termos de Notificação, bem como do Auto de Interdição, a teor do art. 50 do Decreto n.º 24.054/04, *in verbis*:

Art. 50 – Quando o imóvel em construção não possuir projeto aprovado pelo CBMAM, ou quando o imóvel estiver **habilitado sem o AVCB válido**, o proprietário ou o responsável pela edificação será obrigado a cumprir, em prazo determinado, as exigências que lhe foram feitas mediante notificação.

Quanto às sanções administrativas nos casos de infrações, prevê o art. 6º do mesmo diploma legal:

Art. 6º - A prática de qualquer ato previsto nos termos do artigo anterior sujeita os infratores às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal cabíveis:

- I- multa;
- II- apreensão de equipamentos e produtos;
- III- embargo;
- IV- interdição.

Quanto aos trâmites a serem observados para a aplicação das sanções, tem-se o procedimento previsto art. 7º, que assim dispõe:

Art. 7º - Detectada qualquer das infrações previstas no art. 5º desta Lei, será o proprietário, ocupante ou responsável pelo imóvel notificado para que corrija as irregularidades encontradas no momento da fiscalização, em prazo determinado.

§1º - O prazo para correção das irregularidades será arbitrado entre 05 (cinco) a 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado desde que requerido, mediante prova de motivo justificável.

§2º - Findo o prazo definido na notificação, caso as irregularidades persistam, o agente fiscalizador aplicará as penalidades cabíveis.

No caso dos autos, conforme será adiante minudenciado, a impetrante foi notificada em 18 de março de 2005 para sanar as irregularidades, permanecendo inerte por mais de 6 meses, o que deu azo à aplicação de penalidade, nos termos do dispositivo legal acima transcrito.

A despeito de bastante nítida a possibilidade de aplicação da pena de interdição em decorrência do exercício do Poder de Polícia e de toda a legislação de regência estadual, com vistas a cancelar a questão, colaciona-se recentes posicionamentos jurisprudenciais, em casos bastante análogos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PELO CORPO DE BOMBEIROS. A imposição de multa por não apresentação de Plano de Prevenção de Incêndio e Pânico não exclui a possibilidade da medida preventiva de interdição do estabelecimento. Inteligência da Lei Estadual nº 10.987/07 e de seu Decreto regulamentador. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70006679658, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 02/09/2003)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO - LEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO - IMPOSSIBILIDADE DO EXAME DO SEU MÉRITO PELO JUDICIÁRIO - FUNCIONAMENTO EM DESACORDO COM OS LIMITES ESTABELECIDOS NO ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO - EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA EM DEFESA DA COLETIVIDADE POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70010075976, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 23/03/2005)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTO ALEGRE. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. TEAR ESPAÇO CULTURAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AMPARÁVEL VIA MANDADO DE SEGURANÇA. EMPRESA QUE EXPLORA ATIVIDADE COMERCIAL SEM DISPOR DE CARTA DE HABITAÇÃO E DE PRÉVIA LICENÇA MUNICIPAL, ENCONTRANDO-SE EM SITUAÇÃO IRREGULAR. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NO ATO PRATICADO PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA, NO EXERCÍCIO REGULAR DO SEU PODER DE POLÍCIA. SENTENÇA CONCESSIVA DA SEGURANÇA A MERECER REFORMA. APELAÇÃO PROVIDA. SEGURANÇA

DENEGADA. (Apelação Cível Nº 70010490548, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 18/05/2005)

IV.1.1.3 – Do respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa no procedimento de Interdição

Faz-se necessário demonstrar que as narrativas consignadas na peça vestibular não espelham a realidade dos fatos, sendo a omissão a característica principal dos argumentos ali deflagrados.

Conforme comprovado por meio dos documentos anexos, resta notório que à Impetrante, em diversas oportunidades, foi assegurado o contraditório e a ampla defesa, tendo a **Corporação dos Bombeiros, portanto, obedecido ao princípio do devido processo legal**, como se passa a demonstrar.

Primeiramente, é preciso destacar que, conforme salientado no tópico próprio, a Lei Estadual nº 2.812/04, regulamentada pelo Decreto 24.054/04, conferiu ao CBMAM o Poder de Polícia, donde pode advir a aplicação de sanções nos casos em que haja violação às normas ali constantes, inclusive, a **INTERDIÇÃO**.

Na situação vertente, foram constatadas diversas irregularidades no estabelecimento que veio a ser interditado, por infringência ao art. 5º, VII c/c art. 7º, I e II, da Lei 2.812/03 e art. 50 do Decreto nº 24.054/04.

Uma das exigências dos dispositivos citados é que, para a exploração das atividades a que se propôs – Casas do Show –, deve-se satisfazer determinados requisitos de ordem técnica, o que não foi cumprido, uma vez que, obstinadamente, a impetrante **resiste em não construir um sistema de hidrante fixo, obrigatório para Casas de Diversões com área construída igual ou superior a 750m² (setecentos e cinquenta metros quadrados).**

Portanto, é inquestionável que a interdição do estabelecimento tem respaldo e amparo legal.

Some-se que, no presente *writ*, a Impetrante não contesta a interdição em si, mas, apenas, o temerário argumento de que não lhe teriam sido assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

É de causar estranheza a afirmação, no sentido de que não lhe teria sido assegurado o contraditório e a ampla defesa, já que recebeu diversas notificações anteriores à interdição, sobre as quais se omite, o que dá margem, inclusive, a se questionar sua boa-fé no caso em apreço.

Como bem se observa, a partir dos documentos que ora se acosta aos autos, a impetrante vêm sendo notificada desde 18 de março de 2005, oportunidade em que recebeu o Termo de Notificação n.º 000026, instando-a a regularizar a inexistência de projeto aprovado pelo CBMAM, bem como a ausência de equipamento de projeto contra incêndio e pânico.

Ora excelência, as Notificações acostadas a esta peça comprovam que, à Impetrante, foi concedido, em duas oportunidades, prazo para adequação à legislação vigente, momento em que, concomitantemente, foram-lhe assegurados os direitos à ampla defesa e ao contraditório, previstos no art. 5º, LV, da CR/88.

Portanto, são totalmente inverídicas as afirmações contidas na exordial, pois, como se pôde perceber, durante mais de 6 (seis) meses a impetrante permaneceu silente e inerte diante das notificações que vinha recebendo e não adotou medidas para sanar as irregularidades apontadas.

Frente à situação exposta, outra medida não poderia ser tomada pelo Corpo de Bombeiros senão a interdição do estabelecimento, como garantia da segurança pública, no perfeito e correto exercício do poder de polícia.

Ressalta-se que, antes de se proceder à interdição do estabelecimento, efetuou-se nova vistoria técnica, conforme cópia anexa, onde novamente foram detectadas as irregularidades, autorizando a aplicação da sanção administrativa.

Ademais, é preciso se destacar também que a aplicação da pena de Interdição foi requisitada pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, por meio do Ofício n.º 340/05-62º PROURB (cópia anexa)

Portanto, I. Julgador, resta notório que, no caso vertente, foi oportunamente concedido, em diversas ocasiões, a oportunidade de a ora Agravada manifestar-se quanto às irregularidades do estabelecimento Interditado.

Note, Excelência, que o empresário deve proporcionar aos seus clientes diversão com segurança, observando, para tanto, todas as normas públicas que prezam por tal direito.

O que não se pode conceber é que se desenvolva atividade lucrativa, sem despendar o mínimo de gastos com equipamentos de segurança, colocando em perigo a incolumidade física dos seus clientes, freqüentadores da casa de show.

Portanto, já comprovado que a agravada teve assegurado, em diversas oportunidades, a possibilidade de manifestar-se quanto ao atendimento às exigências legais, resta demonstrar que, inexistindo ilegalidade ou abuso de poder, não assiste sequer qualquer resquício de direito que pudesse assegurar o deferimento da medida liminar, motivo pelo qual urge seja cassada sua eficácia, por meio do presente recurso.

IV. 1.2 – DA ausência do *PERICULUM IN MORA*

Com relação ao *periculum in mora*, de igual modo a Impetrante não o deixou demonstrado, tendo consignado apenas que “o perigo de demora, só trará prejuízos à Impetrante que, assim, terá baldado os seus esforços, correndo o risco de ter sua atividade comercial paralisada.”

Ou seja, apenas registrou a paralisação de sua atividade comercial – por culpa exclusivamente sua, em não observar as normas de segurança -, sem mencionar, em qualquer momento, que conseqüências isso acarretaria, além do óbvio prejuízo financeiro.

O MM. Juiz plantonista consignou que “ a impetrante, no exercício de suas atividades, emprega funcionários, além de artistas locais, que dependem do funcionamento do estabelecimento em tela, para o seu sustento e de suas famílias. Ademais, constitui opção de lazer para o público em geral, sobretudo de menor poder aquisitivo, fato notório, amplamente divulgado nos meios de comunicação local.”

Ora, com a devida vênia, tais assertivas não têm o condão de provar nenhum perigo de demora na apreciação do mérito da causa, primeiramente porque, quanto aos funcionários, não se imagina que os mesmos possam vir a suportar qualquer prejuízo decorrente da paralisação, uma vez que, na qualidade de empregados, seus salários não podem vir a sofrer qualquer redução em consequência da interdição a que deu causa o próprio empregador.

Quanto aos artistas locais e população que frequenta o estabelecimento interditado, também é fato público e notório que existem diversas outras casas de show na cidade onde os artistas podem trabalhar e as pessoas se divertirem, o que também desconfigura o perigo de demora.

Ademais, é preciso consignar que, ainda que os argumentos da agravada e do MM. Juiz plantonista procedessem – o que já se demonstrou não ser verdade - tais circunstâncias por certo deveriam ser sobrepostas pelo interesse público, que norteia o Poder de Polícia, *in casu*, voltado para a segurança da população.

Necessário registrar também que, ainda que houvesse *periculum in mora*, o ***periculum in mora* inverso se mostra bem mais acentuado**, tendo em vista que a liminar deferida, ao autorizar o funcionamento da casa de show, mesmo em desacordo com as normas de segurança – o que foi indubitavelmente reconhecido na concessão da liminar, ao se assinar prazo para serem sanadas as irregularidades – **expõe a perigo centenas de pessoas, que regularmente frequentam o estabelecimento, na hipótese de vir a ocorrer algum acidente.**

Desse modo, ***data venia***, para que se preserve o primado da justiça e Vossa Excelência há de revogar, incontinenti, a liminar deferida, por ausência de seus requisitos autorizadores.

V – DA NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO

Por outro lado, para que se evite a produção de danos irreparáveis ou de difícil reparação à Agravante, é imprescindível que seja atribuído EFEITO SUSPENSIVO à decisão agravada, conforme permitem os arts. 527, inc. II, e 558, ambos do CPC, que assim dispõem:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, se não for o caso de indeferimento liminar, o relator:

I – (omissis);

II – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558, comunicando ao juiz tal decisão);

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão de grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Conforme se percebe, é relevante a fundamentação do presente recurso, eis que fundada, principalmente, na ocorrência de *periculum in mora* inverso, sendo possível a atribuição de EFEITO SUSPENSIVO à decisão agravada.

Acaso não seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, a Agravante experimentará danos graves e de difícil reparação, uma vez que a decisão agravada determinou a suspensão de interdição, levada a efeito pelo Corpo de Bombeiros, diante da recusa da parte agravada

em efetuar a adequação do estabelecimento às normas de segurança, expondo a perigo a vida de diversas pessoas que freqüentam a casa de show.

VI – DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, demonstrada a juridicidade da presente pretensão recursal, requer-se a Vossas Excelências:

1) Seja atribuído **EFEITO SUSPENSIVO** ao presente agravo, suspendendo-se os efeitos da decisão agravada;

2) Ao final, que seja dado **integral provimento** ao presente recurso de agravo de instrumento, para **reformular** a decisão agravada.

Em atendimento ao disposto no art. 524, inc. III, do CPC, eis os nomes e endereços completos dos advogados que atuam nos autos em que foi prolatada a decisão agravada:

1) Advogada do Agravante: Karla Brito Novo – Procuradora do Estado do Amazonas (Procuradoria Geral do Estado – PGEAM), sito na Rua Emílio Moreira, 1308 – Praça 14 de Janeiro, nesta Capital;

2) Advogado da Agravada: Marcelo Campos Schröder – OAB/AM n.º 2.499, que pode receber as comunicações processuais na Rua Lobo D’Almada, n.º451 - Centro, nesta Capital.

Nesses termos, pede provimento.

Manaus (AM), 20 de outubro de 2005.

KARLA BRITO NOVO

Procuradora do Estado do Amazonas

**EXMº SR. DR. JUIZ DO TRABALHO DA MM. 8ª VARA DO
TRABALHO DE MANAUS/AM**

Processo nº R-02623/2005-008-11-00

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, com sede à rua Emílio Moreira, 1308 – Praça 14 de Janeiro, onde receberá as devidas notificações, através da sua procuradora infra-assinada, cópia do Decreto de nomeação anexo, vem, *in oportuno tempore*, perante V. Exa., nos autos da Ação Civil Pública, processo epigrafado, em que é autor o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**, apresentar

CONTESTAÇÃO

fazendo-o pelos motivos de fato e de Direito que ora passa a escandir.

I – BREVE RESUMO DA DEMANDA

O Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública em face do Estado do Amazonas, em virtude de lesão a direitos trabalhistas e violação ao princípio constitucional do prévio concurso público para o ingresso de servidores na Administração Pública, noticiado por ocasião da greve dos agentes penitenciários do presídio do Puraquequara.

Através de representação oferecida ao MPT pelo SINDJUSC – Sindicato dos Agentes Penitenciários e Servidores da Secretaria de Estado da Justiça, Direitos Humanos e Cidadania, foi informado que os serviços da administração dos presídios eram terceirizados.

Nos autos do procedimento preparatório, a SEJUS alegou que a terceirização dos serviços decorreu de situação

emergencial, autorizada pela PGE e reconhecida pela Comissão Geral de Licitações, argumentando que a contratação da CONAP ocorreu através de um sistema de co-gestão, em que a titularidade na gestão do serviço de segurança pública permaneceria com o Estado do Amazonas.

Não acolhendo as justificativas apresentadas, o *Parquet* interpôs a presente Ação Civil Pública, que teve por base dois fundamentos: primeiro, o fato de ter o Estado do Amazonas realizado contrato de terceirização para administração dos serviços no sistema prisional; segundo, a contratação de trabalhadores temporários para trabalhar nos presídios, nos termos do inciso IX, do art. 37, da CF/88.

Diante disso, o Ministério Público do Trabalho, além de pleitear a condenação do Estado do Amazonas ao pagamento da quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a título de reparação pelo dano moral coletivo, pleiteia, ainda, a concessão de tutela jurisdicional específica, na forma de declaração de nulidade de todas as contratações temporárias para os cargos do sistema prisional; imposição ao réu de abster-se de contratar novos trabalhadores sem a prévia aprovação em concurso público e a determinação do afastamento imediato de todos os atuais trabalhadores contratados em desacordo com o inciso IX, do art. 37, da CF/88, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por trabalhador, a ser revertido ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

A pretensão do MPT, entretanto, não pode ser acolhida, sob pena de grave violação às regras jurídicas vigentes, como se demonstrará a seguir:

II – DAS PRELIMINARES

II. 1 – DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – Art. 114, da CF/88:

a) para apreciar matéria que envolve terceirização dos serviços no sistema prisional:

O Contestante, por intermédio da Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos, realizou um contrato de terceirização para a administração das unidades prisionais do Estado do Amazonas, mediante processo de co-gestão administrativa, com o objetivo de conjugar esforços para minimizar os problemas que atravessa o sistema prisional no Estado do Amazonas.

A relação jurídica que se formou entre o Estado e as empresas contratadas é, sem sombra de dúvida, uma relação jurídica de natureza administrativa, que escapa da seara de competência dessa Justiça laboral.

A competência dessa Justiça Especializada então fixada pelo art. 114, da Constituição da República, limitou-a ao processamento e julgamento dos dissídios entre trabalhadores e seus empregadores. O contrato levado a efeito pelo Contestante e as empresas terceirizadas não induz a uma relação de emprego entre os empregados desta e o Estado do Amazonas, devendo, assim, qualquer litígio derivado dessa relação ser dirimido pela Justiça Comum.

Desse modo, falece competência à Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a questão, porquanto não cuida a hipótese ora apresentada, de dissídio individual ou coletivo entre trabalhadores e empregadores, assim como, também não trata de forma específica, de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

b) para apreciar matéria referente a contratação por tempo determinado, nos termos do art. 37, IX, da CF/88:

Todas as contratações temporárias para o sistema prisional foram levadas a efeito com base na **Lei Estadual nº 2.607/2000**, que dispõe sobre a contratação de pessoal para atender as necessidades temporárias de excepcional interesse público, nos exatos termos do **art. 37, IX, da CF/88**.

Assim, diante do vínculo de natureza administrativa que exsurge entre as partes envolvidas nessa relação jurídica, outra conclusão não se pode chegar de que a Justiça do

Trabalho é absolutamente incompetente para apreciar e julgar *ratione materiae* a presente causa.

Convém destacar, por oportuno, que o raciocínio ora exposto em nada se alterou com o advento da EC nº 45/2004, que veiculou a chamada reforma do Poder Judiciário e deu a seguinte redação ao art. 114, da CF/88:

Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(... omissis)

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

A vaga expressão “relação de trabalho” utilizada no inciso I, aliada à inclusão das relações jurídicas estabelecidas com os entes de Direito Público da Administração Estadual, permitiu o surgimento de uma corrente que se apressou em manifestar opinião no sentido de que a competência da Justiça do Trabalho havia sido estendida, no ensejo da Reforma do Judiciário, de modo a abranger inclusive as ações aforadas por servidores públicos, seja qual for o regime.

A discussão propiciada pelo surgimento de tal interpretação culminou a propositura, por parte da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.395, obtendo concessão de liminar pelo Exmo. Sr. Ministro do STF, Nelson Jobim, por meio da qual se exprimiu em síntese, que:

“ (...) A não inclusão do enunciado acrescido pelo SF em nada altera a regra jurídica contida na regra. (...). Não há que se entender que a Justiça Trabalhista, a partir do Texto Promulgado, possa analisar questões relativas a servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais

a eles pertencentes, regidos que são pela lei 8.112/90 e pelo Direito Administrativo, são diversos dos contratos de trabalho regidos pela CLT. (...). Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e da ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito "ex tunc". Dou interpretação conforme ao inc. I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/04. Suspendo, "ad referendum", toda e qualquer interpretação dada ao inc. I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/04, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a ... ' apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ela vinculados por típica relação de ordem... "

Tal decisão, vale salientar, exclui, de forma absoluta e peremptória, qualquer possibilidade de se considerar a Justiça do Trabalho competente para julgar conflitos de interesses entre servidores regidos pelo Regime Especial – Lei 2.607/2000 e a Administração Pública. É que a mesma, como é sabido, possui **eficácia vinculante**, conforme expressa disposição do art. 102, § 2º, da CF:

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A conclusão que se impõe, portanto, é a de que o cancelamento da OJ 263 da SDI-I, do TST, não tornou a Justiça do Trabalho competente para apreciar todo e qualquer conflito de interesses entre agentes públicos e o Ente administrativo a que ele se vincula, mas apenas quando houver alegação de descaracterização, com surgimento de relação de emprego.

Desse modo, está fora da competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de questões envolvendo supostos

danos de natureza transindividual, pela realização de contratos de terceirização de serviços ou de contratação temporária nos termos da Lei nº 2.607/2000, por tratarem-se de matéria que deve ser analisada a luz do Direito Administrativo. De igual forma, também é incompetente para apreciar os critérios de conveniência ou oportunidade da Administração Pública para a realização de concurso público, para o preenchimento de cargos na administração pública, pois tal matéria também encontra-se na seara do Direito Administrativo, atraindo, via de consequência, a incompetência dessa Justiça Laboral para apreciar a presente ação.

Diante do exposto, espera o Contestante que seja reconhecida a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito, determinando-se a remessa dos autos a Justiça Comum Estadual, na forma do art. 113, § 2º, do CPC.

II. 2- DA CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - PERDA DO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (art. 267, inciso VI, c/c art. 295, III e 301, X, todos do CPC):

No que tange as condições da ação, o legislador pátrio adotou a teoria do trinômio, ou seja, o interesse processual, a legitimidade para agir e a possibilidade jurídica do pedido. Faltando qualquer uma dessas condições, estará caracterizada a carência da ação.

Segundo a doutrina, o interesse processual, como uma das condições da ação se compõe de dois aspectos, ligados entre si, que se traduzem no binômio necessidade-utilidade ou necessidade-adequação, pois sempre que se estiver diante da propositura da ação inadequada, se estará, também, diante da inutilidade do pedido para os fins que se objetiva alcançar.

O interesse processual se verifica sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação e, (conseqüentemente instaurar o processo) para alcançar o

resultado que pretende, relativamente a sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático. Essa necessidade tanto pode decorrer de imposição legal quanto da negativa do réu em cumprir espontaneamente determinada obrigação ou permitir o alcance de determinado resultado.”¹

As condições da ação constituem-se matéria de ordem pública a respeito da qual o juiz deve pronunciar-se *ex officio*, a qualquer tempo e grau de jurisdição. Se o autor carecer de interesse processual, o juiz deve indeferir a petição inicial (CPC 295, III).

Existentes as condições da ação no momento da sua propositura, mas faltante uma delas no curso do procedimento, há carência superveniente, ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Conforme informação dada pelo ínclito Secretário de Estado da Justiça e Direitos Humanos, todos os Contratos Temporários firmados pela administração pública para a prestação de serviços nas unidades prisionais do Estado já foram rescindidos, conforme documentação que ora carreamos aos autos.

Assim, considerando que a presente Ação Civil Pública tem por objeto a declaração de nulidade das contratações temporárias para os cargos do sistema prisional e o afastamento imediato de todos os atuais trabalhadores contratados em desacordo com a previsão contida no inciso IX, art. 37, da Constituição da República, e, considerando, que esses pedidos encontram-se prejudicados diante do término de todas as contratações temporárias, requer o contestante seja o autor considerado carecedor do direito de ação pela falta de interesse processual, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues *et Alii*. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1, p. 130.

III – DO MÉRITO;

A) – DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É fato inconteste que a Administração Pública vem, pouco a pouco, adotando um modelo gerencial, ou seja, deixando de assumir a posição de prestadora de serviços para, através da desestatização, passar a gerenciar a prestação desses serviços, fiscalizando e controlando atividades transferidas a terceiros, dentro de políticas públicas previamente estabelecidas pelo Estado.

Dentre esses modelos, encontra-se a terceirização, que pode assumir duas formas: a de prestação de serviços públicos ou de fornecimento de mão-de-obra. Sabe-se, entretanto, que inexiste em nosso direito pátrio, instrumentos normativos que disciplinem, de forma consolidada, a terceirização de serviços públicos, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o preenchimento dessas lacunas.

Assim, observa-se que, ao longo dos anos, a terceirização vem se implantando no âmbito da Administração Pública, conceituada por Wilson Alves Polônio, como sendo um: ***"processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originariamente seriam executadas dentro da própria empresa"*** Continua o citado autor, que a terceirização tem como objetivo ***"a liberação da empresa da realização de atividades consideradas acessórias (ou atividades-melo), permitindo que a administração concentre suas energias e criatividades nas atividades essenciais"***²

² POLÔNIO, Wilson Alves. *Terceirização: Aspectos legais, trabalhistas e tributárias*. São Paulo: Atlas. 2000. p.97.

³ POLÔNIO, Wilson Alves. *Terceirização: Aspectos legais, trabalhistas e tributárias*. São Paulo: Atlas. 2000. p. 98.

Segundo o renomado autor Sérgio Pinto Martins: *"envolve a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta serviços, à atividade-meio de outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando mútua e complementariedade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para colocá-los no mercado. A complementariedade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer"*⁴.

Com relação à terceirização dos presídios, o autor retro citado assim destaca: "que o Estado, ao fazer terceirização, reduzirá a burocracia estatal, procurando desenvolver apenas a atividade em que é especializado, deixando atividades secundárias nas mãos do particular, que é mais eficiente. Mostra também uma forma de realocação de receitas para o cumprimento das reais responsabilidades, do Estado, com a diminuição de custos. O Estado acompanhará a terceirização mediante contrato de gestão com o terceirizado, de modo a fiscalizá-lo e verificar se o serviço está sendo feito corretamente e em prol da comunidade".

Vale destacar que a terceirização do serviço público, em âmbito federal, teve suas raízes no Decreto-lei nº 200/67, que dispunha no § 7º, do art. 10, *verbis*:

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

§ 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 23.

área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Em âmbito federal, conclui-se que a contratação pela Administração Pública de empresas para prestação de serviços públicos, é perfeitamente válida.

A Lei 8.666/93, que disciplina as licitações e contratações públicas, permite que obras e serviços sejam prestados por execução direta ou indireta, que *in casu* pode incluir-se a terceirização.

Ressalte-se, que a Constituição Federal não abriga qualquer disposição que vede tal tipo de negócio jurídico, e por via de consequência, inexistente lei ordinária que proíba semelhante operação.

Diante dessa interpretação legal, e visando equacionar os problemas encontrados no sistema prisional de nosso Estado, a Comissão de Gestão Emergencial do Sistema Penitenciário do Estado do Amazonas, sugeriu, após estudo pormenorizado da situação, a adoção do sistema de co-gestão administrativa através de contratos de terceirização nos Complexos Anísio Jobim e Puraquequara.

Tais providências se faziam urgentes, diante do quadro caótico em que se encontrava o sistema prisional do Estado, conforme largamente noticiavam os jornais locais, comprovado pelas inúmeras rebeliões, fugas e assassinatos dentro dos presídios, causando um clima de temor e insegurança para toda a sociedade.

Esse modelo de co-gestão adotado pela Contestante, não teve por fim substituir a atividade precípua da Administração Pública, vez que o Estado manteve a titularidade da direção dos serviços de segurança pública, qual seja, a responsabilidade pela política e fiscalização dos presídios.

Acerca da possibilidade de gestão dos estabelecimentos prisionais por entidade privada, é oportuno destacar a observação feita pelo autor Júlio Fabrini Mirabete, ao abordar o tema "A privatização dos estabelecimentos penais diante da lei de execução penal", *ipsis litteris*:

"As demais atividades administrativas, ou seja, não jurisdicionais, que são de ordem administrativa mas apenas de execução material, podem ficar a cargo de órgãos oficiais ou de particulares; por força da própria Lei de Execução Penal, aliás, cabe ao Patronato particular não só orientar os condenados à pena restritiva de direitos, como fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade de limitação de fim de semana e colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional, atividades marcadamente administrativas. Cabe ao Conselho da Comunidade visitar os estabelecimentos penais, entrevistar os presos, apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário, diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para assistência ao preso ou internado, etc., funções também revestidas do mesmo caráter administrativo. Também, como já foi visto, a iniciativa particular é admitida tanto no trabalho interno como no trabalho externo do condenado à pena privativa de liberdade, no tratamento médico, farmacêutico e odontológico, na execução das penas de interdição temporária de direitos etc. Pode-se, porém, estender à participação de entidades privadas a outras atividades administrativas, de natureza meramente material, que hoje estão a cargo de órgãos oficiais e que, muitas vezes, não são executados por dificuldades de ordem material ou humana. Nada impede que lei federal ou estadual, por instrumento hábil (delegação, concessão, permissão ou privatização) encarregue uma pessoa jurídica de direito privado de exercê-la para promover a execução material das penas. (...)

Não há dispositivo que vede a possibilidade de gerência e operação material dos estabelecimentos penais ser exercida por entidade privada. Em nenhum momento a lei federal dispõe que o diretor e os servidores devam ser obrigatoriamente servidores públicos. Embora se refira a "pessoal administrativo", deve-se entender que essas funções podem ser exercidas por particulares, de entidade privada,

quando se trata de atividades de mera execução material da pena (vigilância, instrução técnica, trabalho, assistência, etc) (grifei)

B) DA LEGALIDADE DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS NOS TERMOS DO ART. 37, IX, CF/88:

A Constituição Federal disciplinou a contratação por tempo determinado no art. 37, inciso IX, que assim dispõe:

"Art. 37 (...)

..."

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

Nesses termos, o legislador estadual se baseou para editar a Lei Estadual nº 2.607/2000, que atualmente trata das contratações temporárias.

Por oportuno, convém ressaltar que em 25.08.2004, o plenário do STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.068, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal – PFL, por maioria de votos, considerou constitucional a Lei nº 10.843/04, que autorizou contratações temporárias no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

A maioria do plenário seguiu a linha de raciocínio do Ministro Eros Graus, que entendeu que o inciso IX do art. 37, da Constituição Federal "não separa de um lado atividades em caráter eventual, temporário ou excepcional e de outro lado atividades de caráter regular e permanente. Não autoriza exclusivamente a contratação por tempo determinado de pessoal que desempenha atividades de caráter eventual, temporário ou eventual. Amplamente autoriza contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, em uma e outra hipóteses". (grifei)

Segundo o Ministro Eros Graus, não existe discriminação, pois a autorização que se encontra no texto constitucional é ampla. Ele explicou que, no caso, o que se pretende é suprir a carência de pessoal temporariamente, enquanto é criado o quadro de pessoal permanente no CADE.

Verifica-se, assim, que a jurisprudência já vem caminhando no sentido de reconhecer a legalidade das contratações temporárias, inclusive, para atividades que se constituem nas finalidades essenciais do órgão, inobstante, como já ressaltado, inexistir norma legal estabelecendo qualquer vedação nesse sentido.

C) DA CONDENAÇÃO AO ESTADO DE ABSTER-SE DE CONTRATAR TRABALHADORES TEMPORÁRIOS NOS TERMOS DO ART. 37, IX, CF/88:

O Administrador Público ao contratar servidores mediante contratação temporária o está fazendo acobertado pelas regras constitucionais vigentes, que dão respaldo a tais atos.

Deve-se asseverar que as contratações temporárias tem por escopo o art. 37, IX, da CF/88 e na Lei Estadual nº 2.607/2000, que dispõe sobre a contratação para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Caso atendido tal pedido, estará esse Poder Judiciário interferindo ilegalmente no Poder Executivo, que ao contratar servidores mediante contratação temporária o está fazendo acobertado pelas regras constitucionais vigentes, que dão respaldo a tais atos.

Essa postulação violadora do princípio preconizado por Montesquieu é constatada quando se percebe que o provimento jurisdicional pretendido adentra na seara de competências atribuída ao Administrador Público, momento, porque ao contratar servidores mediante contratação temporária o está fazendo acobertado pelas regras constitucionais vigentes, que dão respaldo a tais atos.

Na hipótese desse r. Juízo deferir os pleitos formulados pelo MPT, restará por violado, ainda, os seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 5º (...)

...

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

...

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer."

Da mesma forma, contesta os demais pleitos referente a cominação de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), por trabalhador contratado sem concurso público, e a imposição de realização de concurso público.

Tal pedido carece de plausibilidade jurídica, pois somente ao Estado cabe avaliar sobre a conveniência e oportunidade da realização de concurso público, que se constitui em ato discricionário do Administrador Público.

O controle da legalidade, que compete ao Poder Judiciário, está limitado à análise da legalidade na realização de tal ato discricionário, quando eivado de nulidade. No dizer de Hely Lopes Meirelles "o que o judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração."⁵

Nesse sentido é a Súmula nº 473, do STF, a seguir transcrita:

"A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, apreciação judicial".

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 99-100.

Acerca da matéria, assim se manifesta Maria Silvia Zanella Di Pietro: "Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado pelo legislador; este ao definir determinado ato intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí porque não pode o poder judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência, que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto."⁶

Tal pedido, *data máxima vênia* se revela improcedente pelo fato de ter como objeto um provimento jurisdicional que se constitui numa afronta aos princípios constitucionais da Separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Carta Magna, vez que extrapolaria os limites da função judicante, pois, na hipótese de ser julgada procedente a ação, se estará invadindo a seara da competência atribuída ao Administrador Público.

Além da discricionariedade da escolha administrativa, há que se questionar a legitimidade de pretensões que buscam colocar o Poder Judiciário como substituto do Poder Executivo, notadamente em face da ausência de capacidade técnica ou operacional para fazer escolhas públicas relativas à consecução de seus objetivos, com grave repercussão no sistema de "cheks and balances" que norteia o relacionamento entre os poderes.

Diante das argumentações ora expendidas, conclui-se que a Ação Civil Pública ora interposta, objetiva pleitos que violam o princípio constitucional da Separação dos Poderes,

⁶ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas. 1999. p.202.

porque inadmissível é haver a interferência de uma Autoridade Judicial em matéria constitucionalmente afeta às Autoridades Administrativas, razão pela qual se impõe a necessidade de se julgar improcedente a ação, sob pena de transgredir expresso dispositivo constitucional.

D) DO DANO MORAL COLETIVO:

O MPT pleiteia através da presente Ação Civil Pública a condenação do Estado do Amazonas à indenização por danos morais aos direitos difusos e coletivos de toda a coletividade, na ordem de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Fundamenta sua pretensão, no art. 1º, IV da Lei nº 7.347/85, que permite a utilização desse instrumento para a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Deve-se observar que, assim como o Administrador Público encontra-se vinculado aos ditames da lei, também está o órgão jurisdicional que exerce o controle sobre os atos administrativos. Segundo observa Carlos Ari Sundfeld, *"a atividade jurisdicional é, igualmente, desempenhada 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 sobre a hipótese concreta"*.⁷

O Poder Judiciário, no desempenho de sua atividade, atua apenas como legislador negativo, ou seja, a ele não é permitido atuar como criador de normas jurídicas, ainda que essa criação decorra de uma mudança textual de norma já existente, pois a tanto equivaleria atuar como legislador positivo.

Mesmo em sede de interpretação constitucional, seara em que avulta em importância a interpretação conforme a Constituição, não é dado ao Poder Judiciário, inclusive ao STF, atuar como legislativo positivo. Nesse sentido e com bastante propriedade, manifesta-se o autor ALEXANDRE DE MORAES, *verbis*:

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.162

"Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a Constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a constituição"⁸.

Atualizando a obra de HELY LOPES MEIRELLES, destacou ARNOLDO WALD⁹ que "o uso desenfreado dos novos remédios pode ameaçar a manutenção da ordem jurídica e impedir o bom funcionamento da Administração, da Justiça e da Economia. Já o insuspeito defensor das instituições democráticas e dos remédios processuais de maior densidade que foi o Prof. Hely Lopes Meirelles teve o ensejo de salientar, há alguns anos atrás, na presente obra, que a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Poder Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforma em instrumento de vindicta partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa a proteger".

Segundo o autor, a lição de Hely Lopes Meirelles aplica-se perfeitamente à atual utilização da ação civil pública na prática forense, como, aliás, demonstrou, em excelente artigo, intitulado "Ação Civil Pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público", o eminente prof. Rogério Lauria Tucci, Professor Titular de processo na Faculdade de Direito da USP¹⁰.

⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.45-46.

⁹ WALD, Arnoldo. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de Injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 213.

¹⁰ Ob. Cit.p. 213.

Examinando a recente evolução jurisprudencial das ações civis públicas, o prof. ARNOLDO WALD menciona a existência de quatro aspectos que merecem um exame especial, dentre os quais a utilização de ações civis públicas intentadas com base na equidade, sem respaldo legal, caracterizando o pedido juridicamente impossível e a improbidade da ação.

O citado mestre, mencionando CALAMANDREI, lembra que "a função do Poder Judiciário consiste em fazer observar em concreto as normas jurídicas existentes" ou, na lição Kelseniana, consiste no ato de julgar, o que envolve: a) estabelecer a existência de um ato qualificado como antijurídico civil ou penal, por uma norma jurídica aplicável ao caso e; b) aplicar a sanção civil ou penal prevista em lei. Vale dizer, o ato jurisdicional não é inovativo.

Nesse sentido, vale destacar o pronunciamento do então Procurador-Geral da República, e hoje Ministro do STF, SEPÚLVEDA PERTENCE, no Conflito de Atribuições nº 35, que "não basta o equipamento processual para viabilizar a proteção daqueles interesses sociais que, sem lei, que os converta em direitos coletivos, o juiz entenda merecedores da proteção, ou, o que é pior, contra lei que os proteja em determinada medida"¹¹.

A conclusão que se extrai, portanto, é de que somente em virtude de normas expressas de Direito Substantivo é que pode ser proposta a ação civil pública, não podendo se extravasar esses limites, sob pena de deturpação do instituto.

No presente caso é justamente o que se verifica, pois o direito à indenização por dano moral coletivo, ora pleiteada, não decorre diretamente do simples reconhecimento da existência da classe dos interesses difusos e coletivos. Faz-se necessária a existência de previsão legal estabelecendo, em especial, as hipóteses de sua configuração, sob pena de ser ele convertido em apanágio para todos os males, como

¹¹ "Apud" MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. Cit. p.217.

instrumento apto a defender toda e qualquer ofensa à ordem jurídica, já que a todos interessa o respeito a esta.

Vale reproduzir a advertência de JAIME SANTOS BRIZ, no sentido de que '... no puede hablarse de responsabilidad contractual ni extracontractual si no se há causado um dano a alguien'¹², pois de nada adianta dizer que houve violação ao ordenamento, ou mais especificamente, a um dever jurídico pré-existente, pois isto é suficiente somente para caracterizar a culpa. O dano, i.e. a lesão a um interesse juridicamente tutelado, deve ser demonstrado em sua verificação e repercussão, para que assim tenha nascimento o dever de indenizar.

Caso contrário, a obrigação de indenizar estaria sendo desvirtuada de sua real finalidade, que consiste em proporcionar uma compensação ao prejudicado, que em virtude de certos erros, sofreu um dano econômico.

A falta de qualquer parâmetro legal que permita inferir a existência concreta de um dano, induz ao entendimento de que o pedido não pode prosperar, até porque outros instrumentos existem para inibir a violação ao ordenamento jurídico trabalhista, com especial destaque para o papel fiscalizador das Delegacias Regionais do Trabalho.

E) DO PEDIDO LIMINAR E DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Impende sopesar que as medidas pleiteadas a título de antecipação de tutela são inteiramente desnecessárias e inadequadas a salvaguarda dos interesses jurídicos que se pretende tutelar.

O interesse processual, enquanto condição da ação, está a exigir que todos os provimentos jurisdicionais solicitados ao Poder Judiciário representem medidas aptas a tutelar os interesses jurídicos tidos como violados, o que se manifesta

¹² BRIZ, Jaime Santos. *La Responsabilidad – derecho Sustantivo y derecho Procesal*. Madrid: Montecorvo, 1977. p. 123.

na necessidade de que a tutela jurisdicional pretendida seja necessária e adequada, traduzindo conseqüências potencialmente úteis para aqueles que a requerem.

Dentro dessa ótica, cumpre observar que a imposição, em detrimento da Fazenda Pública Estadual, das multas diárias pretendidas pelo Ministério Público do Trabalho é medida que nenhuma utilidade prática traria à coletividade, ao contrário, a imposição dessas multas afrontaria visivelmente o interesse público, posto que, na suposta intenção de tutelar interesse social, estar-se-ia, na verdade, utilizando-se de medidas que restarão por violar os interesses coletivos, pois desfalca a Fazenda Pública de recursos que poderiam ser utilizados para o atendimento das necessidades coletivas.

A Lei nº 8.437/92, conhecida como a Lei das Medidas Cautelares contra o Poder Público, cuja aplicação ao instituto da antecipação de tutela é determinada pela Lei nº 9.494/97, prescreve em seu art. 1º, § 3º, que:

“Art. 1º - Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

(...)

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

O Superior Tribunal de Justiça, louvando-se do disposto no § 3º, do art. 1º da Lei nº 8.437/92, utilizando-o para fundamentar a existência de grave lesão à ordem jurídica, deixou assentado, quando do julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 908-RJ, rel. Min. PAULO COSTA LEITE, que:

“Além do mais, importa ressaltar, agora relativamente à ordem jurídica, também compreendida no conceito de ordem pública

(vide STF, SS nº 1.657-RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO), que o Juiz Federal prolator da decisão impugnada não observou a vedação legal de concessão de medida liminar em ação civil pública que "esgote, no todo ou em parte", o objeto da ação (art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92).

Basta ler os pedidos formulados a título de medida liminar e do pedido definitivo feitos pelo Ministério Público do Trabalho na petição inicial da ação civil pública **para que se verifique a coincidência absoluta entre os dois requerimentos.**

"Postula, ainda o Ministério Público Federal, seja julgada procedente a presente Ação Civil Pública, para confirmar a medida liminar (...) (fls. 67).

Dúvida não há, portanto, que a decisão que deferiu o pedido de medida liminar ao autor da ação civil pública esgotou o objeto mesmo daquela ação, de forma que ficou desrespeitado o disposto no art. 1º, § 3º, da lei nº 8.437/92, causando, por isso, grave lesão à ordem pública (ordem jurídica)."

Verifica-se, no caso vertente, idêntica situação, pois há perfeita identidade entre os pedidos formulados a título de liminar e de provimento final, sendo certo que a decisão que acolhe pretensão desse jaez, por esbarrar no retro mencionado óbice legal e, assim, acarretar grave lesão à ordem pública (ordem jurídica), deve ser rechaçada por esse r. juízo.

IV – DOS PEDIDOS:

Ex positis, o Estado do Amazonas REQUER que V.Exª acolha a presente manifestação, e assim:

a) seja reconhecida a incompetência da Justiça do Trabalho para emitir pronunciamento acerca dos contratos de terceirização e contratação temporária, realizados pelo Estado do Amazonas; sendo os autos remetidos ao juízo competente;

b) seja declarada a carência de ação, pela falta de interesse processual, sendo o processo extinto sem julgamento

do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, c/c o art. 295, inciso III e 301, inciso X, todos do CPC;

c) Na hipótese de serem rejeitadas as preliminares suscitadas, que os pedidos formulados na presente ação civil pública sejam julgados improcedentes, com as cominações de estilo.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, sem exclusão de nenhuma que possa convir ao Estado do Amazonas.

Manaus, 16 de junho de 2005.

SIMONETE GOMES SANTOS
Procuradora do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DO
MANDADO DE SEGURANÇA N. 13453/2005-003-11-00 DO EGRÉGIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª. REGIÃO**

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, com sede na rua Emilio Moreira, 1308 – Praça 14 de Janeiro, por meio dos Procuradores que subscrevem, nos termos do art. 181, III, do Regimento Interno desse Egrégio Tribunal, do Enunciado n.º 04 da Súmula do C. TST e do Decreto-Lei n.º 779, de 21.08.69, interpor

AGRAVO REGIMENTAL

contra decisão proferida pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator do mandado de segurança em epígrafe, a qual defere – apenas em parte – o pedido de liminar formulado, fazendo-o pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

I. DA SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Agravante contra liminar concedida pela MM. Juíza da 3.ª Vara do Trabalho de Manaus nos autos da ação civil pública que lhe movem o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Federal, tendo como litisconsortes passivas as cooperativas médicas qualificadas nos autos.

A decisão de primeira instância determinou que o Agravante:

- a) abstenha-se de contratar trabalhadores através de novas cooperativas de mão-de-obra, para exercer atividades de cargos, empregos ou funções na Administração Pública Estadual na área da saúde, não se eximindo, contudo, de continuar prestando estes serviços à população, devendo,

no entanto, comunicar a este Juízo, doravante, as formas de contratações a serem adotadas, as quais, a critério deste Juízo e ouvido o *parquet*, poderão ou não ser aceitas, em razão do princípio da continuidade e essencialidade do serviço público e a excepcionalidade da situação;

b) deverá ainda o Estado-réu se abster de terceirizar atividades ou serviços da área da saúde, através de Cooperativas de mão-de-obra, devendo rescindir, no prazo máximo de 24 meses, a contar da citação da presente ação, todos os contratos celebrados com as Cooperativas rés, empreendendo os procedimentos legais necessários à realização de Concurso Público (no mesmo prazo acima determinado), em obediência ao art. 37, Inciso II da Constituição Federal, para a seleção dos profissionais nas várias especialidades (tanto médicos, quanto enfermeiros), no sentido de preencherem tantas vagas quantas forem apuradas na área da saúde, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência do próprio Estado-réu, circunstâncias estas necessárias à substituição dos serviços executados na referida área, hoje desenvolvidos pelos profissionais associados às Cooperativas rés;

c) em se tratando na espécie de imposição de obrigação de fazer e não fazer, no caso de descumprimento das determinações contidas nas alíneas "a" e "b" desta Liminar, desde já fica arbitrada a multa diária (arts. 461 e 644 do CPC), no valor de R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS, revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador-FAT. Instituído pela Lei no. 7998/90, nos termos do artigo 13, b da Lei Federal no. 7347/85..."

Considerando a irrecorribilidade e a manifesta ilegalidade da decisão, por contrariar não só entendimentos jurisprudenciais, mas também textos expressos de lei, o Agravante impetrou o presente mandado de segurança.

Entretanto, o Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Relator concedeu apenas em parte a liminar requerida pelo ora Agravante.

II. DA DECISÃO AGRAVADA

Ao apreciar o mandado de segurança interposto pelo Agravante, o MM. Desembargador Federal Relator proferiu a seguinte decisão:

“...No que tange a violação do art. 2º. da Lei 8.437/92, destacamos que o dispositivo legal já há muito mitigado pela jurisprudência pátria, para diminuir a eficiência da prestação jurisdicional e impedir o livre exercício do Poder Judiciário, no que tange o deferimento de liminares contra o exercício do Poder Público. Ademais, ao que se observa, mesmo depois do deferimento da liminar ou mesmo nas razões do mandado de segurança, o impetrante não traz elementos de convicção que possam afastar o deferimento da medida ou ainda que justifiquem a sua revogação ou cassação, na forma pretendida.

A alegação de deferimento *extra petita* deve ser a princípio afastada, tendo em vista a natureza processual cautelar da decisão impugnada, que pode ser deferida, até mesmo sem requerimento do autor, se o julgador verificar que haverá algum prejuízo para o provimento jurisdicional definitivo.

A questão da competência em razão da matéria, em tais situações, está superada com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, que transferiu à Justiça do Trabalho, toda as questões que dizem respeito a relações de trabalho entre as pessoas físicas cooperadas e o Estado, tornando indubitosa a competência da Justiça do Trabalho para dirimir a questão.

Quanto à questão da satisfatividade da medida, entendemos que a decisão não foi satisfativa. Na verdade, o julgador postergou os efeitos da decisão liminar para que passe a vigorar efetivamente dentro de um período de 24 meses, a princípio, suficiente para o Estado tomar as providências legais de criar e prover cargos públicos, em regime de jornada normal e de plantão, inclusive com remuneração compatível com a dignidade da função de médicos e enfermeiros em

cada uma das especialidades, preferencialmente nos moldes pagos aos atuais prestadores de serviços cooperados.

No que tange à alegação de inexistência ou ausência dos requisitos do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*, é fato público e notório que o Estado do Amazonas, no Município de Manaus, encontra-se prestando as atividades de saúde essencialmente através de cooperativas médicas e de enfermeiros, enquanto a legislação pátria e a Constituição Federal exigem que os serviços essenciais de saúde sejam prestados diretamente pelo Estado, e, apenas em caráter complementar por terceiros, portanto presente a aparência do bom direito.

Com relação ao *periculum in mora*, observa-se que diariamente são afrontados princípios constitucionais e legais, quais sejam o da legalidade, impessoalidade, moralidade, livre acesso aos cargos públicos e a prestação direta pelo Estado de atividades de saúde essenciais tipicamente públicas. Acaso não fosse deferida a liminar postulada haveria nítida autorização judicial para a manutenção do ilícito pelos anos que devem perdurar o processo judicial, o que se afiguraria, a princípio, inadmissível...

Decerto que é relevante reprimir as contratações ilegais, mas o Juízo de Primeiro grau exacerbou quando, no item "a", a decisão liminar condicionou as futuras contratações na área da saúde à autorização judicial. Nesse contexto, observa-se que a Autoridade Impetrada não se limitou a coibir as ilegalidades preliminarmente encontradas, mas invadiu as atribuições do Administrador Público de gerir a coisa pública, com a afronta ao art. 2º, da Carta Magna que assegura a independência e harmonia entre os Poderes, bem como as regras de simetria consagradas pelo art. 84, da Constituição federal, que comete ao Poder Executivo a Administração Pública.

Portanto, devem ser cessados os efeitos do item "a", da Decisão Impugnada.

De qualquer forma, as contratações e recontrações de serviços de saúde na modalidade de cooperativas e outra

contratações que não seja por concurso, em caráter excepcional, durante o período de 24 meses fixados na liminar impugnada, devem ser comunicadas pelo Impetrante nos autos da Ação Civil Pública, para ciência de autoridade Impetrada e do Ministério Público.

Nos demais pontos, especificamente relativos ao item "b" e seguintes da decisão Impetrada, devem ser mantidos todos os efeitos, por terem se limitado a fixar prazo razoável para o Estado se aparelhar para deixar de promover contratações através da cooperativa e promover concurso público, sem por em risco a prestações de serviços de saúde à população do Estado.

Quanto ao aspecto da legalidade, a princípio entende-se que os serviços médicos de saúde devem ser prestados diretamente pelo Estado do Amazonas e as contratações de profissionais deverão respeitar o art. 37, II, da Constituição Federal, em atenção aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Nesse contexto, fica deferida parcialmente a liminar postulada para sustar os efeitos do item "a", da decisão impugnada, na forma da fundamentação..."

Com esses termos, foi deferido, em parte, o pedido de liminar deduzido pelo Impetrante/Agravante, de modo a suspender a eficácia apenas do item "a" da decisão de primeira instância.

III. DAS RAZÕES DA PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

Não se pode conformar com a respeitável decisão agravada, a qual merece ser revista *permissa venia*.

O Agravante demonstrou de forma inequívoca, na impetração, que a decisão de primeira instância violou os seguintes direitos líquidos e certos:

(a) ao devido processo legal (art. 5º, LV, da CF/88), por ter sido concedida a liminar por juízo incompetente, de forma

extra petita e irreversivelmente satisfativa, sem a audiência prévia do ente político demandado de que trata o art. 2º da Lei n. 8.437/92;

(b) ao exercício da função executiva de Estado, de executar as ações e serviços de saúde diretamente ou "...**ATRAVÉS DE TERCEIROS E, TAMBÉM, POR PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO.**" (parte final do art. 197 e 199, § 1º, da CF/88);

Além disso, o Agravante evidenciou que a decisão impugnada se encontra motivada em presunções incapazes de configurar os requisitos do **fumus boni iuris e periculum in mora**.

Consoante será explicitado a seguir, esses fundamentos não foram afastados na motivação da r. decisão agravada, razão pela qual se faz necessário reconsiderá-la.

III.1. DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A ÉGIDE DA EMENDA N. 45

O Agravante argüiu a nulidade da decisão de primeira instância por vício de incompetência da Justiça do Trabalho. Demonstrou que à Justiça Especializada não compete decidir conflitos de interesses atinentes à gestão dos serviços públicos, especialmente no tocante às contratações de direito público e pessoal estatutário.

Isso porque o Ministério Público/Agravado pretende *in casu* proibir a contratação de cooperativas médicas para a execução indireta de serviços especializados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, com o objetivo de tutelar o regime de cargos públicos.

Embora reconheça a plausibilidade da arguição de incompetência, a decisão agravada resolveu afastá-la ao argumento de que a Emenda n. 45 teria ampliado a competência da Justiça do Trabalho para as causas que envolvam o regime jurídico administrativo de pessoal da Administração Pública.

Data venia, tal posicionamento não pode ser aceito, tendo em vista iterativa jurisprudência do STF sobre o tema. O STF tem entendido que a Emenda n. 45 não deslocou para a Justiça do Trabalho as causas relativas aos servidores estatutários e aos contratos de direito público. Merece destaque a decisão concessiva de medida cautelar da ADIn 3395:

DESPACHO: A ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL - AJUFE - propõe a presente ação contra o inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC nº 45/2004. Sustenta que no processo legislativo, quando da promulgação da emenda constitucional, houve supressão de parte do texto aprovado pelo Senado. 1. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Informa que a Câmara dos Deputados, na PEC nº 96/92, ao apreciar o art. 115, "aprovou em dois turnos, uma redação ... que ... ganhou um inciso I..." (fls. 4 e 86). Teve tal dispositivo a seguinte redação: "Art. 115. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios." 2. **SENADO FEDERAL**. A PEC, no Senado Federal, tomou número 29/200. Naquela Casa, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania manifestou-se pela divisão da "... proposta originária entre (a) texto destinado à promulgação e (b) texto destinado ao retorno para a Câmara dos Deputados" (Parecer 451/04, fls. 4, 177 e 243). O SF aprovou tal inciso com acréscimo. O novo texto ficou assim redigido: "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, EXCETO OS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS CRIADOS POR LEI, DE PROVIMENTO EFETIVO OU EM COMISSÃO, INCLUÍDAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS DOS REFERIDOS ENTES DA FEDERAÇÃO". (fls 4 e 280). Informa, ainda, que, na redação

final do texto para promulgação, nos termos do parecer nº 1.747 (fl. 495), a parte final acima destacada foi suprimida. Por isso, remanesceu, na promulgação, a redação oriunda da CÂMARA DOS DEPUTADOS, sem o acréscimo. No texto que voltou à CÂMARA DE DEPUTADOS (PEC. 358/2005), o SF fez constar a redação por ele aprovada, com o referido acréscimo (Parecer 1748/04, fls. 502). Diz, mais, que a redação da EC nº45/2004, nesse inciso, trouxe dificuldades de interpretação ante a indefinição do que seja "relação de trabalho". Alega que há divergência de entendimento entre os juízes trabalhistas e os federais, "... ausente a precisão ou certeza, sobre a quem coube a competência para processar as ações decorrentes das relações de trabalho que envolvam a União, quando versem sobre servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas." (fl. 7). Em face da alegada violação ao processo legislativo constitucional, requer liminar para sustar os efeitos do inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004, com eficácia 'ex tunc', ou que se proceda a essa sustação, com interpretação conforme. (fl. 48). 3. DECISÃO. A CF, em sua redação dispunha: "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas." O SUPREMO, quando dessa redação, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da L. 8.112/90, pois entendeu que a expressão "relação de trabalho" não autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos. Para estes o regime é o "estatutário e não o contratual trabalhista" (CELSO DE MELLO, ADI 492). Naquela ADI, disse mais CARLOS VELLOSO (Relator):

“..... Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente.” O SF, quando após o acréscimo referido acima e não objeto de inclusão no texto promulgado, meramente explicitou, na linha do decidido na ADI 492, o que já se continha na expressão “relação de trabalho”, constante da parte inicial do texto promulgado. A REQUERENTE, porque o texto promulgado não contém o acréscimo do SF, sustenta a inconstitucionalidade formal. Entendo não ser o caso. A não inclusão do enunciado acrescido pelo SF em nada altera a proposição jurídica contida na regra. Mesmo que se entendesse a ocorrência de inconstitucionalidade formal, remanesceria vigente a redação do caput do art. 114, na parte que atribui à Justiça trabalhista a competência para as “relações de trabalho” não incluídas as relações de direito administrativo. Sem entrar na questão da duplicidade de entendimentos levantada, insisto no fato de que o acréscimo não implica alteração de sentido da regra. A este respeito o SUPREMO tem precedente. Destaco do voto por mim proferido no julgamento da ADC 4, da qual fui relator: “O retomo do projeto emendado à Casa Iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado. Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídica. Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada. Tal ocorrerá quando a modificação produzir alterações em qualquer dos âmbitos de aplicação do texto emendado: material, pessoal, temporal ou espacial. Não basta a simples modificação do enunciado pela qual se expressa a proposição jurídica. O comando jurídico - a proposição - tem que ter sofrido alteração.” Não há que se entender que justiça trabalhista, a partir do texto promulgado,

possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Leio GILMAR MENDES, há “Oportunidade para interpretação conforme à Constituição ... sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. ... Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica ...” (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 222/223). É o caso. A alegação é fortemente plausível. Há risco. Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito ‘ex tunc’. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a “... apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”. Publique-se. Brasília, 27 de janeiro de 2005. Ministro NELSON JOBIM Presidente.

No mesmo sentido, confira-se v. g. RCL 3259 (Min. Joaquim Barbosa) e CC 7202 (Min. Eros Grau).

Assim, afastado o suposto óbice da Emenda n. 45 – aliás afastamento obrigatório sob pena de caracterizar descumprimento da decisão proferida na ADIn n. 3395 (dada a eficácia vinculante da espécie) – resta insuperável os motivos deduzidos pelo Agravante, repisados a seguir.

A relação jurídica – que se firmou entre o Estado e as cooperativas – tem natureza civil e administrativa, sem acomodação na esfera trabalhista. Trata-se de vínculo contratual administrativo para prestação de serviços públicos.

A esse respeito, dispõe expressamente o art. 199, § 1º, da Constituição, que o contrato celebrado entre as entidades privadas e o Estado no regime do sistema único de saúde é de direito público.

Ademais, de acordo com as regras estabelecidas na Lei 5.764, de 16.12.71, que define a Política Nacional de Cooperativismo, a cooperativa é uma instituição de natureza civil, constituída de várias pessoas, com objetivos de melhorar as condições econômicas e profissionais de seus associados.

Não é legítimo afirmar que a atuação da Justiça do Trabalho se justifica em função da tutela ao regime de cargos públicos, que se alega ter sido substituído indevidamente pela contratação de cooperativas.

Vista por esse ângulo, a situação jurídica em causa mantém-se situada no direito administrativo, não no direito do trabalho. No ponto, aplica-se jurisprudência pacífica no sentido de que não compete à Justiça do Trabalho a tutela do pessoal estatutário e do regime jurídico administrativo do Estado. Nesse sentido, cf. ADI 492 STF e mais recentemente a multicitada medida cautelar na ADI 3395.

Portanto, desde logo se requer a reforma da decisão agravada para que esse E. TRT declare a incompetência dessa Especializada para apreciar a matéria, uma vez que o objeto da Ação Civil Pública não está inserido dentre as situações previstas no art. 114 da CF/88, tomando sem efeito a decisão impugnada.

III. 2 DA NATUREZA ANTECIPATÓRIA DA DECISÃO *EXTRA PETITA*

A decisão agravada diz que não houve a alegada decisão liminar *extra petita*, porque, em vista da sua natureza processual cautelar, poderia ter sido concedida até mesmo de ofício, independentemente de pedido específico do autor.

Data maxima venia, a motivação não procede, pois não se trata de medida cautelar, mas de antecipação de tutela concedida liminarmente, de modo distinto do que fora requerido pela parte.

Conforme os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela deve sempre ser requerida pela parte, razão pela qual não pode ser deferida espontaneamente pela autoridade judicial, máxime sem oitiva da pessoa jurídica de direito público demandada.

Ora, os autores da ação civil – aqui agravados – não formularam pleito de liminar; requereram que fosse concedida medida antecipatória após a audiência do Agravante.

A jurisprudência brasileira reconhece que a decisão deve ser considerada nula quando proferida *extra petita*:

A sentença *extra petita* é nula, porque decide causa diferente da que foi posto em juízo (ex.: a sentença de 'natureza diversa da pedida' ou que condene em 'objeto diverso' do que fora demandado). O tribunal deve anulá-la." (RSTJ 79/100, RT 502/169, JTA 37/44, 48/67, Bol. AASP 1.027/156, RP 6/326, em 185)

Por essas razões, se os próprios autores da Ação Civil Pública formularam pedido para que a liminar fosse concedida somente após a audiência com o representante do Estado, logicamente não poderia a Autoridade Impetrada proceder *ex officio* de forma diversa, violando o art. 273 e 460 do CPC.

III.3) DA NULIDADE DA CONCESSÃO DE LIMINAR SEM AUDIÊNCIA DO PODER PÚBLICO

Aliás, ao conceder a tutela antecipatória de modo diverso da pleiteada, a decisão impugnada violou literalmente o art. 2º. da Lei no. 8.437, de 30.06.92.

A r. decisão agravada afirma que a referida norma tem sido mitigada pela jurisprudência, mas não aponta os julgados

nem desmereceu os precedentes trazidos pelo Agravante/ Impetrante, que são precisamente no sentido apontado pela parte recorrente.

A bem da verdade, com o devido respeito à pessoa do ilúcido relator, a decisão agravada não está em consonância com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da matéria.

Theotônio Negrão aponta, em sua obra " Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor", 33ª. Edição, Editora Saraiva, que é obrigatória a audiência prévia com o representante da pessoa jurídica de direito público:

Ouvido, prévia e obrigatoriamente, o representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada. (Lei 8.437, de 30.6.92, art. 2º. no tit. MEDIDA CAUTELAR)

Da mesma forma, a observância dessa exigência legal vem sendo preconizada pelo C. TST, conforme se constata nos arestos abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.

1. A necessidade de audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, antes da concessão da medida liminar, impõe-se, tão-somente, em autos de mandado de segurança coletivo ou de ação civil pública, conforme exegese do artigo 2º da Lei nº 8.437/92, não sendo de observância obrigatória em autos de mandado de segurança individual. (AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL. AGRAVADA: LIANA CHAIB - JUÍZA DO TRT DA 22ª REGIÃO. AUTORIDADE COATORA: JUIZ PRESIDENTE DO TRT DA 22ª REGIÃO, RELATOR MINISTRO FRANCISCO FAUSTO).

Assim, a não ser que resolva o Pleno dessa Egrégia Corte Especializada declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei processual – o que se admite apenas para argumentar – assiste razão ao

Agravante ao sustentar a nulidade da decisão de primeira instância por violação frontal ao disposto no art. 2.º Lei 8.437, de 30.6.92.

III.4) DO ESGOTAMENTO IRREVERSÍVEL DA DEMANDA EM VISTA DA SATISFATIVIDADE DA LIMINAR

Segundo a decisão agravada, não procederia a alegação do Agravante/Impetrante no sentido que a liminar é irremediavelmente satisfativa, tendo em vista a previsão de um prazo de 24 (vinte e quatro) meses para seu cumprimento.

Ocorre que a previsão de prazo de tolerância para cumprimento não retira o cunho manifestamente satisfativo da tutela liminarmente concedida.

A satisfatividade não diz respeito a prazo de cumprimento do mandamento jurisdicional; está relacionada à identidade da liminar com o que foi pedido no mérito, isto é, com o objeto da causa.

Segundo abalizada doutrina:

*A satisfatividade ocorrerá quando a liminar, ao antecipar os efeitos fáticos que possam decorrer da prolação da sentença, fizer surgir uma identidade entre a providência que se pretende ao final da ação e aquela que se obtém liminarmente. Há, então, neste caso, uma antecipação satisfativa. (Betina Rizzato Lara, in *Liminares no Processo Civil*, 4ª. ed., Ed. RT, p. 43).*

Em vista dessa orientação, observa-se que, no caso vertente, a decisão impugnada antecipou o atendimento das pretensões que constituem objeto da ação, consoante os pedidos deduzidos na petição inicial, inclusive, no tocante ao próprio prazo de transição nela previsto. Foram os autores que pediram a fixação do prazo de 24 (vinte e quatro) meses para mudança do regime de pessoal.

Ademais, na espécie, a antecipação *in limine* é de improvável reversão. É que da rescisão dos contratos com as

cooperativas médicas e da criação de novos cargos públicos adirão efeitos significativos e indelévels na gestão do pessoal do SUS, insuscetíveis de desfazimento.

Portanto, a decisão impugnada infringiu o proibitivo estabelecido no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, que veda a concessão de medidas liminares com esgotamento do objeto da ação, satisfazendo sumariamente a pretensão objeto da ação.

Oportuna a leitura do dispositivo em comento:

Art. 1º.....

§3º. *Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.*

Segundo a jurisprudência, esse dispositivo firma a impossibilidade jurídica e a nulidade das liminares de cunho plenamente satisfativo contra o Poder Público:

Processo civil. Procedimento cautelar. Medida liminar. Caráter satisfativo. Impossibilidade. I – não cabe, em procedimento cautelar, medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Lei n.º 8.437, de 30.6.92, art. 1º, §3º; CPC, art. 798. Aplicação. II – Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 2ª T., Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, REsp 38.286-RS-93, j. 17.9.96, v.u., DJ 7.10.96, p. 37624) “Processual civil e previdenciário. Reajuste de 147,6% dos benefícios. Ação Civil Pública. Liminar. Agravo de instrumento. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SATISFATIVA. PROVIMENTO.

I. Liminar que defere reajuste de 147,06% aos benefícios previdenciários sem que, no entanto, se façam presentes os requisitos dos artigos 797 e seguintes do CPC.

II. Caso, ademais, de pretensão satisfativa, que a jurisprudência e a doutrina desautorizam, porquanto representa o indevido esgotamento do próprio mérito da ação civil pública, ainda a ser examinado.

III. . Agravo provido.

Decisão: à unanimidade, dar provimento ao agravo.”
(AG 92.01.05504-8/AC, 1ª T., Rel. Juiz Conv. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 29/8/94, p. 46711)

Dessarte, insista-se que a medida liminar combatida pela presente impetração merece ser suspensa em face de haver sido deferida sem a observância do disposto no § 3º do artigo 1º da Lei nº 8.437/92.

III. 5) DA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 175, 197 e 199, § 1º C/C 174, § 2.º, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.

A decisão agravada manteve a liminar de primeira instância no concernente à determinação de o Estado/Agravante se abster de terceirizar serviços de saúde pública por meio de cooperativas médicas e de rescindir todos os contratos celebrados, empreendendo os procedimentos legais necessários à realização de concurso público e à substituição do regime de execução indireta no prazo de dois anos.

Para tanto, a decisão monocrática do ilustrado desembargador relator partiu da premissa equivocada segundo a qual os serviços do Sistema Único de Saúde devem ser executados unicamente de forma direta, isto é, exclusivamente por meio de servidores titulares de cargos públicos.

Nada obstante, força é admitir que a premissa não é sustentável em face do sistema constitucional brasileiro. Conforme a dicção dos artigos 175, 197 e 199, § 1.º, c/c 174, § 2.º, da Carta de 1988, em termos dos serviços de saúde pública, o sistema de execução direta por cargos públicos deverá conviver com o regime complementar de execução indireta por meio de pessoas jurídicas de direito privado.

O art. 197 da Constituição prevê que a execução deverá ser feita “diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” Especificamente sobre os serviços públicos do SUS, o art. 199, § 1.º garante às instituições privadas a participação de ordem complementar no sistema público mediante contrato de direito público ou convênio.

A entidade privada, na dicção do referido permissivo constitucional, pode ser uma cooperativa, espécie de sociedade particular, segundo o Código Civil. Ora, assim até porque a Carta Política preconiza expressamente o apoio e o estímulo ao cooperativismo, segundo se lê no art. 174, 2º, com o que as coloca no mesmo patamar das entidades filantrópicas e sem fins lucrativos para o fim de participação no sistema único de saúde.

Bem se vê que, segundo a Constituição, os regimes de cargos públicos e de contratação de pessoas privadas deverão coexistir desde que este último conserve o carácter complementar.

Por esse motivo, jamais o Judiciário poderá alijar completamente os contratos de direito público com as instituições privadas como lamentavelmente fez a decisão de primeira instância. Ao proibir qualquer vínculo entre o Estado/SUS e as cooperativas médicas para prestigiar o monopólio do regime de cargos público, a decisão agravada – a exemplo da liminar de primeira instância – negou vigência ao art. 199, § 1.º c/c art. 174, § 2.º, da Constituição Brasileira – o que fica desde logo PRÉ-QUESTIONADO para fins de debate e decisão explícitos por esse Colendo Tribunal.

Logo, a reforma da decisão se impõe – ao menos – para evidenciar a ressalva de que a Administração Estadual pode contratar com as cooperativas médicas para prover o sistema do SUS, desde que se atenha ao âmbito da complementaridade.

Aliás, nesse ponto, a decisão agravada é contraditória *data maxima venia*. Embora admita, na motivação, que, em carácter complementar (e não essencial) possa haver a contratação de pessoa jurídica de direito privado, no dispositivo, afirma que os serviços dos SUS “a princípio” devem ser executados diretamente pelo Estado.

III. 6) DA IMPOSSIBILIDADE DE CENSURA A JUÍZO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VIA LIMINAR

Considerando que compete à cada entidade federada, por sua administração, definir em que medida se dará a

participação complementar das instituições privadas na gestão dos serviços de saúde pública, observa-se que, no âmbito, a decisão impugnada reexaminou opção discricionária da Administração Estadual.

O discernimento é relevante pois a censura a juízo discricionário da Administração apenas se realiza por meio de cognição exauriente, após o contraditório e a ampla defesa; nunca liminarmente, sem a prova cabal de eventual irregularidade ou abuso.

O C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que: "a incursão no âmbito do mérito do ato administrativo somente se admite em hipóteses raríssimas e, mesmo assim, mediante cognição plena (na qual se exaure toda a dilação probatória) e respeitado o princípio do contraditório", ¹ o que efetivamente não ocorre no caso em tela.

Inclusive, em caso semelhante, relativo à execução de obra pública, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão em 15 de setembro de 1997, bem elucidativa a respeito: ²

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N.º 113.901/GO (97/0009323-9)**

RELATOR: O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO

**AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
DE GOIÁS**

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE GOIÂNIA

**ADVOGADOS: DRS. RUI CÉSAR BARBOSA E OUTROS
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO
ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO.
CARÊNCIA DE AÇÃO. OBRA PARA PROTEÇÃO DO MEIO
AMBIENTE.**

1. (...)

¹ Entendimento firmado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, nos autos da PET 001207/STJ – RIO DE JANEIRO (Processo n.º 2000/0003234-4), disponível no site do STJ (www.stj.gov.br).

² Decisão disponível no site do STJ (www.stj.gov.br).

2. Em tese, pode a administração pública figurar no pólo passivo da ação civil pública e até ser condenada ao cumprimento da obrigação de fazer ou deixar de fazer.

3. O art. 3.º da Lei 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a administração pública, especialmente o que outorga ao Poder Executivo o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário a dar prioridade a determinada tarefa do poder público.

No voto do relator, Ministro José Delgado, ficou consignado que:

“O Poder Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do Poder Público.

No caso dos autos, o Município foi compelido a recuperar área atingida pela erosão, com a realização de várias obras, como a canalização de minas, drenagem de terreno, construção de rede de esgoto público e pluviais, aterramento, e isto viola, sem dúvida, princípios constitucionais que garantem ao Poder Executivo a liberdade de eleição de investimentos na área pública, que custarão dinheiro público, despesa esta que deve observar, para sua legalidade, diretrizes orçamentárias respaldadas pelo legislativo.

Apesar de louvável a iniciativa do parquet, no seu empenho de proteger o meio ambiente, e o bem estar dos moradores do local, onde se situa a área degradada, há outras obras, que com prioridade, precisam ser realizadas, máxime no campo social, mas se o judiciário for ditar ao Município aquelas que deve executar, prioritariamente, estará

usurpando funções que não lhe foram atribuídas pelo constituinte da República, e, o que me parece mais grave, invadindo a competência nominal nos assuntos de seu peculiar interesse, assegurado na Constituição, com comprometimento de sua autonomia”.

José dos Santos Carvalho Filho comenta que o Tribunal de Justiça de São Paulo comunga dessa orientação, nos termos seguintes:³

“Ação civil pública. Esgoto doméstico. Ação visando ao tratamento prévio dos detritos lançados nas águas de rios. Ato administrativo que necessita de exame de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Impossibilidade de invasão de tal tarefa pelo Poder Judiciário”.

Adiante comenta:

“Essa é, de fato, a acertada orientação que deve reger a questão. Em consequência, os órgãos e instituições legitimados à propositura da ação civil pública devem redobrar a análise das situações fáticas sob apreciação e não ajuizar a demanda perseguindo decisão judicial que, se proferida, representaria flagrante violação ao sistema de demarcação de Poderes e funções, insculpido em sede constitucional (art. 2.º, CF). Não será essa, certamente, a melhor forma de tutelar interesses transindividuais.”

Dessarte, *data maxima venia*, inexorável concluir que a liminar concedida na ação civil pública sob reproche fere a ordem administrativa na medida em que busca censurar liminarmente o exercício de competência discricionária inerente à autonomia da própria entidade federada, o Estado Amazonas.

³ Carvalho Filho, José dos Santos. *Ação civil pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 84.

III. 7) DA CONCESSÃO DE LIMINAR SEM OS PRESSUPOSTOS DE *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA*

O agravante demonstrou, na impetração, que a Autoridade Coatora não motivou a verificação dos requisitos para concessão da liminar, *in verbis*:

...Na realidade, os argumentos apresentados pelos autores, na inicial, a exemplo dos documentos de forma irrefutável e robusta os pressupostos essenciais de admissibilidade da tutela requerida, pois, além da plena demonstração dos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, está patente a inequívoca verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pois, ao que parece, o Estado-réu possui quadro funcional na área da saúde (médicos e enfermeiros) tão reduzido que necessita lançar mão de profissionais associados às Cooperativas-rés, na referida área, o que evidentemente é um absurdo sem tamanho que a gravidade do ato supera em muito o limite da razoabilidade...

Ocorre que o eminente desembargador relator afastou o argumento considerando como notório o fato de as cooperativas médicas executarem, em caráter essencial (não complementar), as atividades do sistema estadual do SUS.

Data vênia, visto todo o universo de profissionais e de serviços especializados da saúde em atuação no âmbito do Estado do Amazonas (e não apenas a classe dos médicos na capital), desaparece, à falta de comprovação pelos Autores da ação civil, a notoriedade da suposta essencialidade da participação das cooperativas no sistema público. Não se está diante de fato público e notório.

Em vista disso, está mais do que claro que a decisão de primeira instância baseia-se em suposições, presunções ou idiossincrasias sobre o quadro na área da saúde, prejudgando uma situação fática não comprovada que depende de instrução processual.

Data vênia, inexistem *fumus boni iuris* e muito menos *periculum in mora* no caso concreto. O Estado realiza as contratações com as cooperativas dentro da legalidade e de acordo com os mandamentos constitucionais, com o intuito de atender de forma satisfatória as demandas sociais na área da saúde. Ao contrário, verifica-se *periculum in mora inverso*, pois, se for mantida a liminar impugnada, aí sim o sistema de saúde estará ameaçado de colapso por solução de continuidade.

Por oportuno, vale salientar que já existe uma Ação Civil Pública pelos próprios autores com os mesmos argumentos contra a COOSTRAG-Cooperativa dos Trabalhadores em Serviços Gerais LTDA, Estado do Amazonas e Município de Manaus, Processo no. 31614/1997-03, que se encontra em grau de recurso perante o C. TST. Nesse precedente, sabiamente deixou de ser deferida liminar impedindo o Estado do Amazonas de contratar com cooperativas.

Dessa arte, imperiosa a necessidade da reforma da decisão agravada, requerendo o Agravante que esse respeitável Tribunal determine a anulação da liminar combatida, porque não possui esteio nos imprescindíveis *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; mas sim em meras presunções e suposições sem lastro probatório razoável.

III.8) DO PERICULUM IN MORA IN VERSO:

A Lei n. 1.533/51 condiciona a concessão da liminar em mandado de segurança à ocorrência de dois pressupostos: a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*) e o risco de ineficácia da medida caso seja deferida somente ao final (*periculum in mora*). No presente caso, indubitavelmente, encontram-se satisfeitos ambos os pressupostos.

As argumentações expendidas na ação mandamental demonstram a plausibilidade jurídica desta impetração, porque baseadas inteiramente em sobranceiros cânones constitucionais, a evidenciarem a violação de direitos líquidos e certos da entidade federada impetrante.

De igual modo, afigura-se presente o *periculum in mora*, na exata medida em que o ato impetrado causa incontável e imediato prejuízo para o Estado do Amazonas, uma vez que determina a rescisão de contratos administrativos com rompimento de equação econômico-financeira com a possibilidade de as contratadas vindicarem indenização do Impetrante, comprometendo o seu orçamento.

Além desse impacto financeiro negativo, há grave ameaça à saúde pública. Ao obrigar o Impetrante a rescindir os contratos e a se abster de celebrar novos no setor, a decisão impetrada ameaça o funcionamento dos serviços, expondo a risco de colapso e paralisação os atendimentos e procedimentos médicos-hospitalares do sistema único de saúde no Amazonas.

Ao mandar liminarmente que se substitua um sistema de prestação por outro, que demanda providências complexas de execução incerta, tais como a criação de novos cargos de médicos em quantitativo suficiente para substituir a faixa complementar que vinha sendo satisfeita por meio de contratados colaboradores, a decisão impetrada traz grandes prejuízos ao planejamento e a efetivação de políticas de atendimento à sociedade amazonense na área da saúde.

Assim, a espera até o julgamento final da ação civil pública, redundará em grave prejuízo à ordem pública, posto que as cooperativas com as quais o Estado possui contratos são constituídas de profissionais renomados e de largas experiências em atendimento de urgência nos pronto-socorros e hospitais, e a rescisão dentro de um curto prazo irá gerar problemas de aquisição desse tipo de mão-de-obra qualificada.

A saúde pública integra o elenco de serviços públicos por determinação constitucional:

Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (artigo 23, inciso II).

Cabe a leitura do ensino do sempre oportuno José Afonso da Silva⁴, em trecho de sua obra clássica, em que aborda a relevância da saúde como valor erigido à guarda da própria Constituição Federal:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

(...)

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, (...).

Patente está, pois, a imprescindibilidade da continuidade da prestação de serviços na área da saúde. Como se depreende do exposto, as determinações contidas na decisão ora combatida prejudicam a implementação de ações já planejadas pelo Estado na prestação desse serviço considerado essencial.

IV. DO PEDIDO:

Por todo o exposto, o Recorrente pede que seja o presente Agravo Regimental conhecido e provido, de modo a se determinar:

a) a reforma integral da decisão agravada para declarar-se a incompetência da Justiça do Trabalho para conhecer da causa, conforme a dicção do art. 114 da Constituição com a redação dada pela EC n. 45 e medida cautelar da ADIn n. 3395 - STF, anulando-se a decisão liminar proferida nos autos da Ação Civil Pública, processo n. 13453/2005-003-11-00 – 3ª Vara do Trabalho de Manaus com remessa dos autos à Justiça Comum Estadual;

⁴ *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 706

b) a reforma parcial da decisão agravada, de modo a determinar a suspensão integral da eficácia da r. decisão liminar exarada pela DD. Autoridade Impetrada nos autos do Ação Civil Pública, processo n. 13453/2005-003-11-00 – 3ª Vara do Trabalho de Manaus até final julgamento da ação;

Acaso sejam rejeitados os pleitos acima, c) que seja dado provimento parcial ao agravo para ressaltar a possibilidade da Administração Estadual contratar com as cooperativas médicas e outras instituições privadas para prover o sistema único de saúde desde que em caráter complementar, consoante a inteligência do art. 199, § 1.º da Constituição Brasileira.

Pede deferimento.

Manaus(AM), 31 de agosto de 2005.

R. FRANIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

RUY MARCELO ALENCAR DE MENDONÇA

Subprocurador-Geral-Adjunto do Estado

ALZIRA FARIAS ALMEIDA DA FONSECA DE GOES

Procuradora-Chefe da PPT

ALBERTO BEZERRA DE MELO

Procurador do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR DO
CONSELHO DA MAGISTRATURA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS**

Recurso administrativo contra a edição do Provimento nº 114/2005-CGJ

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, situada no endereço constante do rodapé, onde receberá intimações, por sua Procuradora, infra-assinada, nos termos dos artigos 132 da CF e 12-I do CPC, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência interpor **RECURSO** contra a edição do Provimento nº 114/2005-CGJ, com fulcro na alínea f do artigo 40 da Lei Complementar 17, de 23 de janeiro de 1997, fazendo-o pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

O Estado do Amazonas é o legítimo proprietário do imóvel descrito como uma área de terras situada no Bairro de Flores, objeto da matrícula nº 51911 do Livro nº 2 do Cartório de Registro de Imóveis do Primeiro Ofício (docs. 1 e 2).

Trata-se de bem dominical, haja vista não estar destinado a nenhum uso especial ou comum, podendo ser objeto de regularização fundiária.

Assim é que o Sr. Roger Alberto Barbosa Soares, na condição de legítimo possuidor do imóvel situado na Rua Vitória, nº 450, Flores, pleiteou à Secretaria de Terras e Habitação do Estado do Amazonas a regularização fundiária (processo nº 3075/2003) do imóvel que ocupa desde 1995.

Ainda, no exercício do direito de petição, o Sr. Roger Alberto Barbosa Soares requereu a intervenção da Procuradoria Geral do Estado na ação de reintegração de posse que lhe é movida por Almir de Melo Dantas e sua esposa (processo nº 001.03.064940-5), perante a Segunda Vara Cível de Manaus (doc. 3).

Verificando a veracidade das informações contidas no requerimento e fundado no domínio da área, o Estado do

Amazonas apresentou OPOSIÇÃO (processo nº 001.05.010693-8) (doc. 4), que foi distribuída por dependência à reintegração de posse, tendo ambos processos sido redistribuídos à Primeira Vara da Fazenda Pública Estadual (doc. 5).

Sucede que a Corregedoria Geral de Justiça, através do Provimento nº 114/2005, determinou o cancelamento da matrícula nº 51911, de propriedade do Estado do Amazonas, conforme publicação no DO de 03/06/05.

Assim sendo, cabível a interposição do presente recurso, ao abrigo da decisão proferida pelo Conselho da Magistratura no Recurso Administrativo nº 171/05, *in verbis*:

"EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO Nº 017/2001. APÓS A PROMULGAÇÃO DA CARTA POLÍTICA VIGENTE, NÃO MAIS SE TOLERA CANCELAMENTO PELA VIA ADMINISTRATIVA, DE REGISTRO IMOBILIÁRIO, SE NÃO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL, ATRAVÉS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, COM A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, O QUE NÃO FOI OBSERVADO PELO PROVIMENTO Nº 017/2001. RECURSO RECEBIDO E PROVIDO."

(DO de 05/04/2005 – doc. 6).

Com efeito, o Provimento nº 114/2005-CGJ é nulo de pleno direito, por ferir os princípios constitucionais básicos da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal, já que determinou o cancelamento da matrícula nº 51911 sem dar ao Estado do Amazonas oportunidade de manifestação.

O devido processo legal é princípio constitucional que assegura aos litigantes a obediência das normas processuais, merecendo destaque os seguintes comentários dos renomados mestres Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins¹:

¹ Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2 p. 261-4.

"O direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito.

Por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. Colima-se, portanto, a aplicação da lei.

O princípio se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado.

É por isso que hoje o princípio se desdobra em uma série de outros direitos, protegidos de maneira específica pela Constituição.

Contudo, a sua enunciação no Texto Constitucional não é inútil, pelo contrário, ela tem permitido o florescer de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que tem procurado agasalhar o réu contra toda e qualquer sorte de medida que o inferiorize ou impeça de fazer valer as suas autênticas razões.

(...)

As inferências que dele podem se tirar são, no fundo, a nosso ver ilimitadas. Algumas delas a própria Constituição vai fazê-lo anotando como direitos autônomos nos parágrafos subsequentes. Ainda assim contudo o princípio do devido processo extravasa o elenco constitucional.

(...)

Finalmente há de consignar-se aqui a lição dos tratadistas mais modernos, que timbram em ver no 'devido processo legal' mais do que uma garantia subjetiva do indivíduo, uma tutela do próprio processo. Com efeito, cada vez se consolida mais a idéia de que sobre os interesses unilaterais das partes, respeitáveis sem dúvida, sobrepõe-se no entanto um de maior amplitude, que é o da tutela do próprio processo. A lição vem muito bem exposta por Ada Pellegrini Grinover, no seguinte excerto de sua obra *Processo constitucional em marcha*, p. 8, item 2, que de resto se presta à conclusão deste parágrafo:

'Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das

partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.² (grifos do Recorrente)

O direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, que tutela os princípios fundamentais da organização judiciária, da jurisdição e do processo, como instrumento público de realização da justiça, segundo a clássica obra *Teoria Geral do Processo*².

Portanto, o princípio constitucional do devido processo legal assegura mais do que o direito à prestação jurisdicional através do processo, como ordenação de atos estabelecidos por um procedimento qualquer, garantindo a aplicação de princípios infraconstitucionais destinados a proteger o litigante do arbítrio do Poder Judiciário.

In casu, a violação ao princípio do devido processo legal se revela pela determinação de cancelamento da matrícula nº 51911 sem dar ao Estado do Amazonas a oportunidade de contra-argumentar as alegações do Requerente, Sr. Almir de Melo Dantas e outros, em flagrante desrespeito à ampla defesa e ao contraditório que devem nortear todo e qualquer processo, seja judicial, seja administrativo.

Assim sendo e mormente porque esse Conselho da Magistratura já se manifestou pela nulidade de provimento de

² Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

cancelamento de matrícula, jamais poderia a Corregedoria Geral de Justiça determinar o cancelamento de matrícula arbitrariamente, cuja abertura se deu de forma absolutamente regular, eis que decorrente de procedimento de arrecadação ao abrigo da legislação cabível à espécie.

Com efeito, a legislação permite a arrecadação de terras devolutas, assim consideradas aquelas que nunca foram validamente destacadas do patrimônio público, mas sobre as quais o Poder Público ainda não tem o registro, isto é, a matrícula junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente.

A respeito das terras devolutas, convém tecer alguns esclarecimentos.

O Estado, *latu sensu*, adquire bens basicamente de duas formas, manejando, para tanto, ou os instrumentos de direito privado ou os de direito público, nomeadamente, os de índole compulsória (desapropriação e adjudicação), e, ainda, por determinação legal.

Na hipótese em apreço, a aquisição da propriedade se deu por determinação legal.

A respeito da determinação legal, *exempli gratia*, em decorrência de loteamento, nos termos do art. 22 da Lei 6.766/79, passaram para o domínio público as áreas nele obrigatoriamente previstas para vias, praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos, entre outros.

Diz-se que são terras devolutas aquelas que compõem o domínio privado da União, dos Estados e dos Municípios, que não tendo divisas certas (nem no solo, nem nos títulos), jamais foram adequadamente medidas ou demarcadas.

Doutrinariamente a conceituação de terras devolutas é objeto de vários estudos, dos quais podemos citar o artigo publicado na Revista de Direito Civil, volume 42, páginas 75 e seguintes, *ad litteram*:

"Pela Constituição da República de 1891, artigo 64, foram transferidos aos Estados Membros o domínio e a posse das

terras devolutas nos seus respectivos Territórios, cabendo à União apenas a porção indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações e construções de estradas de ferro federais. (...) Pode-se dizer que, não obstante as mutações constitucionais por que tem passado o País, essa tem sido a norma fundamental em vigor, cabendo aos Estados a livre disposição de suas terras devolutas, atendidas as restrições que vieram sendo feitas, em textos Constitucionais posteriores. (...) do Estado não se podia exigir documento para prova de seu domínio, visto que a sua aquisição é constitucional. O seu título de domínio é, em outras palavras o próprio texto constitucional. De conseguinte, os Estados Membros, a não ser com as restrições já apontadas, passaram a ser senhores do domínio e posse de seus respectivos territórios."

Esse também é o entendimento de um dos nossos maiores administrativistas, Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª ed., p. 457/458):

"(...) todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários. Tal conceito nos foi dado pela Lei Imperial 601, de 18.9.1850, e tem sido aceito uniformemente pelos civilistas. Essas terras, até a proclamação da República, pertenciam à Nação pela Constituição de 1891 foram transferidas aos Estados-membros (art. 64) e alguns destes as transpassaram, em parte, aos municípios. (...) O deslinde das terras da União dos Estados ou dos Municípios se faz por meio da "ação discriminatória", regulada pela Lei 6.383, de 7.12.1976, ação essa que se inicia com o chamamento dos interessados para exibir seus títulos de propriedade, e termina com o julgamento

do domínio e subsequente demarcação para o registro como dispõe a Lei 5.972, de 11.12.1973."

Especificamente sobre terras devolutas, a determinação legal deu-se em face da Constituição da República de 1891, por seu artigo 64, constituindo-se em forma originária de aquisição da propriedade, através do qual se transferiu da União para os Estados, passando-se a estes a propriedade e, conseqüentemente, o direito de livremente dispor, exceção apenas às restrições impostas no próprio texto Constitucional.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de Direito Administrativo* (11ª ed., Malheiros, página 581), *in verbis*:

"Diz-se originária a forma de aquisição da propriedade quando a *causa* que atribui a propriedade a alguém não se vincula a nenhum título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente, **portanto, não é dependente de outro**. É causa autônoma, **bastante, por si mesma**, para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade".
(destaques não constantes do original)

Portanto, em tendo havido regular procedimento de arrecadação, a área descrita na matrícula 51911 passou de terras devolutas a terras de domínio público devidamente matriculadas.

Assim sendo, o cancelamento de matrícula de imóvel depende do devido processo legal, assegurando-se às partes o exercício da ampla defesa e do contraditório, para que cada uma apresente o seu título de propriedade e sobre ele sejam produzidas as provas necessárias ao deslinde da *quaestio juris*, o que reclama a via judicial.

Destarte, por ter sido preterida formalidade essencial, qual seja a observância do devido processo legal, o Provimento nº 114/2005 é nulo de pleno direito.

Isto posto, espera seja conhecido e provido o presente recurso administrativo, para o fim de declarar a nulidade do Provimento nº 114/2005-CGJ, publicado no DO de 03/06/05.

Nestes termos,
pede deferimento.

Manaus/AM, 13 de junho de 2005.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora do Estado – OAB/AM nº 2334

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 6ª
VARA CÍVEL E DE ACIDENTES DO TRABALHO DE MANAUS.**

DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA.

AÇÃO DE USUCAPIÃO 001.03.045610-0

Requerente: CARLOS FERREIRA ALVES

ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, situada na Rua Emílio Moreira, nº 1308 – Praça 14 de Janeiro, onde receberá as intimações, representado pelo Procurador do Estado que a esta subscreve, em conformidade com os artigos 132 da CF e 12, I do CPC, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, com arrimo nas disposições constantes nos artigos 56 e seguintes do CPC, intervir na **Ação de Usucapião** movida por **CARLOS FERREIRA ALVES**, por intermédio da presente **OPOSIÇÃO**, em razão dos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1 - DOS FATOS

Carlos Ferreira Alves move ação de usucapião, tendo como objeto o imóvel situado nesta Cidade de Manaus na Rua Miguel da Silveira, Nº 300, Bairro de Santa Etelvina com área de 20.370,52 m².

Ultimadas as medidas necessárias para averiguação da situação fática do imóvel, a SPF – Secretaria de Estado de Política Fundiária, detentora da memória fundiária do Estado, procedeu à vistoria da área e concluiu que parte do bem objeto da ação encontra-se no lote 35 da Colônia Campos Sales e uma outra parte no lote 37, 43 e 45 da mesma colônia.

Em relação a área que se encontra inserida no lote 35 e 37, o **Estado do Amazonas** declara, nessa oportunidade, interesse na causa, eis que o lote 35, titulado originariamente em favor de Pedro Carlos da Mota, posteriormente alienado para Luiz Gonzaga Lopes Frota cujos herdeiros, nos autos do

processo nº 001.02.006735-7 que corre perante a 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, ingressaram com pedido de indenização por desapropriação indireta sobre o total do lote 35, ou seja, 223.800 m².

O Estado do Amazonas, no mencionado feito, foi condenado, em primeira instância, em grau de recurso, ao pagamento de 211.716,97 m² (sentença anexa), portanto, quase toda a totalidade do lote 35.

Em relação ao lote 37, o Estado do Amazonas, ocupada desde os anos 60, ali funcionando, juntamente com o lote 35, entre outros, a antiga sede do Governo do Estado, parque de exposição agropecuária, sede da Secretaria de Política Fundiária.

Nesse aspecto, dito bem não é passível de ser usucapido, na parte ocupada pelo Estado, tanto em relação ao lote 35 quanto em relação ao lote 37, conforme consta do incluso mapa de situação, devendo o Autor excluir tais áreas de sua ação, sob pena de improcedência do pleito, conforme se passa a discorrer.

2 - DA ADMISSIBILIDADE DA OPOSIÇÃO

De se frisar primeiramente a inteira admissibilidade da presente intervenção. Neste talante, observe-se a subsunção da *fattispecie* à norma constante no artigo 56 do Código de Processo Civil, segundo a qual cabe a oposição, enquanto intervenção de terceiros, quando pretendido, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu.

O Estado do Amazonas, ora opoente, pretende o bem imóvel disputado pelos Opostos na referida ação de usucapião. Pretende-o arrimado **no domínio direto e indireto**.

Assentado isso e antes de expender as razões de mérito da presente Oposição, insta deduzir as seguintes preliminares de ordem pública, cuja inobservância implica na completa ineficácia da presente relação processual.

3 - DAS PRELIMINARES

3.1 - Da incompetência absoluta

A competência - legalmente fixada e conceituada como o limite de jurisdição dado a cada juízo - possui seus parâmetros definidos segundo critérios que envolvem a natureza da pretensão, qualidade das partes, complexidade da matéria, dentre outros. Com efeito, o Estado não tem foro privilegiado, mas tem juízo privativo, por isso, a competência das varas especializadas da fazenda pública estadual é absoluta.

Inobstante a ação de usucapião seja proposta - via de regra - no foro onde se encontra situado o bem (art. 95, CPC), nas Comarcas que possuam varas especializadas da Fazenda Pública Estadual (como é o caso de Manaus), caberá a elas o processamento e julgamento da ação de usucapião, sempre que ingressar no feito a Fazenda Pública.

Assim, face aos fatos narrados, notadamente pela condenação sofrida pelo Estado no processo mencionado e tendo em vista a presente intervenção, resta patente qualificar-se a presente causa como de interesse do Estado do Amazonas.

Com espeque no artigo 152, I, alínea a, da Lei de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Amazonas (Lei Complementar n.º 17 de 23.01.97), afigura-se a incompetência absoluta *ratione materiae* deste Juízo para processar e conhecer o feito, acorde com o artigo 113 do CPC.

Dessarte, requer a V. Ex^a declare a incompetência deste Juízo, ordenando a redistribuição da presente Oposição, bem como da respectiva Ação de Usucapião, a uma das Varas da Fazenda Pública Estadual para prosseguimento.

3.2 - Da carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido

Dentre as condições da ação - requisitos para a constituição e desenvolvimento válido e regular da pretensão

à tutela jurisdicional - encontra-se, ao lado da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido, i.é, que o pedido possua referência legal.

A ação de usucapião de terras particulares possui adequabilidade jurídica (art. 941/945, CPC), contudo, o mesmo não ocorre em relação à ação usucapião de terras públicas, a qual sofre, inclusive, vedação consubstanciada em dispositivo expresso de nossa *Lex Fundamentalis* (art. 183, § 3º, e art. 191, parágrafo único).

Aponta a melhor doutrina e majoritária jurisprudência dos tribunais pátrios que o bem público é insuscetível de apossamento pelo particular, no sentido do *Digesto* privado, sendo que a permanência daquele no imóvel, por mera tolerância do Poder Público, não cria direito possessório a ser defendido através dos interditos (*possa ad interdicta*), implicando o fato da ocupação exercida na outorga do direito de preferência na aquisição onerosa do bem à Administração, em havendo interesse e destinação pública tendentes à realização dessa transferência.

Pois bem, assim sendo, tem-se decidido, com base em autorizada doutrina, que, ante o regime peculiar dos bens públicos, não há possibilidade jurídica dos interditos manejados por particulares, visando proteção a suposta posse particular em terras públicas. Neste diapasão é a seguinte ementa:

"AÇÃO POSSESSÓRIA – BEM PÚBLICO DOMINICAL – PEDIDO DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA FEITO POR PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

- Não configurando posse o poder físico exercido por particular sobre bem pertencente ao domínio público, patente é a impossibilidade jurídica do pedido de proteção possessória deduzido por ocupante de imóvel público. A posse do poder público sobre imóveis de sua propriedade é exercida de forma permanente, como emanção de sua autoridade, independente de efetiva ocupação ou exploração do mesmo. (...)” (TJ-DF – Ac. unân. da 1ª T. Cív., publ. em 7.6.96, Ap. 36.213/95, Rel. Des. Jeronymo de Souza – in ADV COAD, Bol. 05, 1997).

Conseqüentemente requer o Estado do Amazonas, comprovada a natureza pública da área usucapienda, o reconhecimento da carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido de usucapião (art. 301, X, CPC), extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito (art. 267, IV, CPC).

3.3 - DAS INÉPCIAS DA 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 válida e regular composição do litígio.

Em consequência, impende observar que a exordial da ação de usucapião, além de formulada com a observância dos requisitos do art. 282/CPC, deve obediência a outros pressupostos que são específicos à natureza especial da pretensão aquisitiva.

Assim, a inicial de usucapião também deverá conter:

a) Planta (não simples croquis) do imóvel subscrita por profissional habilitado;

b) Certidões negativas da existência de ação possessória que tenha por objeto o bem usucapiendo, em razão da vedação contida no art. 923 do CPC.

c) Comprovação de que o imóvel está transcrito no Cartório de Registro de Imóveis em nome do Réu.

Ocorre que, os supracitados documentos não foram juntados ao presente feito, o que fulmina a pretensão do Autor, por falta dos documentos indispensáveis, em flagrante desobediência ao disposto no artigo 283 do CPC.

3.3.1 - DA INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO POSSESSÓRIA

Da análise do presente feito, verifica-se que a inicial veio desacompanhada de outro documento que lhe é essencial,

a saber, a Certidão Negativa da Existência de Ação Possessória que tenha por objeto o imóvel usucapiendo.

De fato, preceitua o art. 923 do CPC:

Art. 923. Na pendência de processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio. (sem grifos no original).

De idêntico modo é a Jurisprudência:

“Pendente ação possessória sobre o imóvel, será inadmissível ação de usucapião, por aplicação literal do art. 923.” (RJTJESP 62/230)

No mesmo sentido: RT 490/67, 617/176 *et alii*.

Logo, para o Autor pleitear a aquisição da propriedade mediante usucapião, deverá, na inicial, comprovar mediante certidão negativa, a inexistência de ação possessória relativa à área usucapienda. Entender a questão de outra forma corresponderia a violar disposição expressa da legislação processual civil (art. 923, CPC).

Assim, nos termos do artigo 295-VI c/c arts. 284 e 283, todos do CPC, requer seja declarada a inépcia da inicial, extinguindo-se o feito sem julgamento meritório (art. 267-I, CPC).

4 - DO MÉRITO

Na hipótese de o processo alcançar julgamento *in meritum causae*, o que se considera apenas para argumentar, o Estado do Amazonas protesta desde já pelo inexorável decreto de improcedência do pedido, à consideração da manifesta falta de arimo jurídico para a pretensão externada.

Ora, o Autor anseia obter, por meio da Ação de Usucapião, a declaração de aquisição do domínio, por prescrição aquisitiva, de terreno que, a bem da verdade, constitui propriedade do Estado do Amazonas, por força da sentença condenatória sofrida no processo mencionado, em

grau de recurso, bem como sobre área ocupada, por longa data, pelo Estado do Amazonas, conforme se verificou pela vistoria.

Como se não bastasse a verdadeira impossibilidade jurídica do pedido formulado, de usucapião sobre terras públicas, cabe considerar, por oportuno, que o objeto em causa não está sujeito à prescrição aquisitiva, ex vi do art. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição da República, que dispõem:

“Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

Ressalta-se, ainda, a vedação que decorre do teor da Súmula 340 do STF, que concebe os bens públicos como indisponíveis.

O interesse do Opoente na presente causa, conforme já mencionado supra, reside no fato de que o imóvel disputado entre os particulares-opostos consubstancia terras públicas pertencentes ao Estado do Amazonas.

Dessa feita, o Opoente, enquanto legítimo proprietário do imóvel, tem garantido o exercício do direito constitucional de propriedade (artigo 5º XXII) que confere para si o uso, gozo e disposição do bem em relação direta e de forma irrestrita, em detrimento e com prevalência sobre qualquer situação jurídica de outrem incidente sobre a coisa. Daí, como emanção do exercício dessas faculdades integrantes do direito de propriedade, exsurge por igual a posse do Poder Público sobre o imóvel.

Sem embargo, “o domínio patrimonial do Estado sobre seus bens é direito de propriedade, mas direito de propriedade pública sujeita a um regime administrativo especial. A esse regime se subordinam todos os bens das pessoas administrativas, assim considerados bens públicos, e, como tais, regidos pelo direito público, embora supletivamente se lhes apliquem algumas regras da propriedade privada. Mas advirta-se que as normas civis não regem o domínio público; suprem, apenas, as omissões das leis administrativas” (Tratado de Usucapião, Benedito Silvério Ribeiro, vol. I)

Assim é que os artigos 98 a 103 do Código Civil proclamam a natureza ímpar do regime jurídico dos bens públicos, concebendo-os indisponíveis, inalienáveis e fora do comércio.

Enfrentando a exegese desses dispositivos, Pontes de Miranda, servindo-se de construções jurisprudenciais do Excelso Pretório, pontifica a respeito da propriedade e posse dos bens públicos:

"Todos os bens públicos (art. 86, I-III)' são hoje, inalienáveis e inusucapíveis. Contra quem alega tê-los adquirido, basta que a entidade de direito público alegue e prove ser bem público. (...) Todos os bens públicos somente podem ser alienados se a lei o permite e segundo ela o permita (Supremo Tribunal Federal, 20 de Abril de 1993, R. dos T., 106, 820: "são insuscetíveis de apropriação, de sorte que a sua posse – entenda-se a posse dos bens de uso comum ou de uso especial e a posse própria dos dominicais – não pode ser adquirida por particulares", 1ª Turma, 17 de Junho de 1943, R. de DA, I, 163, RF 96, 51, 4 de Janeiro de 1945, R. de DA, IV, 203, 16 de Janeiro de 1947, 113, 392, 19 de Junho de 1950, 132, 120, 19 de Agosto de 1946, RF, 109, 104, 21 de Setembro de 1943, R. de DA, I, 159, 17 de Maio de 1946, AJ. 93, 19, 13 de Setembro de 1949, RF, 131, 415, todos incluindo os bens dominicais)." (grifos não constantes do original – Tratado de Direito Privado, vol. 12).

No mesmo diapasão manifesta-se Clóvis Beviláqua, *in* Direito das Coisas, Forense, p. 42:

"A posse das coisas públicas, se comuns, cabe simultaneamente, ao povo, que as desfruta, e ao poder público federal, estadual ou municipal, que as administra. Das coisas públicas de uso especial e dominical, cabe a posse ao poder que as administra e a que pertencem".

¹ Correspondente aos artigos 99, 100 e 102 do atual Código Civil.

Na esteira dessa lição, é de se rejeitar a aplicação do instituto da posse, tal como disposto na seara do direito privado, ao regime a que se sujeitam os bens públicos. Ao aplicador da lei cabe ter em mente essa diferença de regime jurídico, afastando uma série de equívocos que trazem tumulto à prestação da tutela jurisdicional e transtornos às relações jurídicas da sociedade.

Segundo a lei de direito público, a iniciar pela Lei nº 601, de 1850 (1ª Lei de Terras), sempre se concebeu o fato da ocupação de terras públicas como sendo uma situação jurídica precária, cujo único efeito era o de proporcionar ao ocupante, também denominado de posseiro, o direito de preferência de aquisição do imóvel ocupado ao Poder Público, desde que mantivesse cultura efetiva acompanhada de moradia habitual assim como houvesse interesse da Administração em alienar o bem. Não discrepa desse entendimento a lição de Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 12, p. 443:

"Posseiro é conceito de direito público, que corresponde a 'posse', no sentido publicístico; ao passo que a 'posse', no sentido privatístico, corresponde a possuidor. O conceito de possuidor *possessor*, é romano e alargou-se na teoria hodierna da posse, com os conceitos de posse mediata e posse imediata. O conceito de posseiro alude a bens públicos sobre os quais se pode obter título de propriedade, por negócio jurídico entre o Estado e o posseiro. A posse, no sentido publicístico, é elemento fáctico da aquisição do direito de propriedade por ato negocial do Estado. Não se confunde com a posse, no sentido privatístico, ementa do suporte fático da aquisição do direito de propriedade pela usucapião."

A esse respeito, no Direito Positivo, o Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de Setembro de 1946, é de uma clareza irrefragável ao estabelecer, em seu art. 132, que, no caso de ocupação de bem imóvel público federal, "a União poderá, em qualquer tempo que necessitar do terreno, imitir-se na posse do mesmo, promovendo sumariamente a sua desocupação (...)"

Ora, se o Estado pode, *manu militari*, recuperar bem público, não é lícito ao particular reter esse bem em nome de uma "ocupação" advinda da tolerância do Estado. O interesse do particular não pode ir ao encontro do interesse público, segundo principiologia regente do direito público.

Razão pela qual não se concebe pretensão posse *ad interdicta* do Autor da ação de usucapião oponível ao Estado do Amazonas, ora Opoente, pois não se forma a "posse civil" em bens públicos, continuando o bem, ainda que ocupado por terceiros, sob posse e propriedade pública, sujeita, portanto a regime jurídico administrativo próprio, em face da intangibilidade do bem público, constitucionalmente assegurada.

Ad argumentandum, ainda que se admitisse a possibilidade jurídica da posse privada sobre bens públicos, tem-se como caracterizada, cristalinamente, que a posse exercida pelo Autor é injusta (art. 1200 do CC) e ilícita (art. 20 da Lei nº 4.947, de 06/04/66) e, assim sendo, incapaz, igualmente, de gerar a aquisição da propriedade.

Assim, demonstrada juridicamente a legitimidade da posse e propriedade do Opoente sobre o bem objeto da demanda, interessa mencionar que o Estado do Amazonas, enquanto titular do direito de propriedade imobiliária, tem o dever de exercê-lo em consonância e obediência às disposições legais que prevêm a destinação dessa propriedade, de forma a atender as finalidades públicas firmadas na Carta Política e que, em última análise, coincidem com a promoção do bem comum e a manutenção da paz social.

5 - DO PEDIDO

Ante o exposto, nos termos dos artigos 59 e seguintes do Código de Processo Civil, requer se digne Vossa Excelência:

a) determinar o apensamento da presente oposição aos autos da ação de Usucapião;

b) declarar a incompetência deste r. Juízo, determinando a redistribuição da presente Oposição, bem

como da respectiva Ação de Usucapião, a **Segunda Vara da Fazenda Pública Estadual**, para o prosseguimento do feito, em face do processo nº 001.02.006735-7.

c) determinar a citação dos opostos, na pessoa dos seus respectivos advogados, para, querendo, contestar o pedido, no prazo comum de quinze dias;

d) julgar procedente a presente Oposição, mediante a declaração da posse e propriedade do Estado do Amazonas sobre o bem objeto da causa, com a condenação do autor da ação de usucapião nos ônus sucumbenciais.

Para a prova do alegado, requer o depoimento pessoal das partes, sob pena de confissão, inquirição de testemunhas, cujo rol apresentará oportunamente, juntada de documentos, inspeção judicial e perícia técnica.

Dá-se a causa o valor de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais), para os efeitos fiscais.

Nestes termos,
pede deferimento.

Manaus, 31 de outubro de 2005.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA RÉGIS
Procurador do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA ESPECIALIZADA DA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL

A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, pessoa jurídica de direito público interno, representada pela Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradora infrafirmada, em conformidade com o art. 132 da Constituição da República e inciso I, do art. 12 do Código de Processo Civil, vem perante Vossa Excelência, nos autos de **EMBARGOS À EXECUÇÃO – PROCESSO N. 001.04.047177-3/001** (Execução Fiscal – Processo n. 001.04.047177-2), opostos por **SILNAVE NAVEGAÇÃO S/A.**, apresentar, na guarda do prazo legal, **IMPUGNAÇÃO**, consoante o disposto no art. 17 da Lei de Execução Fiscal, expondo e requerendo conforme abaixo:

I – DA TEMPESTIVIDADE

Determinou o despacho às fls. 50, autos dos Embargos do Devedor, a intimação da Fazenda Pública para, querendo, impugná-los.

Em 2.09.2005, consoante espelho de carga do Processo, deu-se a ciência da Fazenda Estadual, seguindo-se, à inteligência do art. 17, da Lei nº 6.830/80, o prazo de 30 (trinta) dias para impugnação.

Assim, à vista da data de protocolo, demonstra-se a tempestividade da impugnação ofertada dentro do prazo fatal de 7.10.2005.

II - DA SÍNTESE FÁTICA

A Embargante, utilizando-se da faculdade prevista no art. 16 da Lei nº 6.830/80, ofereceu embargos com vistas a opor-se à penhora por termo realizada em face de 11 (onze) embarcações.

Na salvaguarda do crédito tributário, a Fazenda Estadual, à falta de pagamento espontâneo, ingressou com

Execução Fiscal – Processo n. 001.04.047177-3, motivada a alcançar o adimplemento forçado da obrigação fiscal representada pela Certidão de Dívida Ativa n. 3963/01-3983/01-4102/01-4135/01, à época atualizadas no valor de R\$ 70.571,50 (setenta mil, quinhentos e setenta e um reais e cinquenta centavos), conforme Taxa SELIC (taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), adotada pela Lei Complementar n. 23, de 31 de janeiro de 2000.

III – DAS RAZÕES DOS EMBARGOS

Em síntese, são as razões dos embargos:

- a) multa abusiva;
- b) necessidade de juntada dos processos administrativos fiscais, para apuração da regularidade do devido processo legal;
- c) obscuridade no método de apuração da correção monetária;
- d) impossibilidade de execução parcial do crédito tributário, na hipótese da procedência de parcela do crédito fiscal;
- e) haver excesso de penhora.

Da falta de sólidos argumentos, como adiante se verá, é fácil extrair que as argumentações lançadas, em nenhum momento, demonstraram haver causas impeditivas extintivas ou modificadoras da obrigação tributária consubstanciada nas certidões de dívida ativa.

IV - DO MÉRITO

A) MULTA ABUSIVA

De início, registre-se não cuidar a multa de 100% (cem por cento) de multa moratória. Ao revés, trata-se de penalidade pecuniária aplicada devido ao não pagamento de crédito tributário na forma e prazo devidos.

O Estado, na consecução de seus fins, necessita arrecadar recursos financeiros. Para tanto, lança uso de sua força impositiva e busca, no patrimônio do particular, a receita de que necessita.

Por se tratar de obrigação que independe da vontade das partes, a atividade legislativa, encarregada de dispor da situação que, acontecida no mundo fenomênico, irá fazer nascer a obrigação de pagar tributos, deve pautar-se, na salvaguarda dos contribuintes, em normas e princípios constitucionais, dentre eles, o da vedação de confisco.

Conseqüentemente, uma das características do modelo constitucional tributário é vincular o legislador ordinário, no exercício de sua atividade, à observância do princípio da vedação de confisco (art. 150, IV, CF/88), tão-somente quando cuidar da criação ou elevação de tributos. Assim, da adequada interpretação desse artigo, resultará a inafastável conclusão de que o confisco não se aplica à atividade legislativa no tocante a penalidades, senão vejamos o teor do art. 150, IV, da Constituição da República:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV – utilizar **tributo** com efeito de **confisco**;"

De fato, no dizer autorizado de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA¹ "a tributação não pode agredir a propriedade privada, a ponto de fazê-la desaparecer. Em termos mais técnicos, não pode assumir feições confiscatórias"

De notar buscar o doutrinador conformar-se aos termos do art. 150, IV, da CF/88, que, textualmente, impõe ao ente político, no exercício de sua competência tributária legislativa, não adotar *tributos* que esgotem no todo a fonte produtora.

¹ Curso de direito constitucional tributário. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 335.

De igual sentir, é a posição defendida pelo consagrado Prof. VITTORIO CASSONE²:

"Mas, na realidade, no caso das penalidades, não implica proibição de confisco" (art. 150, IV, CF), porque esse instituto vale para a situação de "*utilizar tributo com efeito de confisco*", não para as *penalidades*, as quais envolvem operações irregulares (sonegação fiscal)." (grifamos)

"Logo, em se tratando de multa, a disposição de "proibição do confisco" não se aplica.

"Destarte, somente é possível incidir em confisco ou ofender à capacidade contributiva, em hipóteses de operações (atos, fatos ou negócios jurídicos) regulares, porquanto, na existência de *grave irregularidade fiscal*, não haverá de se falar em afetação a tais princípios." (grifamos).

Diante de todo o exposto, não há se falar em multa confiscatória. **A uma**, porque a vedação de confisco, nos termos do art. 150, IV, da CF/88, refere-se exclusivamente a tributos. **A duas**, porque a finalidade primeira da multa pecuniária não é abastecer os cofres públicos, mas impor sacrifício financeiro hábil a desestimular e reprimir condutas lesivas aos interesses coletivos, e **a três**, porque se cuida de crédito tributário declarado pela própria embargante, que o deixou de recolher na forma e prazo devidos.

Acentue-se, ainda, que por não se cuidar de multa moratória elevada de 20% para 100%, não cabem aqui os argumentos acerca do instituto da repristinação. De fato, a embargante confunde multa moratória, devida em face do atraso no pagamento do crédito tributário, com multa punitiva, aplicada em razão do não pagamento tempestivo da dívida apurada.

B) JUNTADA DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS

A certidão de dívida ativa, após certificar o assentamento regular nos registros da repartição fazendária

² IOB Repertório de Jurisprudência, São Paulo, n.6, 2. quin. mar. 2000. Caderno 1, p. 153.

de crédito vencido e não satisfeito, permite à Fazenda Pública propor a demanda executiva.

Assim, apurada a inexistência de irregularidades na constituição do crédito tributário, seguir-se-á a sua inscrição em dívida ativa; formando, portanto, título executivo, instrumento necessário ao manejo da execução fiscal, na forma disciplinada pela Lei n. 6.830/80. Daí por que não se revela necessária a juntada de cópia dos autos dos processos administrativos, uma vez que o próprio título afasta a obrigatoriedade de demonstrar a relação, ato ou fato jurídico originários da obrigação por ele representada.

Ademais, por força da inscrição em dívida ativa, outorga-se ao crédito tributário a presunção de certeza e liquidez, com inversão do ônus da prova ao executado, no caso a embargante, na forma preconizada no artigo 3º e seu parágrafo único da Lei n. 6.830/80.

Para garantir sucesso na desconstituição da Certidão de Dívida Ativa mister se faz a produção de prova inequívoca, robusta a atacar a presunção de liquidez e certeza, salvo contrário o manejo de embargos revela-se procrastinatório, com o único e exclusivo fim de obstaculizar e retardar o recebimento da dívida executada.

Analisando compêndios de jurisprudência a respeito da matéria, colhemos os seguintes excertos:

EXECUÇÃO FISCAL – CDA – PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA – EMBARGOS – ALEGAÇÕES GENÉRICAS. – INSUFICIÊNCIA.

“Embargos à Execução Fiscal. Certidão de Dívida Ativa – CDA. Presunção de liquidez e certeza, não afastada pelo embargante. Art. 3º, da Lei 6.830/80. Requisitos do art. 2º, §5º, da mesma lei. Denúncia espontânea. Art. 138, do CTN. Multa. 1. A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza, só afastada por prova inequívoca em contrário, a qual deve ser trazida aos autos pelo executado/embargante. 2. As alegações genéricas desenvolvidas nos embargos à execução, sem contudo,

ser negada a existência da dívida, não são capazes de afastar a liquidez e certeza de que dispõe a CDA.

3. Não há falar em nulidade da CDA, em vez que esta preenche os requisitos elencados pelo art. 2º, §5º, da Lei 6.830/80, tais como origem da dívida e fundamentação legal.

4. A denúncia espontânea, para afastar a incidência de multa em relação ao débito cobrado, deve ser anterior ao início de qualquer procedimento administrativo correspondente. Inteligência do parágrafo único do art. 138, do CTN.

5. **Apelação improvida.** "(Ac um da 1ª T do TRF da 4ª R – AC 1998.04.01.045814-7/RS – Rel. Juiz José Luiz B. Germano da Silva – j. 14.09.99 – Apte.: Aníbal Daniel e Cia. Ltda.; Apda.: União Federal/Fazenda Nacional – DJU-e 2 06.10.99, p. 15 – ementa oficial)³

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – DESCONSTITUIÇÃO DA CDA – PROVA INEQUÍVOCA – NECESSIDADE.

"Tributário. Embargos à execução. Multa. INMETRO. CDA.

Requisitos legais. **1. A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, cumprindo ao embargante desfazer essa presunção através de prova inequívoca, inócurrenente na hipótese.**

2. Por força do artigo 23, Inciso VIII da lei n. 8.078/90, é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, colocar no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Meteorologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO.3. Reduzida a honorária advocatícia para 10% (dez por cento) sobre o débito exequendo corrigido, adequando-a aos precedentes da Turma e aos balizamentos traçados pelo artigo 20, §4º do CPC. 4. Apelação parcialmente

³ IOB Repertório de Jurisprudência, São Paulo, n.24, 2º quin. dez. 1999. Caderno 1, p. 678.

provida". (Ac um da 6ª T do TRF da 3ª R – AC 93.03..036500-3 – Rel. Desª. Fed. Marli Ferreira, j. 20.10.99 – Apte. Superatacado Santa Tereza Ltda.; Apdo.: Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro – DJU 2 1ª .12.99, p. 691 – ementa oficial)⁴

"Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de liquidez e certeza, a exeqüente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será desmerecida, e, com o prosseguimento da execução, será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas a embargante que terá que enfraquecê-lo (...) No caso, a Certidão de Dívida Ativa está regular e não foi ilidida com as alegações formuladas pela embargante, já que não acompanhadas de nenhuma prova, como nem foi requerida a posterior produção de elemento probatório" (TRF – 5ª T. ApCiv 114.803-SC, rel. Min. Sebastião Reis, Bol 1.465/11)

EXECUÇÃO FISCAL – CERTIDÃO DE DÍVIDA INSCRITA – VALIDADE FORMAL

"Execução fiscal: Certidão de Dívida Inscrita – Validade Executiva formal – Processo Tributário Administrativo. O que torna o título formalmente eficaz e lhe imprime vigor executivo é a inscrição da dívida, que prescinde de auto-de-infração e de prévio processo administrativo. O título da dívida inscrita tem eficácia executiva formal, e a presunção de liquidez e certeza que ostenta só pode ser destruída através de prova do obrigado." (Ac um da 2ª C Civ do TJ MG – ac 000.178.423-0/00 – Rel. Des. Rubens Xavier Ferreira – j. 06.06.00 – Apte.: DMAE – Departamento Municipal de Água e Esgoto; Apdo.: Antônio Rodrigues Soares – DJ MG 06.02.01, p. 01 – ementa oficial)

⁴ IOB Repertório de Jurisprudência, São Paulo, n. 6, 1. quinz. mar. 2000. Caderno 1, p. 123.

Por traduzir o título executivo a presunção da coexistência dos requisitos de *certeza, liquidez e exigibilidade*, não se justifica a oposição de embargos que deixe de atacar eficazmente tais atributos.

É que a certeza repousa na existência da obrigação; a liquidez na determinação do valor – principal, juros, multa e demais encargos legais - ou na individuação do objeto da obrigação, consoante se refira à obrigação de pagar em dinheiro, de entrega de coisa, de fazer ou não fazer, e a exigibilidade na obrigação que não depende de termo ou condição, nem se encontra sujeita a outras limitações.

À vista das fls. 3-6, dos autos da execução fiscal observa-se conter as certidões de dívida ativa todos os requisitos necessários. Em sendo assim, cabe ao devedor, para obter o desfazimento ou a restrição da eficácia do título executivo, produzir prova inequívoca, no sentido de evidenciar a inexistência e, conseqüentemente, a incerteza ou a iliquidez.

Para ser inequívoca a prova produzida em contrário, impõe-se ser clara e precisa. Não é suficiente a simples alegação. É preciso restar comprovado, de forma a não gerar a menor objeção, que: a) não houve a inscrição da dívida; b) o órgão que fez a inscrição não tinha competência para fazê-lo; c) do termo da inscrição não consta o nome do devedor, nem o valor, natureza, origem e número do processo em que se baseou a inscrição.

Ora, as Certidões de Dívida Ativa *não omitem* essas informações; eis por que a defesa da embargante, por ser apenas protelatória, não é precisa e revela-se insuficiente para desconstituir a *liquidez, certeza e exigibilidade* do título executivo.

Ademais, compete ao interessado o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I do CPC). Se não o exerce eficientemente, assume o risco de ver sua pretensão desatendida. O fato constitutivo do direito do autor é o fato alegado que pode desfazer o título. Se a embargante não demonstra convincentemente esse fato, perde os embargos, pois prevalece a presunção de certeza que emana do título.

É dizer que a certidão da dívida ativa da Fazenda Pública Estadual, por conter presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, somente é atacável por esforço próprio do devedor, conforme se infere da decisão abaixo:

"A exequente não se obriga a fazer qualquer nova prova, além da certidão da dívida ativa, bastando-lhe a presunção de liquidez e certeza que deriva da certidão que instrui a execução fiscal(art. 204 do CTN), certo que ao sujeito passivo da relação processual cabe desfazer essa presunção" (TJSP, 10ª Câm. Cív., em 27-02-1981, ADVN. 3.990).

Logo, não sofre nulidade a execução fiscal ajuizada e desacompanhada dos processos administrativos originários das certidões de dívida ativa.

C) OBSCURIDADE DA CORREÇÃO MONETÁRIA

A União, a partir de janeiro de 1996, admitiu a Taxa Selic como índice de atualização de seus créditos tributários.

O Estado do Amazonas, no tocante aos créditos de sua competência, mesmo após Janeiro de 1996, continuou empregar a UFIR como índice de atualização monetária, na forma prevista no antigo Código Tributário do Amazonas (artigo 276 da Lei Estadual 1.320/78).

A UFIR, Unidade Fiscal de Referência, criada pela Lei Federal n. 8.383/91, era fixada por órgão federal vinculado ao Ministério da Fazenda, e continuou sendo até o final do ano de 2000, quando foi extinta por meio da Medida Provisória n. 1973-67, de 26/10/2000, hoje convertida na Lei n. 10.522/02, que no §3.º do seu art. 29 estabeleceu:

"Art. 29. *omissis*

§ 3º Observado o disposto neste artigo, bem assim a atualização efetuada para o ano de 2000, nos termos do art. 75 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fica extinta

a Unidade de Referência Fiscal – Ufir, instituída pelo art. 1º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.”

Somente com o advento da Lei Complementar Estadual n. 23, de 31/01/2000, vigente a partir de 1º de fevereiro de 2000, sofreu o Código Tributário Estadual (LC 19/97) alteração no seu artigo 300, no sentido de indicar a Taxa SELIC como índice de correção aplicável aos tributos estaduais, senão vejamos:

LEI COMPLEMENTAR N. 19/97 (Redação da LC n. 23/00).

"Art. 300 – O crédito tributário não pago no prazo previsto na legislação específica, é acrescido de juros de mora, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, ou outra taxa que vier a substituí-la, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês do pagamento."

Ante o exposto, conclui-se não haver obscuridade na aplicação da correção monetária, até porque esta, com o advento da Taxa SELIC, não mais existe nos dias atuais. É que a SELIC, além de conter os juros legais, já traz a necessária atualização monetária.

Portanto, é preciso observar a trajetória dos índices de atualização monetária, antes de aventar qualquer sorte de falha ou obscuridade, até porque a Administração Tributária Estadual não exerce qualquer influência na apuração de seus índices.

D) EXECUÇÃO PARCIAL DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO APÓS SENTENÇA DE EMBARGOS

À luz do artigo. 587 do CPC, execução definitiva é aquela fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial.

Antes, o art. 585 do mesmo diploma legal, em seu inciso VI, estabelece ser título extrajudicial a certidão da dívida ativada da Fazenda Pública do Estado, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

Conclui-se, portanto, ser a execução fiscal, operada em função de título extrajudicial (CDA), uma execução definitiva. A propósito desta característica, vale ressaltar que o título executivo revela sua natureza de definitivo ou provisório no momento de sua formação, e sua natureza não se transforma durante o curso do processo, seja em função da interposição de embargos à execução, seja em função da interposição de apelação contra sentença que julga improcedentes ou parcialmente procedentes estes embargos.

Assim, se a execução se opera de modo definitivo, através de título executivo extrajudicial, irá importar, por ser de sua própria natureza, a expropriação de bens do devedor ou o levantamento de depósitos judiciais eventualmente realizados. Em sendo provisória, pendente a condição definitiva do título, será processada na conformidade com o que prevê o art. 588 do Código de Processo Civil, que estabelece:

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

- I – corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;**
- II – o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;**
- III – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;**
- IV – eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo**

§ 1.º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2.º A caução pode ser dispensada nos casos de créditos de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.

A interpretação *a contrario sensu* do inciso II do art. 588, acima transcrito, deixa claro que, em se tratando de execução definitiva, atos que importem em alienação de domínio são possíveis, mesmo sem caução, pois essa regra acima identificada é especial e somente se aplica à execução provisória, na forma do citado artigo legal.

Se a distinção entre execução provisória e definitiva é exatamente o fato de que naquela não poderá haver atos de alienação de domínio ou levantamento de importância em dinheiro sem caução, é lícito e lógico afirmar, assim, que na execução definitiva poderá haver a expropriação de bens e o levantamento de depósito judicial sem qualquer caução. Tal entendimento é reforçado pelo fato de o art. 520 do Código de Processo Civil dispor que:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

.....omissis.....

V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes.

A respeito, registre-se lição ministrada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *in* "O Novo Processo Civil Brasileiro", 19.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, ao destacar que:

"Suspensa a execução por força do recebimento dos embargos, a sentença que os julgue improcedentes

(isto é, os rejeite no mérito) ensejará o prosseguimento do processo executivo, nos termos em que vinha ocorrendo. Ainda que contra ele se interponha apelação, tal prosseguimento em nada será afetado, pois o recurso, tendo apenas efeito devolutivo (art. 520, n.º V, com ressalva da hipótese do art. 558, parágrafo único, na redação da Lei n.º 9.139), não tolhe eficácia à sentença de improcedência, nem, portanto, mantém a eficácia suspensiva do recebimento dos embargos, que a sentença afastou."

AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA, em sua obra "A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública", 1.ª ed. São Paulo: RT, 2001, ao mencionar os efeitos da apelação em sede de embargos à execução julgados improcedentes, também entende deva prosseguir a execução: *"(...) se a sentença julgar improcedentes os embargos, a execução prosseguirá, tal como vinha acontecendo."*

Vê-se, portanto, que a doutrina construiu a tese no mesmo sentido, ou seja, que a execução definitiva, mesmo na pendência de apelação que combate sentença que julga improcedentes ou parcialmente procedentes os embargos do devedor, não perde essa natureza, devendo a execução prosseguir em razão de ser esse recurso recebido apenas no efeito devolutivo. ARAKEN DE ASSIS, em sua clássica obra "Manual do Processo de Execução", 5.ª ed. São Paulo: RT, 1998, é da seguinte opinião, ao comentar o art. 587 do CPC, p. 284:

"Aspecto interessante, que o artigo insinua e ao mesmo tempo resolve, consiste na definitividade ou provisoriedade da execução do título extrajudicial após o julgamento dos embargos do devedor que nada obstante, foi objeto de apelação sem efeito suspensivo (art. 520, V, do CPC). Representaria flagrante contra-senso, além de cancelar a completa inutilidade da amputação do efeito suspensivo da apelação nesta hipótese, transformar em provisória execução iniciada definitiva."

E adiante prossegue, ao tratar da definitividade da execução na pendência da apelação, p. 1048:

"O art. 520, V, desproveu o recurso de apelação, cabível contra a sentença que julgou improcedentes os embargos (art. 513), do seu efeito suspensivo normal. A regra suscita a questão de saber definitiva ou provisória a execução na pendência deste recurso. Não existe a menor base de convencimento, dentro do sistema, para se concluir pela provisoriedade da execução. Ela prosseguirá definitivamente.

Com efeito, basta examinar o art. 587, 2.^a parte. O recurso previsto aí se volta contra o título, e, nesta hipótese, a execução sequer chegaria ao adiantado estágio dos embargos.

Mas outros argumento coadjuvam esta impressão. Provisória a execução, consoante determina o art. 588, II, ela irá até a penhora, na expropriação, proibida a avaliação, porque ato preliminar da alienação coativa. Ora, à medida eu os embargos se sucedem à penhora (art. 659, *caput*), e, incontinenti, suspendem o processo executivo, qual o sentido de eliminar o efeito suspensivo da apelação (art. 520, V)? Nenhum. Inexiste ato, no procedimento, que o credor, pretensamente beneficiado pelo art. 520, V, pudesse praticar regularmente. De fato, a execução restaria paralisada, tornando o artigo em foco completamente inócuo."

Assim sendo, não encontra amparo legal o argumento de que, a eventual procedência parcial dos embargos à execução fiscal, permite a anulação de todo o crédito tributário correspondente.

E) EXCESSO DE PENHORA

Sustenta a embargante haver excesso na penhora realizada sobre balsas de sua propriedade.

Nota-se, Excelência, não se cuidar de excesso de penhora. Ao revés, a constrição de uma única balsa revela-se insuficiente para assegurar a satisfação integral da dívida tributária (R\$1.277.215,68), até porque a avaliação de R\$10.400.000,00 resulta de valoração atribuída pela própria embargante. Apenas após regular avaliação por oficial de justiça, será possível precisar o valor da penhora realizada em favor do executivo fiscal – Processo n.001.04.047177-3

E mais, às fls. 74, autos da execução, consta despacho determinando vista dos autos à embargada-exequente, a fim de manifestar-se acerca da penhora, especialmente sobre a avaliação.

Dessa feita, antes da avaliação, não há que se falar em excesso de penhora.

V - DO PEDIDO

Ante o exposto, requer a Fazenda Estadual sejam julgados totalmente improcedentes os Embargos do Devedor opostos, determinando-se o prosseguimento da execução e condenando-se a embargante nos ônus sucumbenciais.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exclusão de nenhum.

Nestes termos,
pede deferimento.

Manaus, 4 de outubro de 2005.

ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE DE MENEZES
Procuradora do Estado

DOCTRINA

A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL E A EMENDA CONSTITUCIONAL 45

Vitor Hugo Mota de Menezes
Procurador do Estado

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo a análise dos efeitos causados pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45 sob a perspectiva do Direito Internacional Público.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Constituição brasileira e o Direito Internacional. 3. Hierarquia das normas de tratados e convenções de direitos humanos. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a análise dos efeitos causados pela promulgação da 45ª Emenda da Carta Suprema brasileira, sob a perspectiva do Direito Internacional Público, em particular quanto à problemática da hierarquia das normas.

É uma tentativa de entender com que status as normas emanadas do Direito Internacional ingressam no Direito Brasileiro, tanto os tratados do chamado *jus cogens*, quanto aqueles outros que versem sobre os direitos humanos.

2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL.

A Constituição Brasileira de 1988, conquanto analítica e detalhista, foi lacônica com o Direito Internacional, mas dispôs

no Art. 4º que: "*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:*

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações."

Quanto ao processo de ingresso de normas do Direito Internacional no Direito Brasileiro o constituinte reservou apenas o item VIII do art. 84, competenciando o Presidente da República de forma privativa para celebrar tratado, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

Todavia, no tocante a sua hierarquia, o plexo normativo interno foi silente, gerando discussões doutrinárias diversas e pacificada apenas jurisprudencialmente, até a emenda 45 de dezembro de 2004 quando acrescentou-se o parágrafo 3º ao art. 5º, ficando assim redigido:

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

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O parágrafo terceiro acrescentado, determina que tratados internacionais relativos a direitos humanos ratificados pelo Brasil tenham *status* constitucional, desde que sejam aprovados, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passando a ter, após tal procedimento, valor de emenda constitucional.

Como dito anteriormente, o Constituinte Derivado, veio tratar de tema que parecia resolvido no seio do Supremo Tribunal Federal, mas que continuava mal digerido no campo doutrinário: o enquadramento hierárquico das normas internacionais de direitos humanos dentre as fontes normativas do sistema jurídico brasileiro. Ressurge, assim, a já antiga questão, devendo sofrer nova análise com base na interpretação imposta pelo novel preceito de nosso Diploma Fundamental.

É de crucial importância a questão, uma vez que há inúmeros preceitos internacionais consubstanciados em tratados cuja compreensão ainda não foi bem desenvolvida e cuja força deontica também não vem sendo bem aplicada na solução dos casos concretos, um exemplo disso é a prisão de depositário infiel, (Tratado de São José da Costa Rica) de garantias penais e processuais, dentre outros.

3. HIERARQUIA DAS NORMAS DE TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

A alteração na Constituição, conquanto pareça simples, não é meramente técnica ou estilística; traduz, em verdade, a preocupação do Constituinte em preservar os interesses básicos dos *"brasileiros e estrangeiros residentes no País"*, ainda que muitos desses direitos não estejam expressos claramente em textos de direito positivo nacional, mas que já começam a brotar nas fontes internacionais.

Na senda jurisprudencial - Supremo Tribunal Federal - o tratado internacional, qualquer que seja ele, uma vez celebrado com a ritualística do art. 84, VIII da Constituição da República, referendado pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo, promulgado e publicado por Decreto Presidencial, entra no sistema jurídico pátrio com o grau de lei ordinária, não podendo nem mesmo versar sobre matéria em que exija lei complementar, é o que ficou assentado na ADIn nº 1.480/DF - Rel. Min. Celso de Mello - Informativo STF nº 135.

Neste diapasão segue a maioria dos constitucionalistas clássicos como Manuel Gonçalves Ferreira Filho¹, por exemplo, que atribuem *status* de lei ordinária a qualquer tratado internacional, seja relativo a direitos humanos ou não. Firma-se esse posicionamento, principalmente, na interpretação de forte tendência literal do art. 102, III, *b*, da CF, *verbis*:

"Art. 102. 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:

(...)

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;"

¹ *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.98-9

Inferre-se daí que, se é cabível recurso extraordinário em caso de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado, não especificando o Constituinte, que tipo de tratado seria, é porque "quis" afirmar a superioridade da Constituição em face de todas fontes do Direito Internacional. É como se manifestou o Min. MOREIRAALVES, *verbis*:

"Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)" (RHC 79785 / RJ, julgado em 29.03.2000, publicado em 22.11.2002, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno).

Sempre defendi o status de Lei Ordinária para os tratados de qualquer natureza ao argumento de que o procedimento de ingresso no direito pátrio tinha ritualística e quorum de votação assemelhado ao dessa espécie, razão pela qual deveria a convenção internacional ser a este ente normativo assemelhado. Ademais, o fato de que, em sede de direito comparado encontrar-se referências expressa à hierarquia superior dos tratados internacionais, não obriga o direito pátrio fazê-lo, em obediência ao princípio da autodeterminação e soberania.

Ora, quando o Constituinte alienígena desejou elevar seu status normativo, como na Argentina, por exemplo, segundo informa o Min. Moreira Alves no mesmo voto, - em que as fontes internacionais de direitos humanos naquele País têm força constitucional - o fez expressamente.

Outro exemplo ocorre nos EUA e na Grã-Bretanha, onde este problema está expresso no conhecido exceto que diz: *"internacional Law is part of the Low the Land"*. É dizer, confere status de norma maior aos tratados.

O artigo 133 da Constituição do México de certa forma também deixa clara a supremacia dos

tratados internacionais em relação às normas internas quando expressa a seguinte dicção:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las constituciones o leyes de los Estados".

Extrai-se desse artigo uma hierarquia de normas no âmbito legislativo mexicano, sendo, segundo Manuel Ramirez², o seguinte:

"Como podemos ver, en este artículo se establece una jerarquía de las normas en el ámbito mexicano: en primer lugar se encuentra la Constitución, ordenamiento jurídico más alto; en segundo lugar las leyes constitucionales y los tratados, y en tercer lugar coexisten el derecho federal y el local."

Ainda Ramirez³ fazendo uma contextualização do tema, relaciona como funciona o sistema de normas do DIP em outros Estado, e esclarece:

"A manera de análisis comparado, podemos identificar que en las Constituciones de algunos Estados las normas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal y fuente directa de derecho y obligaciones para sus habitantes. Tal situación ocurre en las constituciones de Alemania; (Constitución de 1949, artículo 25, 6 Artículo 90) Austria; (Artículo 28-1) Grecia; (Artículo 8.1) Rusia (Artículo 15-4: "los principios generales y las normas del derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación Rusa son parte de

2 Derecho Internacional Público. UNAM, 2004. p. 15

3 Derecho Internacional Público. UNAM, 2004. p. 127

su sistema jurídico. En el caso de que los tratados internacionales de la Federación Rusa establezcan reglas contrarias a las contenidas en las leyes entonces se aplican las leyes de los tratados internacionales") En el caso de Espana, la recepción es inmediata, aunque se requiere de la publicación en el Diario Oficial de Espana".

Relativamente à Constituição de Portugal as normas do Direito Internacional prevalecem, em tese, sobre as normas do direito interno, como se afere da conjugação dos itens nº 1 e 2 do artº 8º, art. 16 e nº 2 do art 277 da Constituição da República Portuguesa.

Todavia, J. J. Gomes Canotilho⁴ entende que há, na verdade, uma certa paridade entre os dois sistemas jurídicos argumentando o seguinte:

"Defende se a Paridade entre o D.I. e a CRP, na medida em que esta consagra como valores de Direito interno as principais normas de "ius cogens", como a paz e segurança nacional (nº 1 do artº 7º da CRP com ligação ao nº 2 da Carta das Nações Unidas), que salvaguardam o carácter imperativo de "ius cogens" e da CRP, numa situação de paridade, sem incompatibilidade entre ambos, os Direitos Humanos (se verificarmos os trabalhos preparatórios da CRP de 1976, estes são trabalhados sobre aquela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo nº 1 e nº 2 do art. 16 da CRP, e ainda as questões Económicas (sem consenso à data)".

Por fim, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, conquanto o Brasil nunca tenha referendado, estabelece no seu artigo 27 que os estados partes estão proibidos de invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o descumprimento de um tratado. Assim, mesmo não tendo referendado, não se pode dizer que o direito brasileiro pode se esquivar de cumprir normas internacionais que livremente tenha contratado.

4 Canotilho, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1995. p. 512.

4. CONCLUSÃO

As normas criadas ou alteradas pela Emenda Constitucional nº 45 e que foram objeto dessa breve reflexão representam relevantes modificações de Direito Internacional, especialmente no ramo Público especialmente quanto à aplicabilidade dos Direitos Humanos.

Em análise final, percebemos que a novidade exposta integra a tendência de constitucionalização do Direito Internacional. Esta prática é comum também em outros países, mas no caso do Brasil esta é realizada de forma incompleta ou detalhista demais, causando conflitos de interpretações. O grande número de conceitos indeterminados, aliado às reafirmações de políticas internas e externas governamentais, dificultam o trabalho do intérprete jurídico.

Muitos estudiosos, dentre eles Flávia Piovesan, defendiam já que todos os acordos internacionais versando sobre direitos humanos já possuíam força constitucional, ancorada no §2º do artigo 5º da Constituição. Este entendimento agora é derrubado pelo novo § 3º do mesmo artigo. Será esta a principal discussão empreendida nos próximos meses.

Sem muita pretensão, conquanto quedemos ao ditame constitucional do novel § 3º do Art. 5º da CF em que **"Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos *que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,* serão equivalentes às emendas constitucionais"**, enseja interpretar que outros não terão essa ritualística nem tampouco esse status.

Assim, os demais tratados internacionais que não versam sobre *direitos humanos*, não têm natureza de norma constitucional e, logo, terão sim, natureza de norma infraconstitucional, (lei ordinária como sempre defendi), extraída do art. 102, III, *b*, da Carta Magna de 1988.

Esperamos que o conteúdo desta reflexão seja de alguma utilidade no debate sobre os reais efeitos dessa alteração. Encerramos com os dizeres do inolvidável mestre

Celso Mello: "... é que o *Direito Constitucional* tem uma imensa dificuldade em se adaptar ao DIP, que é a superestrutura de uma sociedade internacional que está em uma constante transformação" (MELLO, 2000, página 276).

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Curso de direito internacional público*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares Editora, 1958.v. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos Internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.org.br>. Acesso em: 1 fev. 2005.

MELLO, Celso de. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAMIREZ, Manuel. **Derecho internacional público**. UNAM, 2004.

A TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Jorge Henrique de Freitas Pinho
Procurador do Estado

1. Aspectos Gerais do Mandado de Segurança Coletivo.
 - 1.1. Legitimados Ativos: Partidos Políticos, Sindicatos, Entidades de Classe e Associações.
 - 1.1.1. Necessidade de expressa autorização dos membros ou filiados.
 - 1.1.2. Pertinência temática entre a matéria deduzida em juízo e os fins institucionais da entidade.
 - 1.1.3. Defesa de direitos de uma parte de associados ou filiados.
 2. Diferenças entre Direitos Coletivos e Direitos Difusos.
 3. A Tutela de Interesses Difusos através do Mandado de Segurança Coletivo.
 4. Conclusão.
 5. Referências.

1. Aspectos Gerais do Mandado de Segurança Coletivo

Ao lado do mandado de segurança individual, previsto no inciso LXIX do art. 5º da Constituição de 1988, o legislador constituinte inovou radicalmente quando introduziu, no inciso seguinte, o LXX, a figura do mandado de segurança coletivo.

A autonomia do mandado de segurança coletivo decorre do fato de que esse instituto se inclui na categoria das ações coletivas que tutelam interesses transindividuais, o que o coloca num patamar diferenciado do mandado de segurança individual que visa a tutela precípua de interesses ditos "egoísticos", posto que não escapam do âmbito dos direitos do impetrante.

Muito embora constitua instituto autônomo, mesmo porque se encontra sediado formalmente em inciso próprio corpo do art. 5º da Constituição, o mandado de segurança coletivo se vale do rito tradicional do mandado de segurança individual, aproveitando-se dos lineamentos da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, como de alguns de seus

pressupostos objetivos, respeitadas, por óbvio, as especificidades do instituto, algumas das quais, diga-se de passagem, vêm enfrentando sérias dificuldades na jurisprudência no que pertine à amplitude de utilização desse instrumento, como se demonstrará mais adiante.

Assim, a primeira diferença que se sobreleva do cotejo dos incisos LXIX e LXX, marcando a diferença do mandado de segurança coletivo, refere-se aos legitimados ativos, posto que pode ser impetrado por: partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Aspecto peculiar do mandado de segurança coletivo prende-se à praticidade do instituto no que se relaciona com a possibilidade de se simplificar disputas em que seria necessário o ajuizamento de inúmeros processos individuais, o que pode ser resolvido com o ajuizamento de um único processo coletivo pertencente a um determinado grupo ou categoria, evitando-se, com isso, o risco de ocorrerem decisões em sentidos diametralmente opostos.

O mandado de segurança coletivo, como o individual, também necessita da existência de direito líquido e certo como condição de admissibilidade do *mandamus*. Direito líquido e certo é aquele que resulta incontroverso, sobre o qual não existem dúvidas quanto à sua existência material no processo, pois, como ensina Celso Agrícola Barbi¹ “o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo *no processo*: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, *no processo*. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”.

¹ Celso Agrícola Barbi. Do Mandado de segurança, p. 85.

Lucia Valle Figueiredo² faz diferença, todavia, no que concerne à prática de comissiva ou omissiva de atos abusivos ou ilegais por parte de autoridade coatora, concluindo que os atos coatores no mandado de segurança individual são diversos dos atos do coletivo, posto que naqueles é necessário que a grave lesão tenha ocorrido ou esteja em vias de acontecer, ao passo que nestes basta tão somente a ameaça de constrição ao direito. Disso resulta para a autora o caráter totalmente diverso das sentenças proferidas em mandados de segurança coletivos.

Com efeito, para Lúcia Valle Figueiredo³, existem diferenças nos efeitos das sentenças em mandados de segurança coletivos impetrados por sindicatos por aqueles impetrados por associações. Nas seguranças ajuizadas pelas associações os efeitos da sentença ficam adstritos ao âmbito dos associados, ao passo que nas seguranças interpostas por sindicatos que tutele interesses de associados e categoria, os efeitos da sentença alcançariam a categoria.

No que diz respeito à coisa julgada, Lúcia Valle Figueiredo⁴ entende que se deva procurar a solução *secundum eventum litis*, valendo-se do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, para concluir, que se favorável a decisão no mandamus fará coisa julgada, caso contrário, poderá ser ajuizado mandado de segurança individual, haja vista que não seria admissível que alguém pudesse ter a garantia do art. 5º, LXIX, da Constituição afastada somente porque integra uma classe ou um sindicato que propôs inadequadamente uma segurança, ou que não diligenciou para que ela chegasse a bom termo.

1.1 Legitimados Ativos: Partidos Políticos, Sindicatos, Entidades de Classe e Associações

Ultrapassados os aspectos gerais do mandado de segurança coletivo, começo a introduzir as questões mais polêmicas do tema, iniciando com a legitimação ativa.

² Lúcia Valle Figueiredo. Mandado de segurança, pp. 46/50.

³ Lucia Valle Figueiredo. Mandado de segurança, p. 50.

⁴ Lucia Valle Figueiredo. Mandado de segurança, p. 51.

O primeiro dos legitimados à impetração de mandado de segurança coletivo é o partido político com representação nacional. A exigência constitucional que se impõe a um partido político, no sentido de que possa ajuizar mandado de segurança coletivo, é, tão somente, que detenha, pelo menos, deputado federal ou senador da república em seus quadros. Vale dizer, basta que o partido político tenha um representante seu na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, para estar legitimado a ingressar com a segurança coletiva. Aliás, é bom frisar que essa exigência é idêntica à legitimação de partido político para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade nos termos do art. 103, VII da Constituição da República.

Questão que tem dividido doutrina reside na discordância de autores quanto à existência de restrições constitucionais ao âmbito de legitimação ativa dos partidos políticos. Lúcia Valle Figueiredo defende que os partidos políticos não conhecem restrições constitucionais⁵, estando, portanto, legitimados a representar interesses não apenas de seus filiados, mas de toda a sociedade.

Nesse mesmo sentido posiciona-se Alexandre de Moraes⁶, quando afirma:

"Ora, se todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), o alistamento eleitoral (CF, art. 14, § 3º, III), a razão de existência dos partidos políticos é a própria subsistência do Estado Democrático de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 1º, V – consagra o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecê-los concedendo-lhes legitimação para o mandado de segurança

⁵ Lúcia Valle Figueiredo. Mandado de segurança, p. 42.

⁶ Alexandre de Moraes. Direito constitucional, p. 166.

coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública.”

Discordando da amplitude de representação que se pretende conferir aos partidos políticos, o reverenciado mestre Calmon de Passos⁷ assevera:

“A legitimação sem fronteiras que seja reconhecida aos partidos políticos significará o caos, além de transferir para o âmbito do Judiciário (arena inadequada) a luta política que deve ser levada a cabo em outro campo.”

Calmon de Passos⁸ indica, ainda, peculiar forma de atuação dos partidos políticos, através da qual estes além de defender seus filiados, poderiam, de igual modo, atuar subsidiariamente em relação às entidades representativas:

“Os partidos não poderão atuar se a entidade constituída para certo interesse coletivo em determinada unidade administrativa ou política do país não atuou, porque não lhe é dado expressar essa vontade coletiva, que já dispõe de órgão legitimado para isso, mas poderá defender esse mesmo interesse em determinada unidade administrativa ou política do país na qual inexistente entidade representativa desse interesse. Ele supre a deficiência da organização e mobilização política local, mas não pode se sobrepor à vontade social já organizada em condições de se manifestar legitimamente na esfera jurídica da organização estatal.”

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que os partidos políticos não dispõem de legitimidade para substituir todos os cidadãos, em mandado de segurança coletivo, consoante se pode verificar deste recente julgado:

⁷ José Joaquim Calmon de Passos. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e “Habeas Data”: constituição e processo, p. 21.

⁸ Idem. pp. 23/24.

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 196184/AM, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 27/10/2004, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00006 EMENT VOL-02180-05 PP-01011)

Semelhante ao do Supremo Tribunal Federal, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode verificar do seguinte aresto:

"PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - PARTIDO POLITICO - ILEGITIMIDADE.

Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto.

Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles." (MS 197/DF, Rel. Ministro JOSE DE JESUS FILHO, Rel. p/Acórdão Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08.05.1990, DJ 20.08.1990 p. 7950)

Conforme se pode observar, vem prevalecendo na jurisprudência dos tribunais superiores a tese de

que os partidos políticos não têm legitimação para representar outras pessoas que não os seus próprios filiados.

Passando a examinar a legitimação dos sindicatos, entidade de classe e associação, é importante destacar três aspectos relevantes no que concerne à possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo por esses legitimados. São eles:

a) se é exigível ou não expressa autorização de seus membros ou filiados para o ajuizamento da demanda;

b) se deve haver pertinência temática entre a matéria deduzida em juízo e os fins institucionais da entidade;

c) se é possível a atuação desses legitimados na defesa dos direitos de apenas uma parte de seus membros ou filiados.

1.1.1 Necessidade de expressa autorização dos membros ou filiados

O primeiro aspecto a ser observado decorre do conteúdo do art. 5º, XXI, da Constituição quando estabelece que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente" (grifei).

José Afonso da Silva⁹ entende que a expressa autorização no sentido de autorizar a impetração de mandado de segurança coletivo é necessária para todos os casos em que se reclama do direito subjetivo individual dos associados, posto que o art. 5º, XXI, que trata da legitimação ativa das entidades associativas, prevalece nesse caso como regra geral.

Não obstante, corrente majoritária da doutrina, na qual se encaixam Uadi Lamêgo Bulos citado pelo próprio José Afonso da Silva em nota de rodapé, juntamente com Lúcia Valle

⁹ José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo, p. 437.

Figueiredo¹⁰, Hely Lopes Meirelles¹¹, Alexandre de Moraes¹², Michel Temer¹³ e Celso Ribeiro Bastos¹⁴, este último com algumas ressalvas, entende que não há necessidade de autorização expressa a cada caso, bastando a existência de autorização genérica nos estatutos sociais da entidade. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Calmon de Passos¹⁵ diferencia, com acurado senso prático, três situações em que a entidade pode ingressar em juízo com mandado de segurança coletivo:

a) em seu próprio favor, na defesa de direito público subjetivo de que seja titular;

b) em favor de associados, porque expressamente autorizada por eles na espécie; aqui, pode a entidade agir sem qualquer limitação ou vínculo, porque o objetivo do inciso XXI do art. 5º da CF foi proporcionar o apoio (serviço) da entidade ao associado, nos limites em que o associado julga conveniente esse apoio;

c) em favor de seus membros ou associados, como substituta processual e independente de autorização deles, por estarem em jogo direitos (individuais) de associados seus, direitos esses que guardam certo vínculo com os fins mesmos da entidade (interesse qualificador do vínculo associativo).

Bem a propósito, o Supremo Tribunal Federal, comunga do mesmo entendimento, conforme se pode ver da seguinte decisão:

**"CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA
COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.
AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: DESNECESSIDADE.**

¹⁰ Lúcia Valle Figueiredo. Mandado de Segurança, p. 38.

¹¹ Hely Lopes Meirelles. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção. "Habeas Data", p. 26.

¹² Alexandre de Moraes. Direito Constitucional, p. 177.

¹³ Michel Temer. Elementos de Direito Constitucional, p. 202.

¹⁴ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. Comentários à Constituição do Brasil. vol. 2. p. 353.

¹⁵ José Joaquim Calmon de Passos. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e "Habeas Data": constituição e processo, p. 13.

OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, b. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. Súmula 268-STF.

I - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.

II - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no Inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.

III - O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.

IV - Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 268-STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo.

V - Mandado de Segurança não conhecido." (STF – Pleno – MS nº 22.132/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.11.96, p. 39.848.)

Esta matéria é, inclusive o objeto da súmula 629 do Supremo Tribunal Federal que estabelece:

"SÚMULA 629. A impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes".

A seu turno, o Superior Tribunal de Justiça manifesta entendimento, no sentido de que não há necessidade de

autorização expressa quando previsto nos estatutos, só sendo necessária nos casos de representação conforme este julgado:

PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LEGITIMAÇÃO ATIVA DE ASSOCIAÇÃO.

1. A jurisprudência pacificou entendimento de que na expressão “denegação de segurança” (art. 105, II, “b” CF/88) inclui-se a decisão que extinguiu o mandado de segurança sem exame do mérito.
2. As associações não precisam estar autorizadas para impetrarem mandado de segurança coletivo como substituto processual de seus associados (art. 5º, XXI, e LXX da CF/88).
3. A exigência de autorização só é imprescindível em caso de representação.
4. Recurso ordinário conhecido e provido.” (RMS 12.748/TO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.11.2001, DJ 11.03.2002 p. 217)

De igual modo, também não há necessidade de ser apresentada a relação nominativa dos beneficiados pela impetra.

1.1.2 Pertinência temática entre a matéria deduzida em juízo e os fins institucionais da entidade

O segundo ponto que se coloca em discussão é o que se relaciona com a necessidade da matéria a ser objeto de litígio estar relacionada com os fins da entidade impetrante, o que configura pertinência temática, conforme defende Cassio Scarpinella Bueno¹⁸.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se firmando no sentido de que o direito alegado deve ter vínculo com o objeto da entidade impetrante, ou com a atividade de

¹⁸ Cassio Scarpinella Bueno. Mandado de segurança, p.34.

seus associados. Todavia não se exige que esse direito seja peculiar e próprio daquela classe, assim como se pode ver dos seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: DESNECESSIDADE. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, b. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. Súmula 266-STF.

I. - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.

II. - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.

III. - **O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.**

IV. - Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 266-STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo.

V. - Mandado de Segurança não conhecido. (MS 22132/RJ. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 21/08/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18-11-1996 PP-39848 EMENT VOL-01846-01 PP-00185 RTJ VOL-00166-01 PP-00166)

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LEGITIMAÇÃO - NATUREZA DO INTERESSE. O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta, o que se configura quando em jogo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas previstas na Lei n. 7.689/88. Na espécie, a controvérsia está relacionada com a própria atividade desenvolvida pelas empresas, o lucro obtido e a incidência linear, considerada toda a categoria, da contribuição social. Portanto, se as atribuições do sindicato se fazem em prol daqueles que congrega, forçoso é concluir pela existência do indispensável nexo." (STF – 2 T. – Rex nº 157.234/DF – Rel. Min. Marco Aurélio, DJ em 22.09.95, p. 30.608.)

1.1.3 Defesa de direitos de uma parte de associados ou filiados

Cássio Scarpinella Bueno¹⁷ defende que não há necessidade que a impetração busque a tutela, necessariamente e em qualquer caso, da totalidade da classe, sendo suficiente que a ilegalidade ou o abuso de poder diga a parte da classe, destacando que o que é fundamental é que se verifique a pertinência temática entre o objetivo da impetração e o vínculo associativo.

A matéria encontra-se pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal através da Súmula n. 630 que dispõe:

"SÚMULA 630. A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria".

2. Diferenças entre Direitos Coletivos e Direitos Difusos.

Examinadas as questões relativas à legitimação ativa do mandado de segurança coletivo, passamos a discorrer sobre

¹⁷ Cássio Scarpinella Bueno. Mandado de segurança, p. 34.

as diferenças entre direitos coletivos e direitos difusos, haja vista sua importância para definir o objeto do mandado de segurança coletivo.

Neste passo, é de bom alvitre salientar que tanto os interesses coletivos quanto os interesses difusos estão inseridos na categoria dos interesses metaindividuais, que recebem esta designação com o propósito de se diferenciarem dos interesses individuais de caráter "egoístico". Assim a partícula "meta" está a indicar que esses interesses ultrapassam a esfera de atuação do indivíduo, de modo que possam adquirir prevalência no tecido social devido à sua natureza eminentemente altruística.

Fundamental, todavia, é proceder à distinção entre interesses difusos e coletivos, tomando como ponto de partida o artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece:

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

A diferença, no texto da lei, é bastante sutil mas aferível, tal como salientou Edis Milaré¹⁸:

¹⁸ Edis Milaré. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional. Saralva, 1990. p. 27-28.

"Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil – por se referirem a situações em diversos aspectos análogos – tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada, mas determinável de pessoas. Funda-se também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico de interesses coletivos ausente nos interesses difusos".

O caráter ambíguo das expressões difuso e coletivo, decorre do fato de que ambas permitem inferir a idéia de extensão, aplicável a uma quantidade coisas pessoas. Não obstante, como se observou na dicção do art. 81 do Código de Defesa do Consumido, bem como no art. 129, III da Constituição Federal, no art. 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública, referem-se separadamente a interesses difusos e coletivos.

Segundo Rodolfo Mancuso¹⁸ os interesses difusos "são interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo, podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. os consumidores)."

Já os interesses coletivos têm em comum com os interesses difusos indivisibilidade de seu objeto. Todavia, distinguem-se pela origem, uma vez que os interesses coletivos, na redação do art. 81, parágrafo único, II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, dizem respeito a um grupo, determinado ou determinável, ligados pela mesma relação jurídica básica.

¹⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. p. 118-120.

3. A Tutela de Interesses Difusos através do Mandado de Segurança Coletivo

Fixada a necessária distinção entre interesses difusos e interesses coletivos, cabe indagar se é possível tutelar, em sede de mandado de segurança coletivo, interesses difusos como é o caso do meio ambiente.

José Afonso da Silva²⁰, sem maiores aprofundamentos, responde positivamente a indagação alegando que “as associações que tenham entre as suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente também estão investidas de legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo com tal objeto”.

Para a professora Lucia Valle Figueiredo²¹, não obstante o texto constitucional utilize a expressão coletivo, para designar o mandado de segurança movido pelos partidos políticos, sindicatos, entidades de classe e associações, no seu entender, a Constituição não proíbe a proteção de direitos difusos, como é o caso do meio ambiente. No entanto, destaca que “os direitos difusos são muito menos confortados” pela figura constitucional do mandado de segurança coletivo, sendo tutelados de maneira mais tranqüila pela ação civil pública.

Muito embora na doutrina o entendimento de que seja possível o manejo de mandado de segurança coletivo com vistas a obter a proteção de interesses difusos, como o meio ambiente, é importante destacar que, no campo jurisprudencial existem controvérsias quanto à possibilidade de se tutelar interesse difuso através de mandado de segurança.

A começar pelos Tribunais Regionais Federais, não foi possível encontrar mandados de segurança coletivos que tutelassem o meio ambiente. Todavia foram localizadas posições discordantes dentro do Tribunal da 3ª Região quanto à possibilidade de tutela de interesses difusos em segurança coletivo. Vejamo-las:

²⁰ José Afonso da Silva. *Dirêito ambiental constitucional*, p. 322.

²¹ Lucia Valle Figueiredo. *Mandado de segurança*, p. 33.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - CONTRIBUIÇÕES DO PIS - DECRETOS-LEIS NS. 2.445/88 E 2.449/88 - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.

I - O mandado de segurança coletivo deve ser impetrado para proteção de interesses próprios e específicos da categoria profissional representada pela associação ou sindicato impetrante. Exegese do artigo 5, LXX 'b' da cf.

II - *A discussão sobre a contribuição ao pis não se enquadra na matriz constitucional de cabimento de mandado de segurança coletivo, por cuidar-se de interesse difuso.*

III - Apelação conhecida, julgando-se, contudo, o impetrante carecedor da segurança. (TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Processo: 90.03.031113-7. UF: SP. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data da Decisão: 06/05/1992. Documento: TRF300001832. Fonte DOE DATA:01/06/1992 PÁGINA: 17. Relator JUIZ THEOTONIO COSTA)

* * *

DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - IRF. TABELA. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO OU ENTIDADE DE CLASSE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM EXAME DO MÉRITO. ANULAÇÃO.

1. Cabe salientar que a discussão sobre a correção monetária da tabela do IRPF é direito que, embora não seja exclusivo, peculiar e próprio da classe que integra o sindicato ou entidade-impetrante, encontra-se, certamente, "compreendido nas atividades exercidas pelos associados", ou seja, é inequívoco que a correção da tabela do IRPF afeta direitos de todos os trabalhadores, sindicalizados e associados, ou não, o que é suficiente para legitimar o respectivo sindicato, ou associação de classe, à substituição processual, como postulada.

2. O vínculo, que une os trabalhadores e legitima a formação de sindicatos e associações de classe, não se estabelece

apenas em face de interesses e lides contra, por exemplo, empregadores, mas pode abranger outras situações jurídicas e personalidades, inclusive o Poder Público, no que esteja a atuar como poder tributante.

3. Se admitirmos que o fato de todos os trabalhadores, em geral, estarem sujeitos ao imposto de renda conferiria generalidade ao interesse, operando em prejuízo do direito de ação coletiva pelos sindicatos das diversas categorias econômicas ou profissionais, ou por associações de classe, estaríamos a diminuir o campo de defesa constitucional justamente em relação a tributos que podem alcançar, por sua extensão, a maior parcela da população que, por vezes, dada a hipossuficiência, não teria interesse, compreensão, motivação, enfim, condições de propor ação para a defesa de direito ou interesse, por mais relevante que eventualmente seja.

4. O IRPF tornar-se-ia como que um tributo intangível à impugnação, por via de MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, restando ao Poder Judiciário, então, o exame de milhares e milhares de demandas individuais e, claro, apenas dos que eventualmente pudessem promovê-las, o que contraria o sentido da própria existência das ações coletivas.

5. É conhecido o receio de que writs coletivos transformem-se em ações diretas de inconstitucionalidade, o que, porém, não procede como discurso geral, pois podem existir elementos de identificação de interesses subjetivos e concretos, em demandas da espécie, que justifiquem o controle difuso de constitucionalidade, cuja limitação a partir de conceitos como interesse peculiar, exclusivo e específico, como assinalado, apenas atuaria na eliminação do direito à defesa coletiva.

6. Certo, pois, que o simples fundamento constitucional da demanda não a convola em sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, se identificada na lide, em termos concretos, o conjunto de interesses subjetivos, cuja defesa

coletiva seja promovida por substituição processual, por sindicatos ou associações, em mandados de segurança impetrados em face de ato de autoridade fiscal.

7. Os campos de controle, como se observa, são distintos e devem conviver de forma harmônica, mesmo porque os writs coletivos podem veicular mais do que apenas matéria constitucional, ampliando o horizonte para aspectos de legalidade, ou mesmo de infralegalidade, como fundamentação suficiente, e para cujo exame a jurisdição ordinária tem competência constitucional, e respaldada por princípios como o do juiz natural e do amplo acesso ao Poder Judiciário, solução que, sobretudo, democratiza o acesso ao Poder Judiciário, aspecto da maior relevância nos precedentes da Suprema Corte.

8. Não se pode, igualmente, erigir, como condição do writ coletivo, impetrado por sindicatos ou associações, a autorização expressa de seus filiados, por se cuidar, na espécie, de hipótese de substituição e não de representação processual.

9. Precedentes. (TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 179110. Processo: 97.03.020033-8. UF: SP. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data da Decisão: 23/06/2004. Documento: TRF300092702. Fonte DJU DATA:08/06/2005 PÁGINA: 297.Relator Para Acórdão JUIZ CARLOS MUTA. Relator JUIZ NERY JUNIOR)

A decisão contrária proteção de interesse difuso via mandado de segurança coletivo é de 1992, ao passo que decisão que mudou o entendimento é de 2004, sendo, a Turma, por maioria, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal CARLOS MUTA, vencido o Relator que lhe negava provimento.

No Tribunal Regional Federal da 2ª Região foi encontrada a seguinte decisão, unânime e recente, contrária à tutela de interesses difusos através de mandado de segurança coletivo, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUSPENSÃO DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. DECRETO Nº 2.271/97. ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS DO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AUSÊNCIA DE "FUMUS BONI IURIS" E "PERICULUM IN MORA" A JUSTIFICAR A MEDIDA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE NA LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA ASSOCIAÇÃO PARA PERSEGUIR, NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, INTERESSES DIFUSOS DE TODA A SOCIEDADE. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE E EFICIÊNCIA DO SERVIÇO PÚBLICO.

1. Não se afigura plausível a existência de legitimidade ativa "ad causam" para associação de funcionários propor mandado de segurança coletivo na tutela de interesse difuso – observância de concurso público para ingresso no serviço público. Inexistência de qualquer ofensa a direito específico da categoria, tampouco de parte dela.

2. A descrição dos postos controvertidos revela que os mesmos destinam-se a suprir áreas de apoio administrativo e manutenção predial, inexistindo evidência de ofensa ao disposto no Decreto nº 2.271/97, além de estarem sendo exercidos por mão de obra terceirizada, desde 2001. 3. Agravo de Instrumento provido. (TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO, Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 124599, Processo: 200402010029681 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data da decisão: 26/05/2004 Documento: TRF200124271. Fonte DJU DATA:22/06/2004 PÁGINA: 266. Relator(a) JUIZ ROGERIO CARVALHO)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram encontrados julgados favoráveis à proteção de interesses difusos via mandado de segurança, posicionamento defendido pelo Min. Carlos Velloso, então membro do STJ, que parece existir na casa desde 1992, com este julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. INTERESSES DIFUSOS.

I – O mandado de segurança individual visa à proteção da pessoa, física ou jurídica, contra ato de autoridade que cause lesão, individualizadamente, a direito subjetivo (cf., art. 5º, LXIX).

Interesses difusos e coletivos, a seu turno, são protegidos pelo mandado de segurança coletivo (cf., art. 5º, LXX), pela ação popular (cf., art. 5º, LXXII) e pela ação civil pública (Lei 7.347/85).

II - Agravo regimental improvido. (AgRg no MS .266/DF, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12.12.1989, DJ 19.02.1990 p. 1028)

Já no Supremo Tribunal Federal a questão se apresenta de modo diferente. Encontramos duas decisões monocráticas tratando da matéria, mas em sentido oposto. A mais antiga, de 1992, foi apresentada pelo Ministro Carlos Velloso que defendeu sua posição histórica no STJ de que é possível tutelar interesses difusos em mandado de segurança coletivo. A segunda decisão monocrática, mais recente do Min. Sepúlveda Pertence, contrapõe-se à utilização do mandado de segurança para proteger interesses difusos. São as seguintes decisões:

Despacho: - Vistos. O CONSELHO PRÓ-BRASIL MONÁRQUICO, pessoa jurídica de direito privado, de finalidade cívico-cultural, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, apontando como autoridades coatoras os Excelentíssimos Senhores PRESIDENTES DA MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL. Ao cabo de longas e substanciais considerações, formula o seguinte pedido: "(...) Ante o exposto, presentes o "fumus boni juris" e o "periculum in mora", conforme as razões constantes deste, com fundamento nos artigos 5º, I, II, XXXVI, LXIX, da Constituição da República, artigo 2º, do A.D.C.T., DA MESMA CONSTITUIÇÃO, artigos 4º, 5º, 6º, da Lei de Introdução do Código Civil, arts. 1º et sequitur, da L.F. nº 1.533/51, sem prejuízo de toda e qualquer outra disposição

constitucional e legal, aqui expressamente invocadas, ingressa com a presente AÇÃO CIVIL DE MANDADO DE SEGURANÇA ONDE P—E—D—E—, concomitante, sucessiva e ou alternativamente, que SEJAM ANULADOS OS ATOS DE APRESENTAÇÃO DISCUSSÃO, VOTAÇÃO, APROVAÇÃO DOS PROJETOS DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nºs 51/90, DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E Nº 008/92, DO SENADO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, AS QUAIS TEM O PRECÍPUO FIM DE MODIFICAR A REGRADO ARTIGO 2º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, QUANDO PRETENDEM ANTECIPAR A DATA, QUANTO ALTERAR O MODO DO RESPECTIVO PROCESSO DE CONVENCIMENTO, DO PLEBISCITO QUE DECIDIRÁ, A 7 DE SETEMBRO DE 1993, SOBRE A ESCOLHA DAS FORMAS E SISTEMAS DE GOVERNO QUE IRÃO VIGER NESTE PAÍS. OUTROSSIM, EM PEDIDO CONCOMITANTE, SUCESSIVO E ALTERNATIVO, CASO HAJAM SIDO ULTRAPASSADAS AS FASES ANTERIORES DE PROCESSO LEGISLATIVO, PELAS MESMAS RAZÕES EXPOSTAS, SEJA RECONHECIDA A INEXEQUIBILIDADE JURÍDICA DA EMENDA, E, POR SER ASSIM, SEJAM ANULADOS OS RESPECTIVOS ATOS DE PROMULGAÇÃO RECONHECENDO-SE SERA MESMA IRRITA E NULA.” (fl. 15)

A medida liminar foi requerida, para o seguinte fim: A) SEJA RETIRADO DA ORDEM DO DIA, O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 008/92, ORA EM TRAMITAÇÃO NESTE SENADO FEDERAL, UMA DAS CÂMARAS DO PODER LEGISLATIVO; B) SE, PORVENTURA, JÁ TENHA INGRESSADO NA ORDEM DO DIA E TENHA TAMBÉM PASSADO PELAS FASES DE DELIBERAÇÃO E APROVAÇÃO, O PROJETO Nº 008/92, SEJAM SUSTADOS OS SEUS PASSOS SEGUINTE VISANDO A PROMULGAÇÃO RESPECTIVA; C) SE ABSTENHAM AS AUTORIDADES COATORAS, RESPECTIVAMENTE PRESIDENTES DA MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL,

ASSIM COMO ESTAS, DE PROMULGAREM OS PROJETOS DE EMENDA CONSTITUCIONAL ACASO APROVADOS DE Nºs 51/90 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E 08/92, DO SENADO FEDERAL, QUE OBJETIVAM ANTECIPAR O PLEBISCITO PREVISTO NO ARTIGO 2º, DA A.D.C.T., DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, COMO E PORQUE ALTERAM, SUBSTANCIALMENTE, SUA FIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL." (fl. 14) Isto posto, decido. Trata-se, no caso, de mandado de segurança individual, impetrado com expressa invocação no art. 5º, LXIX, da Constituição. O mandado de segurança individual visa à proteção da pessoa, física ou jurídica, contra ato de autoridade que cause lesão a direito subjetivo (C.F., art. 52, LXIX). **Os interesses, difusos e coletivos, a seu turno, são protegidos pelo mandado de segurança coletivo (C.F., art. 5º, LXX), pela ação popular (C.F., art. 5º, LXXIII) e pela ação civil pública (Lei 7.347/85). Esse o entendimento que sustentei, no Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do MS 266 (AgRg) - DF (RSTJ 10/264). Disse eu, então, que o mandado de segurança inscrito no Inc. LXIX do art. 5º da Constituição "visa a proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data.** Direito líquido e certo, protegido pelo mandado de segurança individual, é direito subjetivo que decorre de uma relação fático-jurídica, vale dizer, fato-norma de direito positivo. Incontrovertos, os fatos, pode ser ajuizado o writ", porque ao juiz será possível aplicar a norma de direito positivo, assim completando a relação fático-jurídica. Dessa incidência poderá surgir o direito subjetivo, caso em que o mandado de segurança será deferido. O direito subjetivo distingue-se do mero interesse legítimo, segundo a doutrina e a jurisprudência. Celso Barbi lembra, registrei em trabalho que escrevi sobre o tema, que os administrativistas franceses e italianos distinguem o interesse puro e simples do direito subjetivo. Há interesses a que a lei confere forte proteção; outros, a lei protege, mas o faz de forma mais fraca. Aqueles

constituem os direitos subjetivos; estes, os meros interesses. Pugnei, na linha da lição de Celso Barbi, pela interpretação ampla do disposto no art. 1º, parág. 2º, da Lei 1.533, de 1951, para o fim de fazer com que o mandado de segurança protegesse, também, o mero interesse ("Curso de Mandado de Segurança", Ed. R.T., págs. 88-90). A interpretação preconizada. De modo que está assentado, tanto nas lições dos doutrinadores como nos arestos dos Tribunais, que o mandado de segurança individual visa a proteger, apenas, direito líquido e certo, e que direito líquido e certo é direito subjetivo. Noutras palavras: o mandado de segurança individual não protege os meros interesses legítimos, quer os difusos, quer os coletivos". Escrevi, mais, que, "nas razões de agravamento, sustentam os agravantes que os interesses difusos, hoje, constituem direitos que encontram proteção no mandado de segurança individual. Esclareci, no despacho agravado, que já sustentei essa posição. Entretanto, nem a jurisprudência nem a doutrina acolheram esse ponto-de-vista. Os agravantes citam, em seu pro, J. C. Barbosa Moreira. Este, todavia, que sempre pugnou pela proteção dos interesses difusos através do mandado de segurança, esclarece, ratificando o que está no nosso despacho, que "doutrina e jurisprudência firmaram-se no sentido de que o mandado de segurança é instrumento de proteção apenas contra ato que afete de maneira individualizada a esfera jurídica de alguém" (J.C. Barbosa Moreira, "Legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro", Rev. Forense, 276/1). Hoje, acrescentei, "a questão perde relevância, por isso que os interesses difusos e coletivos podem ser defendidos através do mandado de segurança coletivo (C.F., art. 5º, LXX), da ação popular (C.F., art. 5º, LXXIII) e da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 1985)." (RSTJ 10/254). No RE nº 103.299-RJ, Relator o Sr. Ministro Francisco Rezek, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido do acima afirmado: o mandado de segurança individual protege, apenas, direito subjetivo. O acórdão, que é de 30.06.86, está assim ementado: "Mandado de

Segurança. Direito subjetivo. Interesse. Descabe o mandado de segurança quando o impetrante não tem em vista a defesa de direito subjetivo, mas a de mero interesse reflexo de normas objetivas. Precedentes e doutrina." (RTJ 120/328). Posta assim a questão, verifica-se que, no caso, descabe o writ, dado que o impetrante teria, no máximo, interesse na não aprovação do projeto de emenda, projeto que, a esta altura, já foi votado e aprovado pelo Congresso Nacional, pelo que se converteu em emenda constitucional. A segurança, pois, a esta altura, dirige-se contra lei em tese, o que, também, impede que a ação tenha prosseguimento (Súmula 266). Do exposto, nego seguimento ao pedido. Publique-se. Brasília, 20 de agosto de 1992. Ministro CARLOS VELLOSO –Relator. MS 21552 / DF. Relator(a) Min. CARLOS VELLOSO. DJ DATA-10-09-92, P-14595 Julgamento 20/08/1992.

* * *

DECISÃO: O Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Sobradinho impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, contra a criação do Parque Nacional de Boqueirão da Onça para, em síntese, se determine a realização de consulta pública nos moldes do art. 22, § 2º, da L. 9985/2000. Indeferi a liminar nos seguintes termos: "Indefero a liminar. Duvidosa, na espécie, é a admissibilidade do mandado de segurança, assim como a legitimação do Sindicato impetrante. De outro lado, a implantação do cogitado Parque Nacional do Boqueirão da Onça - como "unidade de proteção integral" - não se consuma com o simples decreto de criação, pois assegurados, pela L. 9985/00, a desapropriação das áreas particulares nele compreendidas (art. 11, § 1º), assim como, às suas populações tradicionais a indenização ou compensação pelas benfeitorias existentes e a realocação pelo Poder Público, "em local e condições acordadas entre as partes" (art. 42 e D. 4340/02, arts. 35ss): o que basta a elidir a iminência de danos irreparáveis. Solicitem-se informações." As informações foram prestadas. O parecer do Ministério

Público é pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da segurança. Decido. Leio, no ponto que interessa, quanto ao conhecimento da segurança, o parecer do Ministério Público, da lavra da em. Subprocuradora-Geral Sandra Cureau: "I. Do não conhecimento do pedido - Estabelece o inciso LXX do art. 5º da Carta Política de 1988: "LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados." (Grifamos). Assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, comentando o mesmo inciso: "qualquer dessas entidades pode ser sujeito ativo do mandado de segurança coletivo, mas, enquanto as indicadas na alínea b só podem agir "em defesa dos interesses de seus membros ou associados", o partido político, em relação ao qual não se fez a mesma restrição, poderá agir na defesa de interesses que extrapolam aos de seus membros ou associados; caso contrário, não haveria razão para mencioná-lo, separadamente, na alínea a". (Grifei). Hely Lopes Meirelles entende que, embora o art. 5º, LXX, "b", da Constituição Federal faça referência à "defesa dos interesses dos seus membros", "somente cabe o mandado de segurança coletivo quando existe direito líquido e certo dos associados, e no interesse dos mesmos é que a entidade, como substituto processual, poderá impetrar a segurança, não se admitindo, pois, a utilização do mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos, que deverão ser protegidos pela ação civil pública". (Grifo nosso). **Na hipótese, o impetrante pretende defender um interesse difuso, que extrapola aos interesses de seus membros. A consulta pública precedente à criação do parque nacional de preservação do bioma da Caatinga é de interesse, também, de todas as demais comunidades dos Municípios balanos a serem atingidos. Afirma Hugo Nigro Mazzilli: "(...) no caso dos interesses difusos, a**

lesão ao grupo não decorrerá da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante. Assim, por exemplo, um dano ambiental que ocorra numa região envolve tanto uma situação fática comum como uma relação jurídica que incida sobre a hipótese; mas o grupo lesado compreende apenas os moradores da região atingida - e, no caso, este será o elo fático que caracterizará o interesse difuso do grupo." Dessa forma, tendo em vista que o interesse defendido não é coletivo, mas difuso, não tem cabimento este writ. No entender de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "o mandado de segurança coletivo é instrumento utilizável apenas para defesa do interesse coletivo da categoria integrante da entidade de classe ou do sindicato". E, comparando a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, acrescenta: "nas três hipóteses, o que se protege são os interesses meta individuais, os chamados interesses públicos, que abrangem várias modalidades: o interesse geral, afeto a toda a sociedade; o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis. (...) A proteção do interesse coletivo, pertinente a uma coletividade determinada, é feita por meio do mandado de segurança coletivo" (Grifos no original). Assim, restando demonstrada a inadmissibilidade da via eleita, desde logo, é de não ser conhecido este writ. Por outro lado, ainda que fosse cabível a medida adotada, o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Sobradinho não possui legitimidade para tomar qualquer providência processual relacionada à criação do Parque Nacional do Boqueirão da Onça, cuja área atingirá vários Municípios da região. Há uma comissão, representante da comunidade do Município de Sobradinho/BA, da qual o impetrante, inclusive, participa, criada especificamente para cuidar dos assuntos atinentes à criação desse parque. Por isso, qualquer providência processual teria que ser tomada pela comissão e não por

apenas um de seus membros, como foi feito. Portanto, a impetração não merece ser conhecida, seja pela inadmissibilidade da via eleita, seja pela ilegitimidade ativa ad causam.” O correto raciocínio doutrinário do parecer do Ministério Público é bastante para não conhecer da impetração. **O mandado de segurança coletivo, assentou o Tribunal no MS 21.291, 20.10.95, relator o em, Ministro Celso de Mello, destina-se à proteção de direitos subjetivos da entidade de classe impetrante, não de simples interesses, entre os quais os difusos.** Observe que o impetrante não demonstrou, de plano, qualquer violação a direito líquido e certo a ser protegido mediante mandado de segurança, uma vez que se limitou a reproduzir material informativo de meio virtual e relatório de revisão para discussão de criação do parque, que não são documentos suficientes para tal fim (v.g., MS 24.422, Ellen Gracie, DJ 10.2.03). Nego seguimento ao pedido (art. 21, § 7º, do RISTF). Brasília, 1º de julho de 2004. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator (MS 24394 / DF, Relator(a) Min. SEPÚLVEDA PERTENCE DJ DATA-06/09/2004 P – 00047, Julgamento: 01/07/2004).

A dificuldade encontrada na jurisprudência no sentido de se permitir a tutela de interesses difusos no mandado de segurança coletivo decorre de duas circunstâncias básicas: a primeira que, segundo esses julgados, interesses coletivos e interesses difusos são categorias jurídicas diferenciadas; e, segundo que o mandado de segurança coletivo se presta a tutelar apenas interesses coletivos relativos ao âmbito dos legitimados, ou seja, partidos políticos, associações, entidades de classe e sindicatos.

Este problema ganhou relevo a partir do momento que o Supremo Tribunal Federal limitou a atuação dos partidos políticos ao âmbito dos seus filiados, como se demonstrou com as decisões acima colacionadas. Essa restrição aos partidos políticos criou uma séria limitação à utilização do mandado de segurança coletivo na tutela de interesses difusos.

Outro aspecto a ser observado se relaciona com os efeitos da sentença nos mandados de segurança coletivos, porquanto, se estivermos tratando de interesses difusos que são indeterminados e indivisíveis e não se prendem a uma categoria específica ou grupo, haveria dificuldade nos efeitos "erga omnes" da sentença posto que ficarão sempre restritos aos legitimados para impetração da segurança coletiva, daí, entender-se que os interesses difusos não seriam tuteláveis através do mandado de segurança coletivo.

Contra esse argumento poder-se-ia afirmar que um mesmo fato, não raro, enseja efeitos em diferentes níveis de interesses, como no caso de uma exigência tributária que atinge tanto indivíduos isoladamente quanto seus interesses coletivos quando agrupados em uma associação, entidade de classe ou sindicato, o que permitiria a utilização do mandado de segurança coletivo como bem entendeu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região ao julgar Processo: 97.03.020033-8. UF: SP, acima referido. Aliás, numa situação como esta é possível que várias associações ou entidades de classe ajuízem mandado de segurança coletivo para tutela dos interesses de seus filiados.

Todavia, os efeitos da decisão do mandado de segurança coletivo são sempre limitados ao espectro de atuação do legitimado ativo, ou seja, ficará sempre restrito à associação, entidade de classe, sindicato ou partido político.

A única forma de vencer esse obstáculo seria alterar a Constituição na parte referente ao mandado de segurança coletivo para nele inscrever a possibilidade de produção de efeitos erga omnes que ultrapassassem os limites dos interesses do legitimados ativos. Entendo necessária a alteração da Constituição Federal e não a edição de uma lei para esse fim, posto que da forma como se encontra redigido o inciso LXX do art. 3º da Constituição, que se refere apenas à legitimação para o mandado de segurança coletivo, haveria dificuldade em convencer o Supremo Tribunal Federal de mudar o seu entendimento quanto à limitação do mandado de segurança coletivo aos legitimados para sua impetração.

4. Conclusão

Não obstante os interesses difusos venham se revelando cada vez mais numerosos trazendo à tona temas que colocam o ser humano centro de referência, como o que acontece no direito à sadia qualidade de vida, à proteção ambiental, ao respeito às etnias e minorias, posto que, como ensinava Kant, o homem nunca deve ser um meio, mas um fim em si mesmo.

O elemento ético afigura-se, assim, sobremodo relevante e indispensável de tal sorte que faz emergir uma massa crítica de cidadãos, orientados por uma conduta ética, que fica a reclamar pela tutela de seus interesses, para o que não dispõe de outra possibilidade senão a de recorrer ao Poder Judiciário com vistas a merecer a indispensável tutela jurisdicional.

Esses interesses difusos, por assim dizer, são aspirações legítimas, ainda que indeterminadas e contingenciais de uma coletividade que não podem aguardar até que se definam como direitos subjetivos, mesmo porque o volume de interesses e a quantidade interessados pode, certamente, frustrar a sua reparação judicial, caso não sejam tutelados de forma difusa.

Todavia, não sem qualquer fundamento, restam ainda algumas resistências aos interesses difusos. Existe por parte do Poder Público, especialmente, do Poder Executivo a preocupação com a interferência que o Poder Judiciário poderia vir a ter nas escolhas políticas que competem ao Poder Executivo, posto que legitimado a realizá-las pelo mandato conferido pela população em sufrágio universal.

Também não se pode perder de vista os custos do atendimento às necessidades coletivas, pois nada que demanda dinheiro pode ser absoluto. Conforme salientam STEPHEN HOLMES e CASS SUSTEIN²², "nenhum direito cuja eficácia

²² STEPHEN Holmes e CASS SUSTEIN. (The cost of the rights: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W.W. Norton & Co., 1999, p. 97).

pressupõe o gasto seletivo dos recursos do contribuinte pode, em última instância, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário, sem a observância das conseqüências orçamentárias que afetam a competência dos outros Poderes”

Com efeito, diante da carência de recursos públicos e das ilimitadas necessidades dos indivíduos, diuturnamente, vê-se o Poder Público diante de *escolhas dramáticas*. Exemplo disso é o do médico que, tendo que atender duas pessoas em estado grave, opta por dar a um ou a outro atendimento prioritário, sob pena de salvar qualquer dos pacientes. Assim, embora os dois enfermos tenham igualmente assegurado o direito à vida, o profissional terá, necessariamente, de fazer uma opção.

Enveredando por esta senda, verdade é que não existe um padrão pré-definido do que seria mais justo para que as escolhas dramáticas sejam tomadas. O fato é que as decisões alocativas determinam o quanto vai ser disponibilizado, quais serviços serão implementados e quem vai ser atendido, de acordo com critérios objetivos e subjetivos, nem sempre considerados justos por aqueles que findam sendo preteridos no momento dessas escolhas dramáticas.

Daí surgem questionamentos tais como os formulados por JUAREZ FREITAS²³, que adverte: “em que medida o juízo provisório de um magistrado totalmente alheio à solução de um dado problema social (ex. a organização do atendimento médico à população carente na periferia da cidade de São Paulo) é mais legítimo do que o juízo provisório formulado por um órgão administrativo que, por dever de ofício, está envolvido com o assunto permanentemente (no nosso exemplo: a Secretaria Municipal de Saúde)?” (O direito processual e o direito administrativo, “in” SUNDFELD, Carlos Ari. Direito processual público: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26).

²³ Juarez Freitas . O direito processual e o direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito processual público: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26

Embora a Constituição não contemple comando indeclináveis para as opções de alocação de recursos, essas escolhas devem ficar por conta dos órgãos políticos, competentes para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Aliás, segundo destaca CELSO CAMPILONGO, uma das fronteiras da aplicação da *regra da maioria*, inerente à democracia, é exatamente a das questões técnicas, que devem ser decididas por especialistas, que, no caso de alocação de recursos, fica a cargo dos administradores (*Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 46-47).

Certamente, é por conta desses argumentos do Poder Executivo confrontados com a robustez dos argumentos dos que defendem a prevalência dos interesses difusos que o Poder Judiciário vem variando nas posições jurisprudenciais.

Não se pode deixar de considerar, ainda que a tutela dos interesses difusos se insere num panorama político, passível portanto de sofrer ou se prestar a dar fundamento à diferenças ideológicas. Tudo isso, torna mais complexa uma questão, que examinada apenas nos seus aspectos jurídicos já é bastante controvertida.

A solução para essa questão não existe pronta e acabada, ao alcance da mão na prateleira de uma livraria. Dizer pura e simplesmente que interesses difusos são amparáveis por mandado de segurança coletivo, não resolve a questão. É preciso, na verdade, muito mais que uma generalização. Os interesses difusos devem ser examinados, segundo a situação em que se apresentam, para que o Poder Judiciário possa decidir com certeza sobre as providências a serem adotadas.

5. Referências

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de segurança. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Mandado de segurança. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, JUAREZ. O direito processual e o direito administrativo. In: **SUNDFELD, Carlos Ari. Direito processual público: a fazenda pública em juízo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. The cost of the rights: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: W.W. Norton & Co., 1999, p. 97.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data". 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MILARÉ, Edis. A ação civil pública na nova ordem constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e "Habeas Data": constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Direito ambiental constitucional. 5. ed.** São Paulo: Malheiros, 2004.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

A IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA UNIPESSOAL NO ÂMBITO DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho*

Sumário: 1. Introdução: colocação do problema – 2. As empresas públicas no direito brasileiro – 3. Forma societária das empresas públicas: a questão da unipessoalidade – 4. Empresas públicas unipessoais no âmbito dos Estados, DF e Municípios? – 5. Conclusões – Referências.

1. Introdução: colocação do problema

A idéia de elaboração do presente estudo surgiu com o advento da Lei estadual n. 2.828, de 02.10.2003, que procurou reestruturar a Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Amazonas – SNPH, com a alteração de sua personalidade jurídica, tendo passado a ser “empresa pública unipessoal”.

A assessoria jurídica da referida entidade justificou a adoção da forma societária em questão por entender que a figura da empresa pública unipessoal é permitida pelo Direito Administrativo. Concluiu a referida assessoria jurídica que as empresas públicas podem adotar qualquer forma admitida no direito pátrio, inclusive a forma de sociedade unipessoal (Parecer n. 006/04-SNPH e Parecer n. 024/2004-SNPH).

Defendeu a assessoria jurídica da SNPH que “a empresa pública unipessoal, na verdade, é sociedade administrativa, ou seja, não se rege pelo Código Civil ou pelo Código Comercial, mas sim pelas normas gerais ditadas pela

* Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da SEFAZ/AM. Professor de Direito Financeiro e Tributário e de Direito Econômico no Centro Universitário CIESA. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Constituição Federal e leis específicas". Sustentou aquela assessoria jurídica que "a unipessoalidade não é só característica das sociedades anônimas, mas também é uma forma criada pelo Direito Administrativo, exclusivo para as empresas públicas".

Visando chegar a uma conclusão sobre o tema, analisa-se, no presente trabalho, o regime jurídico das empresas públicas no direito brasileiro, com ênfase nas formas societárias de que podem se revestir e, em seguida, a possibilidade de existência de sociedades unipessoais (e, conseqüentemente, de empresas públicas unipessoais, notadamente no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios).

2. As empresas públicas no direito brasileiro

A CF/1988, em seu art. 173, permite que o Estado (tomada a expressão como sinônimo de "poder público") explore diretamente atividade econômica quando necessário "aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

O dispositivo constitucional transcrito evidencia o caráter excepcional da intervenção direta do Estado na economia¹ e que, por conseguinte, a atividade econômica deve ser preferencialmente desenvolvida pelos particulares, consagrando a livre iniciativa, fundamento da Ordem Econômica nacional (art. 170, *caput*, CF/1988)² e da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/1988).

¹ CRUZ, Paulo Márcio. Política, poder, Ideologia e Estado contemporâneo. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 225.

² Reforçando tal entendimento, o art. 170, parágrafo único, da CF/1988 diz ser livre o exercício "de atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei" (grifamos). A lei mencionada no dispositivo constitucional referido, no entender de Romeu Bacellar Filho, é lei complementar (*Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção curso & concurso), p. 173). Comentando a ressalva constante da parte final do parágrafo único do art. 170 da CF/1988, assevera o autor citado: "Importante frisar que o dispositivo não está a restringir a liberdade de iniciativa, muito menos a autorizar tal atitude por norma

A liberdade econômica, no entanto, não é absoluta. Com efeito, embora a atividade econômica seja tipicamente privada, permite o art. 173 da CF que o Estado, em situações especiais, intervenha diretamente no domínio econômico³. Na redação do referido dispositivo constitucional, encontra André Ramos Tavares a consagração do princípio da *subsidiariedade*, "na medida em que a exploração de atividade econômica pelo Estado é considerada uma exceção à regra geral"⁴.

As formas empresariais que o Estado pode assumir, para fins de intervenção direta na economia, são aquelas indicadas no § 1º do art. 173 da CF/1988, a saber: *empresa pública e sociedade de economia mista*⁵.

A expressão "empresas estatais" (ou, ainda, "empresas governamentais") pode ser tomada numa acepção ampla ou numa acepção restrita. Num sentido amplo, tal expressão abrange todos os agentes econômicos do Estado (comerciais, industriais, financeiras), incluindo as empresas públicas propriamente ditas, as sociedades de economia mista

infraconstitucional, pois esta liberdade, bem como a liberdade de concorrência é suscetível de avaliação prévia da Administração Pública em relação a certas atividades, cujo desempenho requer obediência a *padrões mínimos que, se não observados, podem prejudicar o interesse público*" (grifamos) (Ob. cit. p. 174). Seria o caso, por exemplo, de lei que exija autorização prévia para o exercício de certas atividades em razão do atendimento de requisitos relativos à segurança, higiene etc.

³ A intervenção *direta*, em que se destaca a atuação do Estado empresário, opõe-se a intervenção *indireta*, que se realiza por meio da regulação estatal da economia. A intervenção estatal, nesse caso, não se dá como agente econômico, mas como agente normativo e regulador da atividade econômica, determinando, controlando ou influenciando o comportamento dos agentes econômicos, visando orientar tais comportamentos em direções socialmente desejáveis.

⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 280. Discorrendo sobre a noção de subsidiariedade, assevera José Alfredo de Oliveira Baracho: "A concretização jurídica do princípio está vinculada à enunciação de condições de ingerência estatal, fixando todos os limites diferentes, avaliados sob o critério do bem comum" (*O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 85).

⁵ A leitura do § 1º do art. 173 conduz ao entendimento de que as demais entidades estatais (autarquias e fundações públicas) não podem atuar no campo econômico, mas apenas na prestação de serviços públicos (art. 175, CF/1988). Nesse sentido: FÁRIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 523.

e outras entidades porventura instituídas como "braços estatais" no setor econômico. Num sentido mais restrito, designa apenas uma modalidade de agente econômico, constituído exclusivamente por capitais públicos (as empresas públicas propriamente ditas, cuja definição encontra-se estampada no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967⁶).

As empresas estatais, tomadas aqui em sentido amplo (empresas públicas e sociedades de economia mista), submetem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, § 1º, II, CF/88)⁷. A razão de tal comando constitucional é que, num Estado de Direito, não seria justo que o poder público, exercendo uma atividade concorrente com a do setor privado, pudesse se valer de privilégios decorrentes de sua posição para obter melhores resultados, gerando uma verdadeira "concorrência desleal" com os empresários particulares.

Ressalte-se, no entanto, que a disposição do art. 173, § 1º, II, da CF/1988 não pode ser entendida em termos absolutos, isto é, de modo literal, pois como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, "se é fato que as entidades em causa se submetem basicamente ao Direito Privado, não menos verdade é que sofrem o influxo de princípios e normas publicísticos, a começar por uma série deles radicados na própria Constituição" (grifos no original)⁸.

⁶ De acordo com o inciso II do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 29.09.1969), considera-se empresa pública: "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito".

⁷ Desnecessário é, pois, segundo entendemos, o disposto no § 2º do art. 173 da CF/1988, assim redigido: "As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado". Ora, se, a princípio, o regime jurídico das empresas privadas é o aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica (inclusive quanto aos aspectos tributários, como salienta o art. 173, § 2º, II, CF/1988), decorre daí a conclusão óbvia de que estas não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos àquelas.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 594-595. Nesse sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos,

Com efeito, mesmo as estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que explorem atividade econômica estão submetidas às regras constitucionais que exigem a realização de concurso para a investidura em cargos e empregos públicos (art. 37, II, CF/1988) e de licitação pública, nos casos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI c/c art. 173, § 1º, III, ambos da CF/1988)⁹.

Nesse sentido é a lição de Tadeu Rabelo Pereira, que, com propriedade, assevera: "as estatais que constituam instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico submetem-se a normas de direito privado, condizentes com a atividade por elas desenvolvida, *ressalvadas modificações pontuais previstas na Constituição*, das quais merecem referência, por se apresentarem as mais importantes, a necessidade da realização de licitação e concurso público" (grifamos)¹⁰.

que, analisando o regime jurídico aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica, escreve: "A verdade segundo a qual se trata de entidades regidas pelo Direito Privado não deve obnubilar a verdadeira assertiva de que em muitos dos seus aspectos continuam a ser regidas pelo Direito Público" (*Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 194).

⁹ É que, como bem destaca Cristiane Derani, uma "atividade exercida pelo Estado será sempre distinta do exercício privado. O Estado não é um agente de mercado, mesmo quando participa no mercado, pois seu interesse, capital, e organização são distintos" (*Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 213). A autora citada assevera: "Em suma, nenhuma das atividades do Estado é estritamente de mercado, basicamente porque o interesse que move a ação não é o lucro, mas o interesse coletivo" (grifamos) (Ob. cit. p. 58).

¹⁰ PEREIRA, Tadeu Rabelo. Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 164. No mesmo sentido é a lição de Romau Bacellar Filho, que, discorrendo acerca do art. 173, § 1º, II, da CF/1988, expõe: "Estas estatais, embora efetivamente exerçam atividade econômica, como instrumento do Estado para intervenção do (sic) domínio econômico, não se desapegam, às inteiras, do regime jurídico-administrativo. Com efeito, não poderia ser de modo diverso, (...) pois a própria Constituição se encarrega de afirmar, nos Incisos do art. 173 (sic: os incisos a que se refere o autor citado são do § 1º do art. 173), a função social dessas entidades e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, além da submissão à licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública" (*Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção curso & concurso), p. 175). E

Conclui-se, pois, pelo exposto, que o comando do art. 173, § 1º, II, da CF/1988 é, na verdade, voltado ao legislador infraconstitucional: não pode este estabelecer distinções entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as empresas particulares *além daquelas que já se encontram dispostas no próprio Texto Constitucional*¹¹.

3. Forma societária das empresas públicas: a questão da unipessoalidade

De acordo com o disposto no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/1967 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 29.09.1969), considera-se empresa pública "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa *podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito*" (grifamos)¹².

Percebe-se que, segundo a referida norma, a empresa pública pode revestir-se, a princípio, de qualquer forma

conclui o autor citado: "Ora, equiparar a Administração Pública aos particulares é ignorar o que a Constituição sobranceiramente expressa, ou seja, que por trás de uma atividade econômica explorada pelo Estado-Administração há, necessariamente, um interesse público que dela não se dissocia, não se separa" (Ob. cit. p. 176).

¹¹ Inconstitucional é, pois, segundo nos parece, o disposto no inciso I do art. 2º da Lei federal n. 11.101, de 09.02.2005, que declara não estarem sujeitas à falência as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Em sentido diverso é a lição de Marçal Justen Filho, que entende não poder haver falência de empresa estatal, "porque a disciplina fallimentar é incompatível com a natureza das entidades da Administração indireta" (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113-114).

¹² O art. 5º do Decreto-lei n. 900, de 29.09.1969, alterou tal sistemática, ao dispor em seu art. 5º que: "Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º, inciso II, do Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios".

societária admitida pelo direito¹³. Resta saber, no entanto, se é juridicamente possível a criação de empresa pública unipessoal, tal como se deu no caso específico da SNPH.

Segundo o Código Civil de 1916, "celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns" (art. 1.363).

A partir do conceito formulado pelo Código Civil de 1916, inúmeros doutrinadores formularam seu conceito de *sociedade comercial*, acrescentando tão-somente, ao final, as expressões "no exercício do comércio" ou "de natureza comercial" para qualificar os fins (objetivos) comuns¹⁴. Tal linha de conceituação, como noticia Marlon Tomazete¹⁵, se devia ao fato da necessária distinção entre sociedades *civis* e *comerciais*, enquanto se aguardava a positivação da teoria da empresa.

Com o advento do Código Civil de 2002, e a adoção explícita da teoria da empresa, aperfeiçoou-se o conceito de sociedade, distinguindo-se agora entre as sociedades *empresariais* e as sociedades *simples*. O novo Código Civil afirma que celebram contrato de sociedade "as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados" (art. 981).

Do conceito legal de sociedade, extrai-se que, no Brasil, não se admite a sociedade unipessoal *ab initio* (isto é, que seja constituída originalmente dessa forma), havendo necessidade de, pelo menos, duas partes (dois sócios), uma vez que é contraditório ser "sócio de si mesmo". Quem exerce a atividade sozinho é o empresário individual¹⁶.

¹³ Difere, neste particular, da sociedade de economia mista, a qual, segundo o inciso III do artigo acima mencionado (com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900/1969), deve ser constituída necessariamente "sob a forma de sociedade anônima" (grifamos), sendo regida, portanto, pela Lei n. 6.404, de 15.12.1978.

¹⁴ Nesse sentido: DORIA, Dylson. Curso de direito comercial. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 156.

¹⁵ TOMAZETE, Marlon. *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 19.

¹⁶ TOMAZETE, Marlon. *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 44.

Tal regra é, no entanto, excepcionada pelo atual direito brasileiro que admite a figura da sociedade *subsidiária integral* (art. 251 da Lei 6.404/1976), uma sociedade anônima constituída mediante escritura pública, por iniciativa de sociedade brasileira, subscritora de todas as ações emitidas.¹⁷ Esta é a única hipótese admitida pelo direito brasileiro de unipessoalidade *originária*, isto é, em que a sociedade já nasce unipessoal¹⁸. Tal hipótese é admitida como forma de assegurar a exploração econômica particularizada, inconfundível, por um mesmo grupo empresarial¹⁹.

Além disso, admite-se *incidental e temporariamente* a unipessoalidade nas sociedades anônimas (art. 206, I, d, da Lei 6.404/1976), e nas demais sociedades (art. 1.033, IV, do Código Civil de 2002²⁰) a fim de preservar a atividade que vinha sendo desenvolvida, evitando-se a extinção da empresa e, conseqüentemente, protegendo os diversos interesses envolvidos (trabalhadores, comunidade, fisco etc.)²¹.

Podendo a empresa pública, como visto, revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (art. 5º, II, do

¹⁷ DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157; TOMAZETE, Marlon. *Direito societário*, cit. p. 44.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 388.

¹⁹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 177. Discorrendo acerca da sociedade unipessoal na Lei das Sociedades por Ações, Calisto Tanom Filho observa que se trata apenas de uma *fatisspecie*, não chegando a configurar uma disciplina: "Com efeito, no título 'subsidiária integral', existem apenas três artigos: um, prevendo sua existência e constituição (art. 251); outro, sua constituição através de incorporação de ações (art. 252) e o último prevendo os direitos dos antigos acionistas da sociedade incorporada caso essa resolva admitir novos acionistas (art. 253). Não existe qualquer regra de responsabilidade nem tampouco de organização ou publicidade específica para a sociedade unipessoal" (*A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 166).

²⁰ A sociedade, contratada entre dois sócios, que, posteriormente, por força de uma das causas de dissolução parcial – morte, expulsão ou retirada de sócio – tem a sua composição reduzida a um só membro, pode permanecer nessa condição por 180 dias. Se, nesse prazo, não for restabelecida a pluralidade de sócios, opera-se a dissolução da sociedade.

²¹ TOMAZETE, Marlon. *Direito societário*, cit. p. 44.

Decreto-Lei n. 200/1967, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 900/1969), seguirá a mesma o regime jurídico aplicável à espécie societária cuja forma vier a adotar.

Assim, segundo as regras do direito privado, teríamos, a princípio, que:

a) adotada a forma de sociedade anônima, poderá haver empresa pública unipessoal tão-somente na forma de subsidiária integral (art. 251, Lei 6.404/1976) e, excepcionalmente, de forma incidental e temporária (art. 206, I, d, Lei 6.404/1976);

b) adotada outra forma societária, somente poderá haver empresa pública unipessoal se, contratada originalmente entre dois sócios, tiver, posteriormente, por força de uma das causas de dissolução parcial, a sua composição reduzida a um só membro (art. 1.033, IV, Código Civil de 2002). Neste caso, ressalte-se, a unipessoalidade é *incidental e temporária*, pois somente poderá a empresa permanecer nessa condição por 180 dias²².

Ocorre que a União, por possuir competência para legislar sobre direito civil e comercial (art. 22, I, CF/1988), pode dar à empresa pública federal a estrutura societária já disciplinada pelo direito privado, ou ainda, *forma inédita prevista na lei singular que autorizou sua instituição*, consoante leciona Marçal Justen Filho: "As normas de direito civil e de direito comercial são veiculadas por leis ordinárias. E a autorização para a criação de uma empresa estatal também depende de lei ordinária. Portanto, a mesma lei que autoriza a instituição da empresa estatal pode introduzir regras específicas sobre sua forma societária"²³.

²² A única hipótese admitida pelo direito brasileiro de unipessoalidade originária é, como visto, a das subsidiárias integrais, as quais somente têm aplicação relativamente às sociedades anônimas, gênero ao qual pertencem aquelas.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118-119. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 374. Comentando o art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/1967, assevera José dos Santos Carvalho Filho: "Embora a lei tenha sido permissiva, é preciso ter a sensibilidade de não se admitir a criação de empresas públicas sob formas anômalas, incompatíveis com o aspecto societário que deve caracterizá-las" (*Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 362, nt. de rodapé n. 88).

Admite-se, pois, no âmbito federal, a criação de empresas públicas *unipessoais*, quando o capital pertence exclusivamente à pessoa instituidora²⁴, ou *pluripessoais*, quando, além do capital dominante da pessoa criadora, se associam recursos de outras pessoas administrativas²⁵.

4. Empresas públicas unipessoais no âmbito dos Estados, DF e Municípios?

Distinguindo as empresas públicas das sociedades de economia quanto à forma de organização, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶:

"Quanto à forma de organização, o artigo 5º do Decreto-lei n. 200 determina que a sociedade de economia mista seja estruturada sob a forma de sociedade anônima e, a empresa pública, sob qualquer das formas admitidas em direito (...).

A rigor, os conceitos do Decreto-lei n. 200 somente são aplicáveis na esfera federal, já que ele se limita a estabelecer normas sobre a organização da Administração Federal; e realmente ele dispõe dessa forma. (...)

No entanto, hoje a organização da sociedade de economia mista sob a forma de sociedade anônima é imposição que consta de lei de âmbito nacional, a saber, a Lei da S.A. (...). De modo que Estados e Municípios não tem liberdade de adotar outra forma de organização, já que não dispõem de competência para legislar sobre direito civil e comercial.

²⁴ Nesse sentido: ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 229-230; CARVALHO FILHO, José dos Santos.

Manual de direito administrativo. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 362. Ressalte-se, no entanto, que este último autor não restringe expressamente a possibilidade de criação de empresas públicas unipessoais ao âmbito da Administração Pública federal.

²⁵ Note-se que não é permitida a presença de pessoas da iniciativa privada no capital da empresa pública, diversamente do que ocorre com as sociedades de economia mista, que, como o próprio nome indica, têm seu capital formado da conjugação de recursos oriundos das pessoas administrativas e de recursos da iniciativa privada.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 374.

Com relação à empresa pública, a expressão 'qualquer das formas admitidas em direito' é interpretada no sentido de que a ela se poderá dar a estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial já disciplinada pelo direito comercial, ou ainda, forma inédita prevista na lei singular que a instituiu.

Já os Estados e Municípios, não sendo alcançados pela norma do artigo 5º, II, do Decreto-lei n. 200 e não havendo lei de âmbito nacional dispondo da mesma forma, terão que adotar uma das modalidades de sociedade já disciplinadas pela legislação comercial' (negritos no original; itálicos nossos).

Percebe-se, do trecho transcrito, que a ilustre administrativista sustenta que:

a) as sociedades de economia mista federais, estaduais ou municipais têm de adotar necessariamente a forma de sociedades anônimas em razão de existir uma lei de âmbito nacional (no caso, a Lei das S.A.) assim determinando;

b) as empresas públicas federais podem adotar a estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial já disciplinada pelo direito comercial, ou ainda, forma inédita prevista na lei singular que a instituiu, considerando o disposto no art. 5º do Decreto-lei 200/67 (cujas disposições são aplicáveis apenas na esfera federal) e considerando que a União possui competência para legislar sobre direito comercial;

c) as empresas públicas estaduais ou municipais devem adotar uma das modalidades de sociedade já disciplinadas pela legislação comercial, não sendo, pois, admissível que adotem forma inédita, considerando que o disposto no art. 5º do Decreto-lei 200/67 não se aplica nas esferas estaduais e que não há lei de âmbito nacional dispondo da mesma forma, e considerando, ainda, que os Estados e Municípios não possuem competência para legislar sobre direito comercial.

A autora citada leciona:

"Na esfera federal têm sido criadas empresas públicas com formas inéditas; Sérgio de Andréa Ferreira (RDA 136/1-33) indica três tipos:

(...)

3. **empresa pública unipessoal**, que corresponde à empresa individual do direito privado, com a diferença de que a empresa pública tem personalidade jurídica e a constituição de empresa individual, no direito privado, não acarreta a criação de pessoa jurídica" (negritos no original; sublinhados nossos)²⁷.

Quando a doutrinadora citada leciona que as empresas públicas podem revestir-se de forma societária inédita prevista na lei singular que a instituiu, está se referindo, pois, **apenas às empresas públicas federais**, não às estaduais ou municipais, como aliás, faz questão de ressaltar:

"Resta assinalar que, *nos âmbitos estadual e municipal, não é possível a instituição de empresas públicas com formas inéditas (...)*, porque Estados e Municípios não têm competência para legislar sobre direito comercial ou direito civil, reservada exclusivamente à União (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal)" (grifos nossos)²⁸.

No mesmo sentido é a lição de Marçal Justen Filho, que assevera: "O Decreto-lei n. 200 tratou apenas da Administração indireta vinculada à União. Isso não significa impossibilidade de os demais entes federais constituírem sua própria Administração indireta (...)". No entanto, prossegue o autor citado, "a configuração das Administrações indiretas de direito privado dos outros entes federais far-se-á pela legislação federal. Tal deriva de ser a União titular privativa da competência para legislar sobre direito civil e direito comercial (art. 22, I). Logo, as figuras dotadas de personalidade jurídica de direito privado terão de se enquadrar na legislação de competência federal". E conclui: "Isso significa a impossibilidade de uma lei estadual, por exemplo, pretender instituir nova espécie societária, distinta daquelas adotadas na legislação civil e comercial"²⁹.

²⁷ Ob. cit. p. 375.

²⁸ Ob. cit. p. 376.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*

. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118. No mesmo sentido: ARAÚJO, Edmir Nettode. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 228-230.

Leciona, a respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰: “(...) empresas públicas podem adotar qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas (*inclusive a forma de sociedade ‘unipessoal’, prevista apenas para elas*), ao passo que as sociedades de economia mista terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima (art. 5º do Decreto-lei 200)” (grifos nossos).

A referência feita pelo autor citado ao Decreto-lei 200/67 deixa evidente que a possibilidade de adoção da forma de sociedade unipessoal somente é cabível no âmbito federal, porquanto, consoante exposto no presente trabalho, as normas do Decreto-lei 200 não se aplicam aos Estados, ao Distrito Federal nem aos Municípios, que, ademais, não possuem competência para legislar sobre direito comercial.

A unipessoalidade societária originária (como ocorreu com a SNPH, em que tal condição já foi estabelecida no próprio texto da Lei estadual n. 2.828/2003), no caso de empresa pública dos Estados, DF e Municípios, somente é possível se a mesma se revestir da condição de sociedade anônima subsidiária integral (art. 251, da Lei 6.404/1976). Ressalvada tal hipótese, a unipessoalidade somente pode se dar incidental e temporariamente.

5. Conclusões

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

a) do conceito legal de sociedade (art. 981, Código Civil/2002), infere-se a necessidade de, em regra, a mesma ser composta de, pelo menos, duas pessoas (dois sócios);

b) a unipessoalidade em matéria societária, no direito brasileiro, somente é admitida em duas hipóteses: 1) *originalmente* (isto é, a sociedade já nasce unipessoal), na hipótese de sociedade anônima subsidiária integral (art. 251,

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151.

Lei 6.404/1976); 2) *incidental e temporariamente*, nas sociedades anônimas (art. 206, I, d, Lei 6.404/1976) e nas demais sociedades (art. 1.033, IV, Código Civil/2002), a fim de preservar a atividade que vinha sendo desenvolvida, diante de uma das causas de dissolução parcial;

c) no caso de empresa pública federal, é possível a adoção de estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial já disciplinada pelo direito comercial, podendo, ainda, adotar forma inédita prevista na lei que autorizou sua instituição (como, por exemplo, a forma de sociedade unipessoal), considerando o disposto no art. 5º do Decreto-lei 200/67 (cuja disposição são aplicáveis apenas na esfera federal) e considerando, também, que a União possui competência para legislar sobre direito comercial (art. 22, I, CF/1988);

d) as empresas públicas estaduais, distritais ou municipais devem adotar uma das modalidades de sociedade já disciplinadas pela legislação comercial, não sendo, pois, admissível que adotem forma inédita, considerando que o disposto no art. 5º do Decreto-lei 200/67 somente se aplica na esfera federal e que não há lei de âmbito nacional dispondo da mesma forma, e considerando, ainda, que os Estados, o DF e Municípios não possuem competência para legislar sobre direito comercial;

e) no caso de empresa pública estadual, distrital ou municipal, a unipessoalidade societária originária somente é possível se a mesma se revestir da condição de sociedade anônima subsidiária integral (art. 251, Lei 6.404/1976); ressalvada tal hipótese, a unipessoalidade somente pode se dar incidental e temporariamente.

6. Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BACELAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção curso & concurso).

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, Ideologia e Estado contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial*. V. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TOMAZETE, Marlon. *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Suely Xavier Lima
Procuradora do Estado

I - INTRODUÇÃO

Longe do almejado ideal de um Estado penal mínimo esboçado nos idos do século XVIII, no texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, tem-se assistido, nas últimas décadas, recorrente recurso a edição de leis penais que têm o condão, dentre outros, de compelir os cidadãos a pagarem dívidas de natureza fiscal.

Nesse afã, tem o legislador editado sucessivas leis penais que, em razão da deficiente técnica legislativa, trazem em si dispositivos que, não raro, conflitam de forma real (não aparente) uns com os outros. E, a menos que se admita a possibilidade de vir o sistema jurídico penal a perder a sua própria essência, que outra não é senão a necessária harmonia que deve coexistir entre as regras e princípios por ele albergados, não se pode fechar os olhos para as consequências da falta de critérios do legislador no momento de editar leis penais que, ao realçarem o aspecto simbólico do direito penal, atentem contra a própria coerência do sistema e desprezem os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Como se verá nesse breve apontamento, é exatamente essa a moldura que se estabelece em torno do tratamento que se vem dando ao longo dos anos à conduta atinente ao recolhimento e falta de repasse à Previdência Social de valores relativos às contribuições sociais de caráter previdenciário, que passou a receber reprimenda penal injustificavelmente mais severa do a infligida a condutas igualmente tão lesivas à coletividade.

II - DELINEAMENTO DO TIPO CONTIDO NO ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL

Antes de tecer qualquer consideração acerca do proposto, cumpre fazer a transcrição de todo o artigo correspondente, tal como fora inserido pelo legislador no Código Penal Brasileiro, como se lê:

"Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2.º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3.º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais."

Da análise do dispositivo, verifica-se que o bem jurídico protegido são as fontes de custeio da seguridade social (art. 194 da CF). Protege-se tal bem contra a apropriação indébita que pode ser praticada por quem tem o dever recolher à Previdência Social os tributos consubstanciados nas contribuições previdenciárias, as quais possuem natureza patrimonial, ainda que de caráter supra-individual. Tutela-se, portanto, a própria subsistência financeira da previdência social.

A conduta tipificada no *caput* (deixar de repassar) aponta para a atitude de não transferir, não recolher ou não pagar à previdência social as contribuições recolhidas ou descontadas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

De notar-se, pois, que o pressuposto do delito é que as contribuições tenham sido, efetivamente, recolhidas em face dos contribuintes. Desse modo, a posse da coisa móvel é o antecedente lógico desse crime, visto que se trata de espécie de apropriação indébita. Veja-se que o que se pune não é a falta de pagamento da contribuição previdenciária e sim o não repasse do que foi descontado do empregado.

O elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade consciente de deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes. Tratando-se de apropriação indébita, é indispensável o elemento subjetivo especial do injusto, representado pelo especial fim de apropriar-se dos valores pertencentes à previdência social, isto é, o agente apossa-se com a intenção de não restituí-los.

Feitas essas primeiras considerações, passa-se a expor algumas incongruências e, por que não dizer, algumas impropriedades que se podem detectar em decorrência da aplicação do tipo penal em estudo.

III - PROBLEMA QUANTO À IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR DO DELITO

A doutrina tem apontado como sujeito ativo do delito aquele que tem, por lei, o dever de recolher o tributo do contribuinte e repassá-lo à previdência social. Diz-se, então, que no caso das figuras descritas no parágrafo primeiro, seriam

sujeitos passivos o titular de firma individual os sócios solidários, os gerentes, diretores ou administradores que hajam participado da administração da empresa, concorrendo efetivamente na prática da conduta ilícita; ou seja, sujeitos ativos só poderiam ser aqueles que têm o dever legal de recolher à previdência social as contribuições recolhidas ou retidas dos contribuintes.

O problema, entretanto, surge pelo fato de que a pessoa jurídica da empresa não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, quais sejam, os seus sócios. Tem-se, nesse passo, que o simples fato de um sócio figurar como gerente no contrato social da empresa não pode ter o condão de torná-lo responsável criminal, no caso da omissão da empresa no repasse das contribuições recolhidas dos empregados à Previdência Social, mormente se alheio sempre esteve às atribuições financeiras, que muitas vezes, ficam a cargo de um dos sócios apenas.

Com muito mais razão, propugna-se que, nos casos em que a omissão do repasse se dá por parte de pessoa jurídica de direito público (v.g., Estado ou Município), não pode ser criminalmente responsabilizado o dirigente do órgão público que deixou de efetivar o repasse à Previdência Social, mas unicamente os servidores responsáveis pela gerência das finanças do órgão e, cada qual na medida de sua culpabilidade, nos exatos termos do art. 29, do Código Penal, que diz: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade."

A esse respeito, o brilhante Hugo de Brito Machado, no seu artigo intitulado Responsabilidade Penal no Âmbito das Empresas, com muita propriedade leciona: "Também não se tem cogitado de atribuir a uma pessoanatural, pelo fato de exercer determinado cargo público, a responsabilidade penal objetiva, ou a responsabilidade penal por conduta alheia."¹

¹ MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: SALOMÃO, Heleísa Estelita (Org.). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001. p. 119.

Entretanto, a despeito da hialina transparência da assertiva acima, corroborada por voz tão abalizada, tem-se assistido, com freqüência, o Ministério Público Federal proceder verdadeira denúncia genérica contra sócios que nunca cuidaram das finanças da empresa e, o que é pior, contra dirigentes de órgãos públicos que nunca tiveram a menor desconfiança de que os funcionários responsáveis pela gerência financeira do órgão deixaram de repassar à Previdência as contribuições recolhidas dos servidores filiados obrigatórios do Regime Geral de Previdência.

O recurso à denúncia genérica pode ser explicado (porém, não justificado) pelo fato de que a coleta dos elementos que embasarão a denúncia, com relação à conduta de não repassar as contribuições recolhidas dos empregados à Previdência Social, é procedida pelos próprios fiscais desta, que remetem os dados coligidos diretamente à Procuradoria da República.

A nosso sentir, indesejada denúncia genérica poderia ser evitada se, ao invés de encaminhar aqueles elementos ao Ministério Público, o INSS os remetesse à Polícia Federal para proceder, via inquérito policial, investigação acerca da autoria do delito.

IV - ASPECTOS QUE DENOTAM A OFENSA DO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

A despeito da discordância por parte de algumas vozes isoladas, pode-se dizer já ser assente na doutrina o entendimento segundo o qual a contribuição previdenciária tem a natureza jurídica de tributo.

Com efeito, apesar de não identificada como tal no Código Tributário Nacional (art. 5º), infere-se ter sido alçada a essa categoria pela Carta Magna de 1988, uma vez que prevista no seu artigo 149, que se encontra inserto no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional. É a denominada contribuição social que, ao lado das contribuições de intervenção no domínio econômico e das

de interesse de categorias profissionais ou econômicas, inserem-se no rol das chamadas contribuições especiais.

Pois bem, não se pode negar, dada a incontestável seriedade que gira em torno do tema custeio da seguridade social, que o Estado deva se preocupar com o ingresso efetivo aos cofres da Previdência Social dos valores arrecadados, facultando-se-lhe usar para isso dos instrumentos possíveis de que dispõe para inibir a prática da apropriação indébita da verba que legitimamente pertence àquela, muito embora se possa questionar se é real a necessidade da intervenção penal na seara dos ilícitos tributários. Mas, este último aspecto não será objeto de discussão neste trabalho.

O que nos compete aqui enfocar é o fato de que não se justifica, sob o simples argumento acerca da destinação específica do produto da arrecadação do tributo em estudo, dizer que a contribuição social destinada à Previdência deva ser considerada mais importante do que os impostos, por exemplo.

Entretanto, há mais de uma década e, com maior evidência a partir da edição da Lei n° 9.983/2000, o que se percebe é justamente o contrário, ou seja, o legislador vem produzindo normas que denotam a repressão mais severa do Estado contra aqueles que recolhem e não repassam a contribuição previdenciária, do que com os que praticam a mesma conduta, só que em relação a outra espécie tributo, o que se nos afigura, em consonância com o entendimento de doutrinadores de escol, flagrante afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Ora, o inciso 11 do art. 2° da Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, prevê como sendo crime a conduta de: "II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

No ano seguinte à edição da lei acima mencionada a conduta de recolher e não repassar a contribuição previdenciária, passou a ser descrita na Lei n° 8.212,

no art. 95, alínea "d", dando-se por derogado o artigo acima transcrito, agravando sensivelmente a pena privativa de liberdade, que passou a ser de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão.

Nove anos depois, editou-se a Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, que revogou o disposto no art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91, quando então a figura da apropriação indébita foi inserida no Código Penal (art. 168-A), prevista para a conduta antes descrita a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

De se ver a impossibilidade de fechar os olhos e não reconhecer que foi estabelecido um tratamento diferenciado para condutas idênticas (apropriar-se de coisa alheia móvel: dinheiro público), o que, como já dito, afronta o princípio esculpido no art. 5º, caput, da CF/88.

É imperioso frisar que não se pode admitir como justificativa para esse tratamento dispar a relevante destinação que se daria ao tributo não arrecadado. Isso porque, como sabido, visto que expresso no caput do art. 195, da Lei Maior, a seguridade social não é financiada apenas mediante recursos provenientes das contribuições sociais, mas também dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ora, como esses orçamentos se constroem em cima, também, de uma previsão de arrecadação dos tributos em geral; a arrecadação dos impostos, taxas, contribuições de melhoria e outros, também garantem o custeio da seguridade social, eis porque, como bem salienta Heloísa Estellita Salomão², não se justifica, nem sob o argumento acima apontado, tratar com maior rigor os "não-recolhedores" das contribuições de seguridade social e com menos rigor os "não-recolhedores" de quaisquer outros tributos.

² SALOMÃO, Heloísa Estellita. O Princípio constitucional da isonomia e o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Art. 168-A, § 1º, Código Penal). In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.) Direito empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 99.

Impende registrar, no entanto, que a inconstitucionalidade presente no artigo 168-A do Código Penal não se traduz tão-só no maior rigor da pena, mas também no agravamento da situação do agente cuja conduta a ele se subsuma, no que se refere ao momento até o qual poderá fazer o pagamento do valor correspondente ao que fora recolhido e não repassado à Previdência, para que possa ver extinto o direito do Estado de puni-lo.

O artigo 14, da Lei nº 8.137/90 previa a hipótese de extinção da punibilidade dos crimes nela descritos, desde que os tributos fossem recolhidos antes do recebimento da denúncia. Referido artigo foi revogado no ano seguinte, face ao teor do art. 83, da Lei nº 8.383/91. Entretanto, em 1995, pela redação do art. 34 da Lei nº 9.249/95, foi restabelecida a causa de extinção de punibilidade pelo pagamento dos tributos, se efetuado antes do recebimento da denúncia. Esse dispositivo, por ser mais benéfico ao réu, aplica-se retroativamente, ou seja, alcança também os fatos praticados durante o período de vigência da Lei nº 8.383/91.

Desse modo, como bem anota Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, "para os crimes previstos na Lei 8.137/90, permanece íntegra a causa de extinção de punibilidade prevista no seu art. 14, para os crimes cometidos em sua vigência, ou a causa extintiva prevista no art. 34 da Lei 9.249/95, para os crimes cometidos após a revogação do art. 14 antes citado, desde que os tributos sejam recolhidos antes do recebimento da denúncia."³

Quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária também se aplicava mencionada causa extintiva da punibilidade, até que foi inserido no Código Penal, pela prefalada lei 9.983/00. Assim está redigido o indigitado § 2º do artigo 168-A do Digesto Penal: "É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o

³ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. As causas de extinção de punibilidade após o advento da Lei 9.983/2000. In: SALOMÃO, Heloísa Estelita (Org.) *Direito empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 296.

pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

Veja-se que, tal como na situação da exacerbação da pena, também aqui se observa injustificável tratamento diferenciado para sujeitos que praticaram, na essência, crimes iguais. Com efeito, não há como negar a que a situação daquele que antes podia ver extinta a sua punibilidade, se efetuasse o pagamento do tributo até o recebimento da denúncia, foi sensivelmente agravada, pois pela lei de 2000, só se livrará da punição se fizer o pagamento bem antes - até o início da ação fiscal, que se dá, no caso, com a lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito.

Claro se nos afigura a presença de vício de inconstitucionalidade a macular o citado § 2º, em razão da ofensa ao princípio da isonomia; eis porque, no nosso entender, deve o Judiciário afastar a incidência desse dispositivo e considerar extinto o direito do Estado de punir aqueles que pagarem a contribuição previdenciária até o momento do recebimento da denúncia, já que esse é o tratamento dado aos que praticam crime do mesmo jaez.

A prevalência dessa linha de raciocínio produz interessante reflexo: torna letra morta a redação do § 3º, do art. 168-A. É que, a faculdade conferida ao juiz de deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa, nas hipóteses em que prevê, não teria mais a menor razão de ser, haja vista que incide a causa de extinção da punibilidade nas hipóteses em que o pagamento se der no interregno entre o início da ação fiscal e o oferecimento da denúncia. Como o momento fatal para a aplicação da causa extintiva, no caso de cometimento de qualquer dos demais crimes contra a ordem tributária, é o recebimento da denúncia (momento posterior ao do oferecimento desta) se efetuado pelo agente o pagamento da contribuição previdenciária, após o início da ação fiscal e antes do recebimento da denúncia, obviamente não poderá mais ser-lhe aplicada qualquer pena.

V - CONCLUSÃO

Os aspectos aqui abordados já foram objeto de reflexão por parte de juristas de renome nacional, cujas conclusões convergem para a questão da necessidade de interpretar-se o novel artigo 168-A do Código Penal de forma a preservar a harmonia do sistema jurídico penal.

Com essa preocupação e, no concernente à problemática que se instaura em torno da identificação do autor do delito, impende que o Ministério Público evite lançar mão da denúncia genérica, buscando encontrar, com o auxílio da polícia judiciária, o verdadeiro responsável pelo repasse da verba recolhida a título de contribuição previdenciária, sob pena de negar-se vigência ao artigo 29 do Código Penal.

Sob outra ótica, temos por certo que vários já são os defensores de agentes acusados da prática do crime em exame, que têm construído suas teses sobre os estudos antes referidos, propugnando seja conferido aos seus clientes o mesmo tratamento dispensado aos que cometem crimes de apropriação indébita de qualquer outro tributo que não a contribuição previdenciária.

Entretanto, ao Poder Judiciário, no efetivo exercício do controle difuso de constitucionalidade, demonstrando-se liberto das amarras da lei, cabe reconhecer que o artigo 168-A do Código Penal fere o princípio constitucional da isonomia e passe a subsumir o fato de recolher e não repassar a contribuição previdenciária ao tipo previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, visto que não se admite tratar iguais de forma desigual. Essa é a postura que se espera seja por ele adotada.

VI - REFERÊNCIAS

CALLEGARI, André Luís. Considerações sobre o Art. 168-A do Código penal-Apropriação indébita previdenciária. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

ROSENTHAL, Sérgio. A Extinção da punibilidade nos crimes de natureza fiscal após o advento da Lei nº 9.983/2000. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. O Princípio constitucional da isonomia e o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Art. 168-A, §1º, I, Código Penal). In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

STEINER, Silvia Helena de Figueiredo. As causas de extinção da punibilidade após o advento da Lei 9.983/2000. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Org.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 296.

A INJURIDICIDADE DAS NORMAS GERAIS ANTIELISIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Fabio Pereira Garcia dos Santos
Procurador do Estado do Amazonas

INTRODUÇÃO.

A elisão tributária é um fenômeno tributário de bastante relevância. Relacionada, precipuamente, com o cumprimento da obrigação tributária principal – reduzindo ou eliminando seu *quantum*, no mais das vezes –, de forma quase inevitável, provoca sérios atritos jurídicos na relação Fisco-contribuinte.

Evidentemente, por afetar os interesses do Fisco, várias formas para a erradicação da elisão tributária foram engendradas, seja pela doutrina, seja pela legislação dos mais diversos países. Entretanto, nem todos os métodos de combate à elisão tributária podem ser livremente transplantados de um ordenamento alienígena para o brasileiro.

Por isso, o presente escrito tem por escopo demonstrar a impossibilidade da inserção das chamadas normas gerais antielisivas no ordenamento jurídico nacional, inaugurado com a Constituição da República de 1988.

Para lograr tal objetivo, o primeiro tópico do estudo tratará da definição de elisão, evasão e planejamento tributários.

Em um segundo momento, será feita uma breve incursão apenas sobre os princípios da legalidade e isonomia (e seus respectivos corolários) para que se possa melhor compreender o cerne de todas as discussões que permeiam o assunto sob estudo.

Em seguida, será abordado o aparente conflito existente entre os princípios da estrita legalidade e da capacidade contributiva.

No quarto ponto, serão abordadas, de modo sucinto, as reações que existiram – e ainda existem – para o combate da elisão tributária.

Por fim, serão demonstradas as razões pelas quais o atual ordenamento jurídico nacional repudia as chamadas normas gerais antielisão.

1. ELISÃO, EVASÃO E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIOS.

Antes de ser apontadas as diferenças existentes entre os vocábulos que intitulam este tópico, mister ressaltar que aqueles que já têm algum conhecimento do tema ora sob análise sabem da existência de toda a controvérsia que o circunda, seja pelo tratamento dado pelos diversos ordenamentos jurídicos, seja pelas considerações doutrinárias sobre o assunto.

Quanto às considerações doutrinárias, não raro, é possível encontrar ampla divergência até mesmo entre doutrinadores que descrevem o mesmo ordenamento. Assim, é válido destacar a controvérsia terminológica existente entre os diversos doutrinadores, para, então, ser fixado um padrão semântico para a adequada compreensão do assunto.

Ao criticar o uso de diversas expressões para caracterização da elisão e evasão tributárias, assevera Sampaio Dória que:

"Expressões como evasão ilícita ou ilegítima ou ilegal, fraude ilícita ou ilegal, para designar a modalidade dolosa de frustrar a satisfação de tributo devido, pontilham obras diversas, em vários idiomas. Em contraponto se alinham, para caracterizar a modalidade válida de evitar o surgimento da obrigação tributária, elisão, evasão, evasão lícita ou legítima ou legal, fraude lícita ou legal, economia fiscal.

"Não escasseiam também locuções, mais ou menos infelizes, tais 'negócio fiscalmente menos oneroso', 'evasão permitida ou organizada pela lei', 'transação tributariamente favorecida', etc".¹

¹ Elisão e evasão fiscal. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 43-44.

Desde logo, é necessário dizer que, de forma mais ou menos pacífica, no Brasil, o termo *elisão*² é usado para os casos em que o sujeito passivo tributário, de forma legítima, pratica atos jurídicos (*lato sensu*) ou se abstém da prática de determinados atos visando à redução, ao diferimento ou à eliminação do pagamento do tributo³; já o termo *evasão* é usado para os casos ilegítimos que visam à obtenção dos mesmos fins.

No entanto, aponta Hugo de Brito Machado⁴ que o termo *elisão* seria preferível para designar a conduta ilícita e *evasão* para a conduta lícita, já que *elisão* significa elidir, eliminar. Assim, somente pode ser eliminado aquilo que exista, isto é, o ilícito. *Evasão*, por outro lado, significa fuga. Dessa maneira, relacionar-se-ia com uma ação preventiva, evitando o surgimento da obrigação tributária.

Sutilmente diferente de Hugo de Brito Machado, ensina Heleno Taveira Tôrres:

"É imperioso registrar, contudo, que o termo 'elisão' não poderia ser usado para significar a postura lícita do contribuinte na economia de tributos, devendo, por rigor lingüístico, ser abandonado. Para evitar confusões no uso da linguagem e por melhor representar as condutas enfocadas, preferimos o termo 'elusão'. 'Elisão', do latim *elusione*, significa ato ou efeito de elidir, eliminação, supressão. 'Eludir', do latim *eludere*, significa evitar ou esquivar-se com destreza; furtar-se com habilidade ou astúcia, ao poder ou influência de outrem".⁵

² Importante, também, seja dito que comumente se encontra, em diversas obras, o uso do vocábulo planejamento tributário (ou, ainda, planejamento fiscal) como sinônimo de *elisão* tributária.

³ Deve ser ressaltado, ainda, que a *elisão* tributária também visa à simplificação/supressão dos deveres instrumentais, isto é, das obrigações tributárias acessórias.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. A norma antielisão e o princípio da legalidade – análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.) – *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 107-108.

⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário – normas antielusivas (gerais e preventivas) – a norma geral de descon sideração de atos ou negócios do direito brasileiro. In: MARINS, James (Coord.) – *Tributação e antielisão* – livro 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 36

A despeito das procedentes críticas feitas por estes eminentes juristas, este escrito ficará com os sentidos jurídicos atribuídos pela maioria da doutrina aos vocábulos *elisão* e *evasão*, posto que uma palavra qualquer do vernáculo pode adquirir sentido próprio para o direito.

A única observação que cabe ser feita é no sentido de que parece ser mais correta a utilização do adjetivo *tributária*, ao invés de *fiscal*, em atenção às lições de Fábio Fanucchi⁶, que critica o emprego da designação "Direito Fiscal" e "Direito Financeiro" para o Direito Tributário, por terem aquelas designações um sentido restritivo⁷ e ampliativo⁸, respectivamente.

Uma vez estabelecida a diferença entre *elisão* e *evasão* tributárias, há de ser respondida a seguinte pergunta: que significa, então, planejamento tributário (também conhecido por planejamento fiscal)?

James Marins responde a questão:

"Denomina-se *planejamento fiscal ou tributário lato sensu* a análise do conjunto de atividades atuais ou dos projetos de atividades econômico-financeiras do contribuinte (pessoa física ou jurídica), em relação ao seu conjunto de obrigações fiscais com o escopo de organizar suas finanças, seus bens, negócios, rendas e demais atividades com repercussões tributárias, de modo que venha a sofrer o menor ônus fiscal possível".⁹

Para o mesmo doutrinador, planejamento tributário *stricto sensu* é usado como sinonímia de *elisão tributária*.¹⁰

⁶ *Curso de direito tributário brasileiro*. v. 1. 4.ed. 9.ª tiragem. São Paulo: Resenha Tributária, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 1984, p. 11-12.

⁷ O Direito Fiscal estudaria tão-somente a atuação da Administração quando do exercício do poder de tributar.

⁸ O Direito Financeiro tem um objeto de estudo maior, abrangendo as receitas e despesas do Estado, constituindo-se os tributos em apenas uma das espécies de receita do Estado, qual seja: receita derivada.

⁹ *Elisão tributária e sua regulação*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 33.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 33.

Contudo, as lições de Heleno Taveira Tôres¹¹ parecem ser mais corretas. Diz o citado doutrinador que somente é planejamento tributário o que o Prof. James Marins denominou planejamento fiscal *latu sensu*. É que, por constituir-se em técnica de auto-organização negocial, construída pela prévia interpretação das normas tributárias, não há qualquer resultado tributário obtido com o planejamento tributário em si mesmo; há, sim, um resultado *obtivo*. Em outras palavras, o planejamento está no plano da interpretação das normas; a elisão tributária está no plano dos fatos. O objetivo do planejamento tributário é a auto-organização dos negócios do contribuinte, visando à redução dos custos decorrentes dos deveres tributários, isto é, visando à elisão tributária. Esta, contudo, é obtida por meio de uma ação independentemente de prévio planejamento ou conhecimento das conseqüências da ação praticada.

2. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA (E SEUS COROLÁRIOS).

Inicialmente, cabe ser justificado o motivo da restrição a apenas estes princípios. É que, como será visto oportunamente, o estudo da elisão tributária se torna relevante na medida em que se situa na linha fronteira dos limites do princípio da estrita legalidade e da capacidade contributiva (que é corolário do princípio da isonomia). Ademais, a ampliação da análise a todos os princípios, conquanto fosse o ideal, estenderia demasiadamente este escrito.

¹¹ Sobre planejamento tributário, assim conclui este autor: "Destarte, o planejamento tributário deve ser acolhido como um procedimento de interpretação do sistema de normas, visando à criação de um modelo de ação para o contribuinte, caracterizado pela otimização da conduta como forma de economia tributária, num agir voltado imediatamente para o êxito, em termos programáticos". (TÔRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário – normas antielusivas (gerais e preventivas) – a norma geral de desconsideração de atos ou negócios do direito brasileiro. In: MARINS, James (Coord.). Tributação e antielisão – livro 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 26).

Pois bem, alguns brevíssimos comentários acerca do conceito e das funções dos princípios se fazem oportunos antes de se entrar no âmago deste ponto.

Assim, calham, neste momento, as lições do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o conceito de um princípio jurídico, *in verbis*:

"Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeira alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes noras compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes de um todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo".¹²

Já quanto às suas funções, os princípios, basicamente, orientam a interpretação da norma e permitem a integração do direito, através da colmatação de lacunas.¹³

Uma vez entendidos os princípios, há de se passar à análise daqueles que constituem objeto deste tópico.

Positivado no art. 5.º, II, da Constituição da República está o princípio da legalidade, que por uma questão didática, se passa a denominar legalidade genérica. Estabelece tal princípio que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Este princípio é, em verdade, a espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se em uma garantia fundamental.

Especialização da legalidade genérica, o princípio da legalidade tributária (ou estrita legalidade) está previsto no art. 150, I, da Lei Maior ("Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias

¹² Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 841 - 842.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed. 4.ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2003. p. 147-148.

asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”).

É possível concluir, portanto, que o veículo para a introdução de regras tributárias será sempre a lei, não só por decorrência do princípio da legalidade tributária, mas, também, por força da legalidade genérica.

Ademais, vale dizer que ao princípio da estrita legalidade se agrega mais uma qualidade: a tipicidade tributária. Isto porque, segundo o Prof. Paulo de Barros Carvalho, a lei deve trazer todos os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional.¹⁴ Em outras palavras, em matéria tributária, tudo está reservado à lei.

Alberto Xavier¹⁵ ensina que são corolários do princípio da tipicidade ou da reserva absoluta de lei o princípio da seleção, o princípio do *numerus clausus*, o princípio do exclusivismo e o princípio da determinação ou da tipicidade fechada.

O princípio da seleção impõe que o legislador escolha as situações tributáveis, não podendo utilizar-se de conceito ou cláusula geral que abranja todo o quadro daquelas situações. Os tributos devem, então, constar de uma tipologia, isto é, devem ser descritos, pelo legislador, em tipos que expressem uma seleção de uma realidade que pretende tributar.

O princípio do *numerus clausus* especifica o princípio da seleção. Pelo princípio do *numerus clausus* a tipologia se torna taxativa, ao invés de exemplificativa ou delimitativa, o que equivale a dizer que, faltando um dos elementos do fato descrito abstratamente na lei, não se verifica a incidência da norma, pela ausência de tipicidade.

O princípio do exclusivismo exprime que a conformação da situação jurídica ao tipo tributário, além de necessário, é suficiente para fazer nascer a relação jurídica tributária. Tal princípio está contido no art. 114 do CTN.

¹⁴ Curso de direito tributário. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 157-158.

¹⁵ Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001. p.18-19.

Sobre o último dos corolários da tipicidade, Alberto Xavier¹⁶ ensina que:

"O princípio da determinação ou da tipicidade fechada (o *Grundsatz der Bestimmtheit* de que fala FRIEDRICH) exige que os elementos integrantes do tipo sejam de tal modo precisos e determinados na sua formulação legal que o órgão de aplicação do direito não possa introduzir critérios subjetivos de apreciação na sua aplicação concreta. Por outras palavras: exige a utilização de conceitos determinados, entendendo-se por estes (e tendo em vista a indeterminação imanente a todo o conceito) aqueles que não afetam a segurança jurídica dos cidadãos, isto é, a sua capacidade de previsão objetiva dos seus direitos e deveres tributários".

Há, no entanto, quem questione a previsão da tipicidade fechada no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷. Contudo, parece mais acertada a corrente adotada por Alberto Xavier¹⁸, que fundamenta a existência de tal princípio no art. 146. III, "a" c/c art. 150, I, ambos da *Magna Charta*.

Em função do princípio da tipicidade é possível concluir que, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma norma geral excludente, isto é, o fato não subsumível à norma que tipifica o tributo tem um regime jurídico diametralmente oposto ao fato subsumível. Nesse sentido, convém reproduzir o entendimento de Bernardo Strobel Guimarães, ao registrar que:

"A existência de estrita legalidade é a fronteira que separa as condutas relevantes das irrelevantes do ponto de vista tributário; onde não houver lei estrita não há de haver tributação. Cumpre dizer que há um direito subjetivo do

¹⁶ Op. cit., p. 19.

¹⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária. São Paulo: Dialética, 1998. p. 68.

¹⁸ Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001. p. 21-22.

cidadão em não pagar tributos na ausência de lei estrita, direito esse perfeitamente delimitado no Texto Constitucional sem que haja a menor possibilidade de angustiá-lo".¹⁹

Verifica-se no outro flanco deste tópico o princípio da igualdade (ou isonomia). O princípio da igualdade (genérica) está previsto no art. 5.º, *caput*, da Constituição da República, constituindo-se em um direito fundamental. Tal princípio dirige-se a todos os órgãos que editam normas jurídicas, assumindo suma importância no ordenamento jurídico.

O princípio da isonomia tributária nada mais é que expressão da isonomia genérica (*caput* do art. 5.º da CF) no campo do Direito Tributário, estando expressamente estabelecido no inciso II do art. 150 da Lei Maior. Por este princípio, o tratamento tributário deve ser dispensado de modo igual para todos (isonomia formal); no entanto, àqueles que se encontram em situação desigual, deve a lei dispensar um tratamento diferenciado, a fim de que se obtenha a chamada isonomia material. É a isonomia material o verdadeiro instrumento de busca da justiça, por isso deve o legislador tentar buscá-la sempre que for possível. Aliás, no direito tributário, é o princípio da capacidade contributiva, que expressa a isonomia material.²⁰ O princípio da capacidade contributiva está previsto no art. 145, § 1.º da CF, que assim dispõe:

Art. 145 – (omissis)

§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos,

¹⁹ GUIMARÃES, Bernardo Stobel. Elisão fiscal e planejamento tributário em face da norma geral antielisiva, uma abordagem sistemática. In: MARINS, James (Coord.) – *Tributação e antielisão* – livro 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 175.

²⁰ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 41.

identificar, respeitados os direitos e garantias individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Ao lado da estrita legalidade, o princípio da capacidade contributiva é um dos principais pilares de sustentação do direito tributário. Com efeito, não basta haver lei; há de haver lei que respeite o princípio da isonomia. Assim, apesar de a Constituição, ao positivar o princípio da capacidade contributiva, mencionar sua aplicação, aparentemente, somente aos impostos, a interpretação sistemática da própria Constituição leva ao raciocínio segundo o qual tal princípio tem aplicação a todos os tributos. Há autores, como José Marcos Domingues de Oliveira,²¹ que chegam a dizer expressamente que este princípio não é meramente programático, mas, sim, preceptivo, tendo, pois, aplicação em todos os casos.

O princípio da capacidade contributiva como reflexo da isonomia material é somente um dos aspectos do princípio. Em verdade, tal princípio é, também um limite à atividade tributária.²² Explicando: considerando que a imposição tributária deve recair sobre algo que tenha um conteúdo econômico, como, por exemplo, uma operação comercial ou o fato de alguém adquirir renda, não pode haver tributação sobre aquilo que não é suscetível de valoração econômica, como, *exempli gratia*, a estatura ou peso da pessoa, a quantidade de filhos gerados, o grau de instrução etc. Deve a tributação, em última análise, recair sobre o patrimônio da pessoa. As lições de José Eduardo Soares de Melo também são nesse sentido:

“Considerando-se que a tributação interfere no patrimônio das pessoas, de forma a subtrair parcelas de seus bens, não há dúvida de que será ilegítima (e inconstitucional) a imposição de ônus superiores às forças desse patrimônio,

²¹ Op. cit., p. 67.

²² Op. cit., p. 13.

uma vez que os direitos individuais compreendem o absoluto respeito à garantia de sobrevivência de quaisquer categorias de contribuintes".²³

A capacidade contributiva é, portanto, limite à atividade tributária por estes motivos, devendo o Estado, através dela, buscar a igualdade material, sem, contudo, inviabilizar os direitos e garantias individuais, tais como o direito de propriedade, o livre exercício de qualquer profissão e atividade econômica etc. Por conseguinte, correto o entendimento de Cesar A. Guimarães Pereira,²⁴ para quem a capacidade contributiva se vincula aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3.º da CF, destinando-se a reduzir as desigualdades sociais e regionais, erradicar a pobreza etc.

3. O APARENTE CONFLITO EXISTENTE ENTRE OS PRINCÍPIOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Como visto, a elisão tributária é fenômeno jurídico que acarreta a redução, a eliminação ou o diferimento do pagamento do tributo. Isto equivale a dizer que sua consequência é a perda da arrecadação de receita tributária, que é a principal fonte de custeio do Estado.

Desnecessário dizer que qualquer Estado que não tenha receita não pode desempenhar as atividades que lhe apraz. Isto pode levar à conclusão de que a elisão tributária é ilícita – devendo, pois, ser rechaçada –, uma vez que, hipoteticamente, pode até prejudicar a *governabilidade*.

Pois bem, como também já visto, a elisão tributária – aquela que não é desejada pelos legisladores – somente ocorre, no mais das vezes, por causa das lacunas no sistema jurídico. Vale-se o sujeito passivo tributário, portanto, da garantia do princípio da legalidade tributária.

²³ Curso de direito tributário. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 30.

²⁴ *Elisão tributária e função administrativa*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 20.

Por outro lado, situações praticamente idênticas, por uma questão de isonomia – e até mesmo de justiça –, devem ter tratamento similar. Dessa maneira, um sentimento natural de justiça, ínsito a qualquer um, pugna pela aplicação do princípio da capacidade contributiva.

A discórdia que se instaura, portanto, reside no conflito, aparentemente incontornável, entre os princípios da legalidade tributária e o da capacidade contributiva, que várias legislações e doutrinadores se esmeram para resolver.

Diva Malerbi sintetiza o problema, concluindo que:

“(...) as doutrinas existentes a respeito da natureza e regime jurídico da elisão tributária, todas elas, acabam por resolver esse dilema tributário, ora postulando a interferência do princípio da isonomia tributária (e/ou da capacidade contributiva), ora postulando a só interferência do princípio da legalidade em matéria tributária”.²⁵

Desta forma, há quem entenda que deveria ser necessário flexibilizar o princípio da tipicidade, para ser atingida a justiça social e a isonomia.²⁶ Entretanto, sabendo que o princípio da tipicidade, corolário da legalidade, é uma garantia constitucional, parece ser impossível acatar tal entendimento, eis que o *status* dado pela Constituição da República aos direitos e garantias individuais é de tão alto grau que nem mesmo uma Emenda à Constituição pode flexibilizá-los, em obediência ao inciso IV do § 4.º do art. 60 da Lei Maior.

²⁵ **Elisão tributária**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 36.

²⁶ Este é o entendimento de Onofre Alves Batista Júnior, ao afirmar que “as aceleradas exigências de intervenção, a mutabilidade da realidade econômica, a tecnicidade da matéria, o contato próximo com a realidade concreta, o peso da capacitação e da experiência das tecnoburocracias, a necessidade de simplificação da legislação tributária, a imprescindibilidade de uma luta eficaz contra a fraude e evasão fiscal, bem como os ditames de justiça fiscal e isonomia, forçam-nos a reconhecer a necessidade de abandonar a antiga pretensão liberal de veicular na lei todo critério de decisão do caso concreto, isto é, deve-se suavizar e compatibilizar, com a realidade do mundo moderno, o próprio princípio da tipicidade” (O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 133).

Menos radical que o posicionamento de necessidade de flexibilização da tipicidade, e, *data venia*, mais convincente, é a posição de Marco Aurélio Greco.²⁷ Este ilustre doutrinador sustenta que o princípio da capacidade contributiva assumiu primeiramente uma eficácia negativa, limitando, pois, o poder de tributar; e, posteriormente, assumiu uma eficácia positiva, o que o levou a concluir que "a lei tributária alcança o que absolutamente prevê, mas alcança não apenas isto, alcançando, também, aquilo que resulta da sua conjugação positiva com o princípio da capacidade contributiva".

Com isto, diz Greco, não há rompimento com a legalidade, sendo necessária a transcrição de suas palavras, por uma questão de fidelidade ao pensamento do autor, haja vista a delicadeza da questão:

"A meu ver, o atingimento da capacidade contributiva é identificado a partir da vontade manifestada na lei à vista do pressuposto de fato do tributo; ou seja, o que a lei visa a atingir diante de certa realidade. Afirmar o princípio da capacidade contributiva não é negar a limitação imposta pela legalidade. A lei continua existindo e sendo o referencial básico da interpretação. Não quero romper com a legalidade. O problema que se põe é diferente; assumindo que existe uma lei, indaga-se qual o seu sentido e alcance: o que diz a lei? Qual foi a vontade manifestada na lei? Quando ela se refere a uma compra e venda, estará se referindo apenas ao contrato típico do Direito Civil ou Direito Comercial, ou alcança um certo perfil de relação jurídica com feição que 'tipicamente' resulta daquele contrato? Esta é a pergunta. Não estou fugindo da legalidade, não quero criar um tributo sem lei; quero apenas saber qual o alcance do termo utilizado ou do conceito contemplado na lei.

²⁷ Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária. São Paulo: Dialética, 1998. p. 45.

"O ponto central do debate é saber se, para atender ao princípio do art. 145 parágrafo 1º, o intérprete deve buscar concretamente a plena eficácia da lei tributária, isto significando atingir todas as manifestações de capacidade contributiva que a vontade da lei indica devam ser atingidas".²⁸

Pois bem, quem propende a dar maior relevo ao princípio da capacidade contributiva, em detrimento do princípio da legalidade, assume, basicamente, uma das posições acima mencionadas. Contudo, como alerta Diva Malerbi, existe outra posição, a qual se apegua ao princípio da legalidade, muitas vezes, relegando a segundo plano o princípio da capacidade contributiva.

Este pensamento tem como precursor Antônio Roberto Sampaio Dória,²⁹ que ao comentar os princípios da isonomia e da capacidade contributiva afirma:

"Entretanto, o problema da divisão equitativa das despesas públicas, conforme as possibilidades econômicas de cada um, compete ao legislador e não ao juiz. Se o legislador descarta de sua eficácia prática, quer conscientemente ao estabelecer hipóteses de isenções, reduções e não-incidências, inclusive sob a forma de indução à elisão, quer involuntariamente ao desaparecer-se de vazamentos ou trincas na norma fiscal, não é função judiciária (e muito menos administrativa) estar a suprir-lhe as falhas, no pressuposto da impotência legislativa para corrigir tais anomalias. Ademais, do ponto de vista político, uma opção se impõe no sentido de predominar o princípio da legalidade, vetor de segurança e certeza jurídica, sobre os da capacidade contributiva e igualdade, guias ideais da atividade legislativa que deve, entretanto, na formulação do direito positivo tributário, enfrentar

²⁸ GRECO, Marco Aurélio. Op. Cit., p. 47.

²⁹ *Elisão e evasão fiscal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 120-121.

realidades de poder nem sempre solícitas a ceder às necessidades da justiça fiscal" (o grifo não é do original).

Todos aqueles que se apegam somente ao princípio da legalidade, em linhas gerais, mantêm esta postura.

O certo é que – caso se permita a ousadia – se deve discordar dos grandes mestres que se filiam a esta "corrente da legalidade", bem como aos que se filiam à "corrente da capacidade contributiva", cujo maior expoente, na atualidade, é Marco Aurélio Greco.

É que ambos os princípios estão positivados na Constituição. Ambos os princípios têm a mesma relevância e peso. Como compatibilizá-los, então? O fato se agrava na medida em que um princípio parece excluir o outro, o que permitiria a conclusão de que existe uma antinomia no sistema.

A compatibilidade de ambos os princípios merece reflexões. Assim, primeiramente, vale dizer que é inatacável a existência e eficácia do princípio da legalidade tributária; em outras palavras, não existe tributação sem prévia autorização legal.

Os críticos deste princípio costumam fazer parecer que este princípio, sendo um dos dogmas do liberalismo, é o responsável pelos entraves na atividade tributária, além de ser o grande obstáculo à concreção da justiça social.

A questão, todavia, merece ser melhor enfocada.

O princípio da legalidade tributária não é manifestação exclusiva do liberalismo. O princípio da legalidade é a base do Estado de Direito, sendo certo que só há certeza e segurança jurídica onde houver regras claras materializadas na Constituição e nas leis compatíveis com esta.

O indigitado princípio não tem, pois, apenas um conteúdo individualista. Há, realmente um interesse social, traduzido na certeza e segurança que tal princípio proporciona às relações jurídicas. Aliás, cabem, neste momento, as lições de Enrique Alonso García, a saber:

"Efectivamente, en el enjuiciamiento consitucional sólo se contrapesan intereses colectivos o sociales. Ya en 1943,

Roscoe Pound advertió de ese peligro: Cuando se trata de evaluar o contrapesar intereses o reivindicaciones, debemos tener cuidado de compararlos en un plano de igualdad. Si categorizamos a uno como interés individual y a otro como interés social, podemos estar decidiendo la cuestión por adelantado. Todos los intereses amparados por el Bill of Rights tienen una dimensión social, y no individual".³⁰

Não se deve, entretanto, chegar ao ponto de sustentar a inaplicabilidade do princípio da capacidade contributiva, como muitos doutrinadores costumam fazer; em verdade, o princípio da capacidade contributiva tem uma eficácia positiva (e não somente negativa), como leciona Marco Aurélio Greco.

Apesar de não ter sido apresentada qualquer conclusão sobre a questão da aparente antinomia entre os princípios da legalidade tributária e da capacidade contributiva, todas as palavras expendidas ao longo deste tópico têm por objetivo ressaltar que a capacidade contributiva não é capaz de, por si só, ensejar a cobrança de tributos, devendo haver lei que legitime a cobrança. Como adverte Antônio Roberto Sampaio Dória,³¹ a "capacidade contributiva nunca é fonte efetiva, por si mesma, de obrigações tributárias concretas. Somente o é quando expressamente tipificada na lei, como específica hipótese de incidência".

Nesta linha de raciocínio, importantes são as palavras de Heleno Tórres, ao dizer que:

"A capacidade contributiva, nos termos do art. 145, § 1.º, da CF, não é motivo para instituição de tributos, pois a constituição qualificou as espécies e discriminou as competências materiais em angustos limites. No plano *legislativo*, o princípio da capacidade contributiva tem a função

³⁰ GARCIA, Enrique Alonso. La interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1984 *apud* MARINS, James (Coord.). *Tributação e antielisão – livro 3* – Curitiba: Juruá, 2002. p. 162.

³¹ *Elisão e evasão fiscal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 129.

de servir como limite à escolha da matéria factual para compor a hipótese de incidência de normas tributárias, porquanto o fato escolhido deverá ser revelador, com certa precisão, da capacidade econômica do sujeito passivo para suportar o encargo fiscal. Escolhido o fato impositivo (revelador de capacidade contributiva), e definida a base de cálculo e alíquota aplicáveis (graduação da carga tributária individual), exaure-se o papel do princípio de capacidade contributiva (na sua feição objetiva)³² (o grifo é do original).

Por tal pensamento, parece que este notável doutrinador só admite a eficácia negativa do princípio da capacidade contributiva; mas, como já se viu, não se deve desprezar a eficácia positiva do aludido princípio.

Antes de se entrar nesse mérito, relevante se torna, mais uma vez, as lições de Alberto Xavier,³³ para quem tal princípio é dirigido ao legislador infraconstitucional. No mesmo sentido são as lições de Antônio Roberto Sampaio Dória – que estão transcrita linhas acima – e Cesar A. Guimarães Pereira,³⁴ para quem o desequilíbrio entre segurança jurídica e capacidade contributiva é solucionado no plano legislativo, e não no plano da interpretação.

Com efeito, o princípio da capacidade deve ser dirigido ao legislador. Entretanto, isso não quer dizer que pode tal princípio ser olvidado pelo legislador. Como dito, a moderna doutrina considera a eficácia positiva deste princípio, o que leva à conclusão de que, na hipótese de a lei não captar todos os aspectos da capacidade contributiva, tal lei deve ser considerada inconstitucional, por ofensa ao comentado princípio. Este é o entendimento, apontado por Cesar A. Guimarães Pereira,³⁵ para harmonizar aqueles dois princípios aparentemente antagônicos.

³² **Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 282.

³³ **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielesiva.** São Paulo: Dialética, 2001. p. 122.

³⁴ **Elisão tributária e função administrativa.** São Paulo: Dialética, 2001. p. 18.

³⁵ **Elisão tributária e função administrativa.** São Paulo: Dialética, 2001. p. 18.

Tal solução não representa um contorcionismo jurídico. Tal interpretação, ressalte-se, é a única a compatibilizar ambos os princípios, sem que se dê maior relevância a um ou a outro. Pensar diferentemente equivale a dizer que a falta cometida pela omissão do legislador seja imputada ao contribuinte, que seria "penalizado" pela cobrança de tributos sem lei (o que se afiguraria como rompimento com o princípio legalidade); ou que somente o princípio da legalidade tem aplicabilidade, sendo o da capacidade contributiva um princípio meramente programático.

Por conseguinte, pela solução dada por Cesar A. Guimarães Pereira, aliás, é possível colocar as coisas em seu devido lugar, ou seja, o princípio da legalidade cumpre a sua função, bem como o princípio da capacidade contributiva cumpre a sua, sem que haja "invasão de competência". Adotando tal solução, é possível dar por encerrado o problema do "conflito" entre tais princípios.

4. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS REAÇÕES DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ALIENÍGENAS À ELISÃO TRIBUTÁRIA.

O conhecimento do posicionamento das teorias estrangeiras que reagem à elisão tributária é fundamental. Vários doutrinadores, assim como legisladores (e principalmente estes), ao entrar em contato com tais teorias, desejam importá-las, sem adaptações, o que, na maioria das vezes, não é possível, em face da tão analítica Constituição da República brasileira. Com efeito, a aplicação de tais teorias depende da sustentação constitucional das mesmas. Por isso, embora tais teorias sejam até, num primeiro momento, bastante convincentes, deve o intérprete do ordenamento nacional analisá-las com profundidade, e, principalmente, se é que isto é possível, desprovido de qualquer ideologia e preconceito. Nunca é demais repetir que a base do ordenamento jurídico de um Estado é sua Constituição; se há obstáculo constitucional à aplicação de qualquer teoria, por

mais justa que seja, não cabe ao intérprete justificar sua aplicação, posto que estaria desrespeitando a opção política do povo materializada na Lei Fundamental.³⁶

4.1 REAÇÕES NO PLANO INTERPRETATIVO: INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA E FUNCIONAL.

A elisão tributária (especificamente aquela que, como diria Antônio Roberto Sampaio Dória, não é a induzida) sempre foi vista, pelos dirigentes do Estado, como uma conduta reprovável, a despeito de sua licitude, como já anteriormente apontado. É fácil compreender o porquê: a elisão tributária está, na maioria das vezes, ligada à perda da arrecadação.³⁷

O combate à elisão tributária surgiu, num primeiro momento, basicamente através de dois métodos de interpretação, denominados interpretação econômica e interpretação funcional.

Alberto Xavier,³⁸ ao comentar a origem de tais interpretações, ressalta a procedência autoritária delas. Com efeito, a primeira surgiu na época do fortalecimento do partido nazista na Alemanha, que precisava de recursos para superar a crise instaurada após a derrota sofrida na Primeira Guerra Mundial; a segunda, de origem italiana, surgiu também sob a égide de uma dura ditadura: o fascismo.

O certo é que ambas as teorias surgiram com a clara finalidade de romper com a legalidade.

³⁶ Deveras, o conceito de justiça é eminentemente subjetivo. Para a análise do ordenamento jurídico, o que realmente interessa é o sentido extraído das estatuições constitucionais, que revelam a opção política do povo.

³⁷ Note-se que foi utilizada a expressão "na maioria das vezes", porque, como já se disse, a elisão tributária também está relacionada com o cumprimento das obrigações tributárias acessórias, o que não repercute na arrecadação do Estado; bem como está relacionada, de igual forma, com o diferimento do dever de pagar o débito tributário, fato que também não pode ser considerado como perda da arrecadação, pois a postergação do pagamento da dívida não significa seu inadimplemento.

³⁸ Tipicidade da tributação, simulação e norma antielativa. São Paulo: Dialética, 2001. p. 45-49.

A teoria da interpretação econômica critica a legitimidade da elisão tributária porque a norma tributária tem por alvo uma exteriorização de riqueza, e não a forma jurídica que a reveste. Antônio Roberto Sampaio Dória sintetiza a teoria ao dizer que "A remissão legal tributária, em suma, é à forma jurídica, mas seu verdadeiro endereço é a substância econômica subjacente ou os efeitos econômicos dela decorrentes".³⁹ Neste mesmo sentido são as lições de Aurélio Pitanga Seixas Filho, um dos defensores da teoria, para quem:

"(...) a interpretação econômica significa que a lei tributária deve ser interpretada funcionalmente, levando em consideração a consistência econômica do fato gerador e a respectiva complexidade das formas jurídicas adotadas, já que as leis tributárias têm um conteúdo incontestável de natureza econômica, pois seus fundamentos econômicos não são elementos separáveis da lei, fazendo parte de seu conteúdo normativo".⁴⁰

Conclui-se, portanto, que a partir desta teoria, duas realidades econômicas idênticas, obtidas, todavia, com roupagens jurídico-formais diferentes, merecem as mesmas consequências tributárias.

Já a teoria da interpretação funcional da lei tributária, a qual leva em conta os fatores político, econômico, jurídico e técnico, tem consequências práticas semelhantes com a interpretação econômica. Para a interpretação funcional, a capacidade contributiva se reveste na causa jurídica justificadora do tributo. Logo, assim como é injusta a tributação a que falte causa jurídica; injusta é, também, a não tributação dos casos em que exista uma causa justificadora.⁴¹

³⁹ *Elisão e evasão fiscal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 90-91.

⁴⁰ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A interpretação econômica no Direito Tributário, a Lei Complementar n.º 104/2001 e os limites do planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 11).

⁴¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. 2 ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 92.

Parece, pois, ser esta a origem da eficácia positiva do princípio da capacidade contributiva.⁴² Todo o problema é que rompe tal teoria com a legalidade, atingindo, pois, qualquer manifestação que, em tese, revele capacidade contributiva.

Ambas as teorias, como se pode constatar, apegam-se, sobremaneira, ao elemento teleológico da norma. Isto não é, por si só, criticável, haja vista ser o teleológico um dos métodos de interpretação das normas jurídicas. Todavia, ver-se-á, no próximo tópico, de forma pouco mais detida, algumas críticas a tais interpretações (econômica e funcional), posto que desconsideram solenemente o princípio da legalidade, instaurando, caso aceitas, uma série de problemas.

4.2 REAÇÕES NO PLANO NORMATIVO: TEORIAS DO ABUSO DE FORMAS, ABUSO DE DIREITO, FRAUDE À LEI E *BUSINESS PURPOSE*.

A queda dos regimes ditatoriais, inspiradores das teorias acima mencionadas, não teve o efeito de mudar o pensamento sobre a elisão tributária. Entretanto, a aplicação de tais teorias foi, paulatinamente, cedendo lugar a normas que coibissem a elisão tributária. A questão, portanto, foi-se deslocando do plano interpretativo para o plano normativo, com a edição de cláusulas antielisivas, o que seria mais consentâneo com o princípio da legalidade, segundo seus defensores.

Essas cláusulas antielisivas são normas que têm a finalidade de impossibilitar o surgimento da elisão tributária, como o próprio nome já sugere. Alberto Xavier⁴³ vislumbra três espécies de normas antielisivas: a cláusula geral antielisiva, a cláusula setorial antielisiva e a cláusula especial antielisiva.

Pela cláusula geral antielisiva, dada sua máxima abstração, há permissão para a aplicação analógica da norma

⁴² O que não quer dizer, contudo, que tal teoria deva adotar exatamente o mesmo raciocínio. O que se quer dizer é que se trata, apenas, do embrião da doutrina, a qual foi aperfeiçoada, de modo a se sintonizar com o ordenamento jurídico vigente.

⁴³ Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001. p. 85-86.

tributária a fatos atípicos, pois ao ato ou negócio elisivo que não foi previamente objeto de tipificação legal é atribuído o regime jurídico do ato ou negócio tipificado na lei tributária.

As cláusulas setoriais antielisivas são semelhantes às cláusulas gerais, porque não tipificam condutas e autorizam o recurso à analogia. A diferença entre uma e outra é que a cláusula setorial antielisiva é aplicável exclusivamente a um tributo determinado.

As cláusulas especiais antielisivas são tipificações legais, surgidas *a posteriori*, de certos atos ou negócios jurídicos que, conforme revelou a experiência, serviam de suporte para a elisão tributária. Tais cláusulas socorrem-se, geralmente, de presunções ou ficções legais.

Como se acabou de ver, com respaldo nas lições de Alberto Xavier, as cláusulas gerais e as cláusulas setoriais permitem o uso da analogia, diferentemente das cláusulas especiais. Tal fato significa que a natureza de tais cláusulas é diferente. A cláusula especial é norma preventiva; já as outras têm natureza repressiva.

Todavia, há quem sustente que, dependendo da configuração da cláusula geral, não há analogia.⁴⁴ A função da norma geral antielisiva seria, pois, a de requalificar o fato à norma elidida, não havendo, pois, uso de analogia. Explicando: um fato A subsume-se normalmente à hipótese de incidência A'. Acontece que o contribuinte pratica o fato B, por ter adotado uma medida elisiva, o que conduz à subsunção de tal fato à hipótese de incidência B', e não à hipótese A'. Desta forma, a norma geral antielisão teria a função de permitir que o aplicador do direito, diante do fato elisivo B, pudesse requalificá-lo para torná-lo juridicamente fato A, e assim aplicar a norma A', e não a norma B'. Com tal requalificação não haveria uso de analogia, haja vista que ambas estariam previamente positivadas no ordenamento jurídico.

⁴⁴ Neste sentido, por todos, Helene Tôres. (TÔRES, Helene Tavelra. Limites ao planejamento tributário – normas antielusivas (gerais e preventivas) – a norma geral de desconsideração de atos ou negócios do Direito brasileiro. In: MARINS, James (Coord.). *Tributação e antielisão* – livro 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 69).

Agora que se tem alguma noção sobre as normas antielisivas, é de bom alvitre o conhecimento, ao menos superficial, de algumas espécies destas normas, dando destaque ao abuso de direito, ao abuso de formas, à fraude à lei e ao *business purpose*.⁴⁵

O abuso de direito, de forma genérica, tem aplicação quando o titular do direito, ao exercê-lo, excede os limites impostos pela função social que lhe é inerente, de modo a provocar uma lesão a terceiro. Na seara tributária, o abuso de direito tem aplicação, segundo os defensores de tal cláusula, quando o contribuinte adota medidas cuja *intentio facti* discrepa da *intentio juris*, ou seja, quando a intenção jurídica (que é revelada pela forma adequada) não corresponde com a intenção empírica.⁴⁶ Assim, tem aplicação a cláusula do abuso de direito quando o contribuinte adota tais medidas, cuja forma seja anormal ou atípica e cujo fim seja elisivo, muito embora a forma usada não seja proibida pelo Direito Privado.

O abuso de formas é uma variante do abuso de direito. Surgiu na *Reichsabgabenordnung* (Ordenação Tributária Alemã), diploma de 1919, sendo, na verdade, um sucedâneo da interpretação econômica.⁴⁷ Tal cláusula tem aplicação quando o contribuinte se utiliza de uma forma jurídica não considerada como a normal para o caso. Assim, considerada a forma como anormal, poderia o aplicador da lei readequar o fato ao tipo, apreciando a essência econômica do ato ou negócio.

Sobre a fraude à lei no âmbito tributário, oportunas são as palavras de Onofre Alves Batista Júnior, que assim expõe:

⁴⁵ Para um conhecimento mais profundo sobre as normas antielisivas, bem como análise do direito alienígenas obre a matéria, veja-se ROLIM, João Dácio. Normas antielisivas tributárias. São Paulo: Dialética, 2001.

⁴⁶ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. 2. ed. São Paulo: José Buehatsky, 1977. p. 110-111.

⁴⁷ MARINS, James – *Elisão tributária e sua regulação*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 39.

“O negócio em fraude à lei consiste em utilizar um *tipo de negócio* ou um *procedimento negocial* com o intuito de evitar as normas ditadas para regular outro negócio (aquele cuja regulação é a que corresponde ao resultado que se pretende conseguir fugir com a atividade posta em prática).

“A fraude à lei, assim, pressupõe a presença de duas normas: uma norma instrumento ou de cobertura, e uma norma fraudada.⁴⁸

Desta forma, toda vez que o contribuinte adotar uma prática elisiva, está ele se utilizando de uma norma de cobertura, fraudando, pois, a norma de tributação, o que seria reprimido por tal cláusula.

Segundo a teoria do *Business purpose* (também conhecida como intuito negocial), toda vez que o contribuinte valer-se de formas que acarretem elisão tributária, sem um motivo negocial que o justifique, terá aplicação a cláusula.⁴⁹

Como se constata, são muito parecidas todas as cláusulas gerais antielisivas, havendo, em verdade, uma ou outra característica que permite o estabelecimento de diferenças entre elas.

5. IMPOSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DE NORMA GERAL ANTELISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Antes de avaliar a possibilidade de inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma norma geral antielisão, torna-se relevante, inicialmente, despendar um breve comentário sobre as teorias da interpretação funcional e econômica.

⁴⁸ O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 52.

⁴⁹ Neste sentido: Antônio Roberto Sampaio Dória (*Elisão e evasão fiscal*. 2. ed. – São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 75) e James Marina (*Elisão tributária e sua regulação*. – São Paulo: Dialética, 2002. p. 40), ressaltando este último autor que a cláusula tem especial aplicação quando o contribuinte se serve de formas jurídicas de caráter societário.

Já se sabe, em linhas gerais, em que consistem a interpretação econômica e a funcional. Ambas têm, praticamente, os mesmos efeitos.

Pois bem, é imprescindível salientar que a interpretação econômica, em especial, tem o apoio de parte da doutrina nacional, que sustenta sua aplicação, basicamente, amparada pelo princípio da isonomia.

Com efeito, seus defensores afirmam ser jurídica tal interpretação, a qual leva em conta o elemento teleológico. Esta teoria permite detectar o substrato econômico do fato previsto na norma de incidência, a fim de que seja atribuído o mesmo efeito tributário ao fato não previsto em lei, mas que tenha a mesma substância econômica.⁵⁰ Em outras palavras, havendo identidade de efeitos econômicos, deve o direito dispensar o mesmo tratamento à hipótese não prevista na lei tributária.

O problema da teoria está na "abstração dos conceitos jurídicos utilizados na norma e dos efeitos jurídicos dos atos concretos".⁵¹ É que os conceitos jurídicos, em atenção ao princípio da legalidade, devem ser interpretados por métodos jurídicos, não se podendo perquirir o efeito econômico do ato ou fato, mas sim o efeito jurídico.⁵² Em outras palavras: o vocábulo utilizado pela norma deve ser entendido em seu sentido jurídico, não se constituindo em um mero indicador de substrato econômico, sob pena de se confundir comodato com compra e venda, doação com mútuo etc., já que, nos exemplos apontados, os efeitos econômicos decorrentes do resultado dos negócios podem ser vistos como similares.

Em verdade, a interpretação econômica "não passa de um artifício para, de modo oblíquo, trazer o raciocínio analógico para dentro das fronteiras do tipo legal tributário e, assim, para o domínio da interpretação".⁵³

⁵⁰ Neste sentido: Onofre Alves Batista Júnior (*O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 166).

⁵¹ XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielativa*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 41.

⁵² Neste sentido: Alberto Xavier (*Tipicidade da tributação, simulação e norma antielativa*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 39).

⁵³ XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielativa*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 43.

É por isso que se for levado em conta exclusivamente o princípio da igualdade, é correta a interpretação. Todavia, diante do princípio da legalidade, que impõe uma prévia previsão legal, não há qualquer possibilidade de ser aplicada tal teoria. Assim, um conceito jurídico utilizado na norma tributária não pode ser abstraído de seu sentido jurídico, para ser tomado em um sentido econômico, como exigiria a aplicação isolada do princípio da isonomia. O princípio da legalidade é corolário do superprincípio certeza do direito; por conseguinte, o conceito jurídico utilizado pela norma deve ser entendido em seu sentido jurídico, e, não, econômico. Esta é a única interpretação que permite aos cidadãos o prévio conhecimento das consequências jurídicas de seus atos.

Uma vez entendida a teoria da interpretação econômica, fica fácil constatar sua ilegitimidade, posto que qualquer tentativa de sua aplicação conduziria o intérprete ou aplicador da lei, inevitavelmente, à utilização da analogia, haja vista a constatação de uma "lacuna" na lei tributária. Acontece que, no Direito Tributário, não há lacunas. Tal afirmação é respaldada pelo princípio da legalidade, do qual decorre o princípio da tipicidade.⁵⁴

Aliás, independentemente da tomada de posição acerca da ausência ou não de lacunas no Direito Tributário, é certo que o Código Tributário Nacional, em seu art. 108, § 1.º, proíbe o emprego da analogia que resulte em tributo não previsto em lei, o que, por si só, tem o condão de eliminar esta controvérsia. Desta forma, se o citado dispositivo proíbe o emprego da analogia, proíbe, logicamente, a interpretação econômica no Direito Tributário brasileiro.

Já com a interpretação funcional, o raciocínio não é diferente. Esta toma a capacidade contributiva como causa do tributo, o que justifica que se dê o tratamento do fato ou ato

⁵⁴ Deveras, deve ser reconhecida a possibilidade de lacunas no Direito Tributário, contudo, não há lacunas nas normas que definem a hipótese de incidência tributária. Lembre-se sempre que, em virtude do princípio da legalidade tributária, ou o fato está previsto na lei tributária – e é, portanto, tributado – ou o fato não tem previsão legal – não sendo, nesse caso, tributado.

previsto em lei aos atos ou fatos não previstos, mas que revelem a mesma capacidade contributiva. Isso leva à conclusão de que ambas as teorias (interpretação funcional e econômica) conduzem ao mesmo resultado, ainda que sob fundamentos distintos.

Dada esta semelhança dos efeitos práticos de tais teorias, são procedentes as críticas de Antônio Roberto Sampaio Dória, ao aduzir que, nos países onde a jurisdição cabe apenas a aplicação do direito, tais teorias seriam inadmissíveis, uma vez que, com sua aplicação, há verdadeira inovação no direito escrito, o que é obstado pelo princípio da estrita legalidade.⁵⁵

Demonstrada a inaplicabilidade das duas teorias acima referidas, pode restar uma dúvida: pode o intérprete valer-se da interpretação teleológica, pura e simplesmente, no Direito Tributário?

Alberto Xavier⁵⁶ dá a entender ser possível a interpretação teleológica, ao dizer que a "ponderação dos aspectos econômicos dos institutos e atos jurídicos não tem em si mesma nada de condenável, enquanto elemento da interpretação teleológica, que o intérprete poderá utilizar a par dos elementos literal, sistemático, racional e histórico da hermenêutica". Todavia, já se ressaltou, anteriormente, que o autor rejeita qualquer possibilidade de distorção na interpretação dos conceitos jurídicos utilizados pela norma tributária.⁵⁷

Heleno Tôrres⁵⁸ também analisa a questão da interpretação teleológica no Direito Tributário, criticando-a ao dizer que "o termo *interpretação teleológica* do direito tributário

⁵⁵ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 95-96.

⁵⁶ *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 41.

⁵⁷ *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 41.

⁵⁸ *Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 216.

é muito ambíguo, dando margem para ser usado tanto como equivalente da interpretação econômica quanto de método preordenado a um resultado extensivo de interpretação". Conclui o autor seu raciocínio ao dizer:

"Outro fator que merece ser ressaltado é que, no campo do direito tributário, a idéia de interpretação teleológica não tem o mesmo significado que se apresenta a outros ramos, como o direito comercial, o direito civil, o direito processual civil etc. Ao passo que nestes ramos a interpretação finalística equivale a uma espécie de atualização da *ratio* normativa, na promoção da justiça, nas normas que tipificam espécies de tributos, *stricto sensu*, o finalismo é o retrato do desfalecimento de todas as garantias e direitos construídos ao longo do processo histórico das sociedades, por servir como instrumento de agressão a direitos e liberdades fundamentais, na maioria dos casos, quando se trata de aplicar aquele primado às normas impositivas de tributos".⁵⁹

A conciliação dos pensamentos de Alberto Xavier e Heleno Tôrres parece ser a mais correta das posições. Isto significa dizer que é possível a interpretação teleológica no Direito Tributário. Contudo, todas as vezes que ela tiver por consequência a inobservância dos direitos e garantias individuais, deve ser afastada, posto que se revela incompatível com a Constituição.⁶⁰

Uma vez vista a questão da interpretação econômica, funcional e teleológica no Direito Tributário, pode-se, finalmente, analisar a questão da possibilidade ou não de inserção de cláusulas antielisivas no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁹ Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 217.

⁶⁰ Este critério é conhecido pelos constitucionalistas por interpretação conforme a Constituição, sendo conceituado por Fernando Osório Almeida Júnior como o "critério de solução de antinomias entre interpretações possíveis de uma mesma lei, pelo qual deverá prevalecer aquela que lhe revela a conformidade com a Constituição, excluindo-se, assim, todas as demais formas de interpretação". (Interpretação conforme a Constituição e direito tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 19).

Primeiramente, cabe destacar a limitação da análise à inserção de cláusulas gerais. É que são estas as que mais polêmica causam. Mas não é só por esse fato que se justifica a restrição da análise. É que as cláusulas setoriais têm, em linhas gerais, as mesmas características das cláusulas gerais, sendo certo que os comentários dirigidos a estas também se aplicam àquelas. Já quanto às cláusulas especiais antielisivas, a doutrina não costuma dispensar maiores críticas, já que são tipificações *a posteriori*, que encontram agasalho no princípio da legalidade, pois só visam a evitar as futuras elisões tributárias.

Pois bem, especificamente quanto à possibilidade da presença de uma cláusula geral antielisiva no ordenamento, a doutrina se divide. De um modo geral, uns crêem ser impossível a adoção de uma cláusula geral antielisivas; outros, porém, admitem a possibilidade.

Basicamente, aqueles que admitem a possibilidade de uma norma geral antielisiva dizem que o comportamento elisivo do contribuinte causa um dano à Fazenda Pública, pelo fato da perda da arrecadação;⁶¹ ou dizem que a liberdade do contribuinte, na escolha de seu comportamento, não é ilimitada, de modo que a adoção de um comportamento elisivo não é eficaz perante o Fisco, o que tem a consequência de obstar o efeito elisivo pretendido pelo contribuinte.⁶²

É por isso que Onofre Alves Batista Júnior⁶³ defende a adoção de uma cláusula geral antielisiva, ao dizer:

“Diante da necessária sujeição ao princípio da legalidade na qual o particular pode atuar, toma-se necessário traçar, para

⁶¹ Neste sentido, por todos, Onofre Alves Batista Júnior (*O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 38.).

⁶² Neste sentido, também por todos, Heleno Tôres (TÔRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário – normas antielativas (gerais e preventivas) – a norma geral de desconsideração de atos ou negócios do Direito brasileiro. In: MARINS, James (Coord.). *Tributação e antielisão* – livro 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 69).

⁶³ *O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 38.

combater de forma eficaz a 'fuga dos impostos', uma cláusula geral antiabuso inerente ao Direito Tributário. O contribuinte que abusasse da liberdade de seleção do tipo negocial deveria, em virtude dessa cláusula, ver frustrada a sua intenção de fugir dos impostos.

"Deixemos claro. O que se pretende não é a limitação da liberdade de eleição de tipos negociais, mas a atribuição de efeitos tributários adequados a cada um desses tipos negociais adotados".

Todavia, adverte Heleno Tórres⁶⁴ que as normas gerais antielisivas (as quais ele prefere denominar normas gerais "elusivas") são fáceis de ser escritas, mas de difícil aplicação, em vista do princípio da certeza do direito, uma vez que, provavelmente, os critérios utilizados pelos agentes fiscais e juízes seriam diferentes. O autor,⁶⁵ a respeito da eficácia de tal norma, chega a concluir que "a utilidade das normas gerais tem mais uma razão intimidativa, em vista da proibição dirigida às operações elusivas, do que propriamente corretiva dessas atitudes, em face da autorização conferida ao Fisco para requalificar a operação".

A questão da possibilidade de adoção da norma geral antielisiva é tão controversa que mesmo os autores que admitem sua adoção divergem sobre os fundamentos que a permitem. Só para ilustrar a informação, é oportuno registrar que Cesar A. Guimarães Pereira e Heleno Tórres admitem a possibilidade de tal norma; contudo, o primeiro faz a ressalva no sentido de que a norma deveria respeitar a discriminação constitucional de competências, podendo ser editada pelo ente

⁶⁴ TÓRRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário – normas antielisivas (gerais e preventivas) – a norma geral de descon sideração de atos ou negócios do Direito brasileiro. In: MARINS, James (Coord.). *Tributação e antielisão* – livro 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 61.

⁶⁵ TÓRRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário – normas antielisivas (gerais e preventivas) – a norma geral de descon sideração de atos ou negócios do Direito brasileiro. In: MARINS, James (Coord.). *Tributação e antielisão* – livro 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 61.

político competente para a instituição do tributo,⁶⁶ sugerindo, inclusive, que bastaria, para acabar com a elisão tributária, transformar os conceitos estruturais, utilizados pela hipótese de incidência, em conceitos funcionais⁶⁷ (todavia, o mesmo autor nega a possibilidade de utilização de conceitos jurídicos indeterminados, por serem ofensivos ao princípio da legalidade⁶⁸); já Heleno Tórres⁶⁹ afirma que "no Brasil, o regime constitucional vigente só permite reconhecer a aplicação de uma norma geral antielusiva limitadamente às hipóteses negócios jurídicos carentes de 'causa', ou promovidos com simulação ou fraude à lei".

Veja-se, agora, o posicionamento dos doutrinadores que não admitem a inclusão de uma cláusula geral antielusiva no ordenamento jurídico hodierno.

Mais uma vez há de ser dito que a doutrina diverge. É que parte dos doutrinadores não aceita a inserção da norma geral em hipótese alguma, enquanto a outra admite a inserção por Emenda à Constituição.

Os doutrinadores que adotam este último pensamento dizem que a inclusão da norma em comento, via Emenda Constitucional, não conflitaria com o disposto no inciso IV do § 4.º do art. 60 da Constituição da República, que dispõe:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – (omissis)

§ 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – (omissis)

IV – os direitos e garantias fundamentais.

⁶⁶ Elisão tributária e função administrativa. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 236-237.

⁶⁷ Elisão tributária e função administrativa. São Paulo: Dialética, 2001. p. 232-233.

⁶⁸ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A elisão tributária e a Lei Complementar n.º 104/2001. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). O planejamento tributário e a lei complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001. p. 35.

⁶⁹ Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elisão tributária. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 216.

João Francisco Bianco⁷⁰, um dos doutrinadores que se filiam a esta corrente, defende a inclusão de uma norma geral antielisiva por reforma constitucional (e não simplesmente por reforma infraconstitucional, como, por exemplo, via revogação do parágrafo primeiro do art. 108 do CTN, que trata da vedação da tributação da analogia), porque a Constituição se utiliza do vocábulo "abolir", que tem a conotação de eliminar por completo, suprimir totalmente. Assim, como o princípio da legalidade não seria abolido, destinando-se a aplicação da cláusula somente a situações especiais, a Emenda Constitucional não estaria em desarmonia com as chamadas cláusulas pétreas.

Já Gilberto Luiz do Amaral, expõe a seguinte idéia, para sustentar a inclusão da norma geral através de Emenda à Constituição:

"Com efeito, seria absurdo admitir que o poder constitucional derivado não tivesse a flexibilidade para atenuar o princípio da reserva legal. Tal emenda não estaria abolindo tais direitos ou garantias, mas sim, regulando a matéria de tal forma que o sistema tributário se tornasse mais abrangente e inteligente, melhor atendendo assim às necessidades da sociedade moderna. Uma Constituição que não atenda às necessidades e à dinâmica da vida moderna não é uma Constituição".⁷¹

Por outro lado, há doutrinadores que não admitem, de modo algum, a inclusão de uma norma geral antielisiva, seja porque haveria ofensa a garantias constitucionais (princípios constitucionais tributários, mormente

⁷⁰ BIANCO, João Francisco. Norma geral antielisão – aspectos relevantes. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). O planejamento tributário e a lei complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001. p. 156-157.

⁷¹ AMARAL, Gilberto Luiz do. A aplicação da norma geral antielisão no Brasil. In: AMARAL, Gilberto Luiz do (Coord.). Planejamento tributário & a norma geral antielisão. Curitiba: Jurua, 2002. p. 74.

o da legalidade e tipicidade⁷²), seja porque haveria ofensa ao direito constitucional à elisão tributária.⁷³

Com efeito, assiste razão a estes últimos doutrinadores, ou seja, não é admissível a introdução, no ordenamento jurídico nacional, de qualquer cláusula geral antielisiva.

A questão merece ser analisada por partes, começando pelo emprego da analogia para a exigência de tributos.

É sabido que a Constituição da República diz, expressamente, que não há possibilidade de exigência ou de aumento de tributo sem que lei o estabeleça (art. 150, I). Como o emprego da analogia nada mais é que a aplicação de uma norma já existente a um caso semelhante não regulado, tal afirmação já bastaria para a não-aplicabilidade da analogia no Direito Tributário. Há outras questões, contudo, (as quais já foram repetidas vezes comentadas) que levam à conclusão da inadmissibilidade da analogia, como, *exempli gratia*, a ausência de lacunas da norma que delineia a hipótese de incidência, o princípio da tipicidade etc. Enfim, é um equívoco sustentar, diante da atual Constituição, a possibilidade do emprego da analogia.

Outro ponto relevante para a análise da norma geral antielisão é o de que esta não se trata de analogia, mas sim de requalificação do fato (*lato sensu*), para a subsunção à norma previamente positivada.

Primeiramente, vale dizer que, como bem observou Edmar de Oliveira Andrade Filho⁷⁴, "a questão da tipicidade

⁷² Neste sentido: Hugo de Brito Machado (MACHADO, Hugo de Brito. A norma antielisão e o princípio da legalidade – análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). O planejamento tributário e a lei complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001. p. 112-113), Edvaldo Brito (BRITO, Edvaldo. Interpretação econômica da norma tributária e o planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). O planejamento tributário e a lei complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001. p. 73), dentre outros.

⁷³ Neste sentido: Ricardo Mariz de Oliveira (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A Elisão fiscal ante a Lei Complementar n.º 104/2001. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). O planejamento tributário e a lei complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001. p. 268).

⁷⁴ ANDRADE FILHO, Edmar de. Notas sobre o sentido e o alcance das normas antielisivas dos artigos 13 a 19 da Medida Provisória 66/02. In: AMARAL, Gilberto Luiz do (Coord.). Planejamento tributário & a norma geral antielisão. Curitiba: Jurua, 2002. p. 39.

negocial ou tipicidade de forma é a chave-mestra da doutrina que considera válida a edição de normas gerais antielisivas”.

A doutrina que considera válida a requalificação do fato (*fato sensu*) praticado pelo contribuinte, de um modo geral, fundamenta a admissibilidade de uma norma geral antielisiva que outorgue competência para tal, porque nem todos os atos podem ser qualificados como ilícitos. Assim, a norma geral antielisiva teria a função de dispor sobre um critério geral de sanções a todos os atos danosos, isto é, mesmo um ato tido por lícito poderia, no caso de ser enquadrado aos pressupostos da norma geral, ser considerado como um ilícito. Este é o caso do sistema de ilícitos atípicos.⁷⁵

Deveras, o sistema dos ilícitos atípicos nada mais é que uma teoria que tem por finalidade inobservar a eficácia dos atos praticados pelo contribuinte. Vale dizer, os doutrinadores que defendem tal teoria dizem que não se está restringindo o direito do contribuinte à escolha da melhor forma, o que implicaria em violação ao princípio da liberdade de contratar (que é um dos corolários do princípio da livre iniciativa, estabelecido no *caput* do art. 170 da Constituição da República), mas que os efeitos da forma adotada pelo Contribuinte seriam inoponíveis ao Fisco.

Não deve ser negado que, à primeira vista, a teoria em comento é até bastante convincente, pois tem o condão de tornar “ilícito” o ato praticado pelo contribuinte. Assim, sendo ilícito o ato, não se trataria mais de elisão tributária, mas, sim, de evasão tributária, que deve ser reprimida pelo ordenamento jurídico. Mas existem outras questões. Conforme já se disse, não parece tratar-se de tornar o ato “ilícito”, isto é, inválido. Uma norma geral antielisiva tem a função de tornar o ato ineficaz perante o Fisco, porque a declaração de ineficácia perante uma pessoa não influi na validade do ato. Assim, mesmo declarado

⁷⁵ Esta é a lição de Heleno Tóres (*Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 186), sendo certo que toda norma geral antielisiva será baseada no sistema de ilícitos atípicos, já que a elisão tributária é obtida sempre por meios lícitos.

ineficaz perante o Fisco, o ato ainda seria válido, mesmo perante o próprio Fisco; contudo, tal ato não produziria efeitos. Caso se pense de forma diferente, ou seja, caso se pense que a norma geral antielisiva tem a função de declarar a norma inválida, poderia a parte que contratou com o contribuinte, uma vez declarado "ilícito" o ato pela Administração, pleitear, por exemplo, sua nulidade. Em outras palavras, a declaração de "ilicitude" do ato, pelo Poder Público (até mesmo pela própria Administração Pública, haja vista que é esta a principal destinatária da norma), poderia causar sérios prejuízos ao princípio da certeza do direito, uma vez que um negócio praticado com rigorosa observância às normas do Direito Civil, por exemplo, poderia ser considerado "ilícito" sob a ótica do Direito Tributário, o que acabaria por repercutir, indiretamente, na seara civil. E mais: haveria violação ao art 2.º da Constituição da República, que estabelece a separação funcional dos Poderes, no caso de a Administração Pública declarar a "ilicitude" do ato, pois esta estaria a exercer a função do Judiciário.

Outra questão importante tem a ver com o princípio da legalidade. Sabemos que deste princípio decorre o princípio da tipicidade e seus corolários. Pois bem, o legislador tributário, ao elaborar a hipótese de incidência tributária, deve obediência ao princípio da seleção. Por este princípio, o legislador não pode descrever o tributo através de cláusulas gerais ou conceitos gerais, que enquadrem todas as situações tributáveis, isto é, o legislador deve descrever o tributo em tipos, escolhendo as situações que pretende tributar. A norma geral antielisiva viola este princípio. Explicando mais: o legislador, ao editar a hipótese de incidência de determinado tributo, selecionou o fato A, atribuindo-lhe a consequência A'. Sabendo da consequência A', o contribuinte não pratica o fato A, mas, sim, o fato B, que, embora tenha praticamente os mesmos efeitos econômicos, é atípico. Como já dito, a norma geral antielisiva atribui competência para a autoridade competente considerar ineficaz os efeitos do fato B. Desta maneira, uma vez tomados ineficazes os efeitos do fato B, segundo os defensores da norma geral antielisiva, a autoridade competente

poderia avaliar os efeitos econômicos decorrentes do fato B, requalificando-o para fato A, que traz a consequência A', ou seja, sobre o qual incide a tributação.

É insustentável tal teoria: a) primeiro, porque traz a possibilidade de tributar um fato parecido, mas sem prévia tipificação, o que viola o princípio do *numerus clausus* (um dos corolários da tipicidade), segundo o qual o legislador elabora uma tipologia taxativa, e não exemplificativa ou delimitativa.⁷⁶ Este princípio visa a evitar a tributação por meio de analogia; e, em última análise, a norma geral antielisiva outra coisa não é senão uma norma que outorga competência para a tributação com emprego da analogia; b) segundo, porque quando o particular adota uma determinada forma contratual, em detrimento de outra, deseja ele obter os efeitos da forma eleita. O Poder Público, negando esses efeitos, age em desconformidade com a livre iniciativa, que tem como um de seus corolários a liberdade de contratar. Vale dizer, só há liberdade de contratar se seus efeitos são admitidos, pois de nada vale um contrato que não produza efeitos; e c) terceiro, porque a desconconsideração do ato seria, em verdade, a aplicação de uma sanção pelo fato de o contribuinte não ter praticado o fato que acarretasse um maior ônus fiscal. A desconconsideração se chocaria, pois, com o art. 3.º do CTN, que ao fixar o conceito de tributo, estabelece que "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade plenamente vinculada". Este último argumento é levantado por Alberto Xavier⁷⁷ e Edmar de Oliveira Andrade Filho⁷⁸.

⁷⁶ XAVIER, Alberto. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001. p. 18-19.

⁷⁷ Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001. p. 97.

⁷⁸ ANDRADE FILHO, Edmar de. Notas sobre o sentido e o alcance das normas antielisivas dos artigos 13 a 19 da Medida Provisória 66/02. In: AMARAL, Gilberto Luiz do (Coord.). Planejamento tributário & a norma geral antielisiva. Curitiba: Jurua, 2002. p. 26.

Parecem suficientemente claras as razões pelas quais a norma geral antielisão não pode prosperar no atual sistema tributário brasileiro; contudo, merece análise, também, a questão da possibilidade de edição de Emenda Constitucional que tenha por finalidade dar suporte a uma cláusula geral antielisão.

Já foram expostas as posições de dois autores que admitem esta possibilidade. Basicamente, o primeiro posicionamento se sustenta a partir da interpretação literal do § 4.º do art. 60 da Constituição da República. É que como o referido § 4.º se utiliza do vocábulo "abolir", e a inclusão da norma geral antielisiva, no ordenamento jurídico nacional, não romperia inteiramente com a legalidade (por conseguinte, não abolindo esta), estaria permitido pela Constituição uma reforma neste sentido.

É um equívoco sustentar tal argumento. A flexibilização da legalidade seria, também, a flexibilização do princípio da certeza do direito, que é um dos valores tutelados pela Constituição. Ademais, o vocábulo "abolir" deve ser interpretado como sinônimo de mitigar. Caso contrário, haveria a possibilidade de uma reforma constitucional reduzir a eficácia dos direitos e garantias individuais a quase nada, o que seria verdadeiro absurdo. É possível dizer, pois, os direitos e garantias individuais são insuscetíveis de mitigação.

O outro posicionamento, que sustenta a possibilidade de reforma constitucional para permitir a inclusão da cláusula geral no ordenamento, se utiliza de um argumento que é mais político do que jurídico. Dizer que tal Emenda não estaria a abolir os direitos e garantias individuais, mas, sim, que estaria tomando o sistema tributário mais abrangente e inteligente, o que atenderia às necessidades da sociedade moderna, é pura falácia. Sabendo que o ordenamento é delimitado a partir da Norma Fundamental, ou seja, a partir da Carta Magna, e que esta é fruto do Poder Constituinte originário, que é inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado,⁷⁹ ao intérprete não cabe

⁷⁹ Segundo Alexandre de Moraes, inicial porque é a base da ordem jurídica; ilimitado e autônomo porque não está limitado pelo direito anterior; e incondicionado porque não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade (Direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 56).

meditar sobre o aperfeiçoamento da Constituição (esta é tarefa precípua dos legisladores); cabe, isso sim, a análise do ordenamento jurídico posto. Em outras palavras, se a Constituição prestigia os direitos e garantias individuais, em detrimento do sistema tributário, não cabe ao intérprete a correção desta "falha". A Constituição é fruto de uma opção política, a qual passa a ter eficácia jurídica quando de sua entrada em vigor; se a opção política foi no sentido de prestigiar um ou outro valor, e, também, no sentido da impossibilidade de mitigação de tais valores, não deve ser considerada válida a interpretação que milite em desfavor do valor tutelado pela Constituição.

CONCLUSÃO.

A elisão tributária deve ser combatida. Sem dúvida, ela acaba gerando uma distorção no sistema tributário, porque desequilibra o peso da arrecadação entre os membros da sociedade.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro – é possível sustentar – repudia a elisão tributária, devido à violação aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Todavia, em atenção ao princípio da estrita legalidade tributária, impõe-se o respeito à elisão tributária já procedida pelo sujeito passivo tributário.

Assim sendo, não pode o Estado, a pretexto de implementar medidas de combate à elisão tributária, valer-se de normas gerais antielisivas, pois, caso assim o faça, violará uma série de garantias e direitos individuais, como visto neste estudo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório. *Interpretação conforme a Constituição e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

AMARAL, Gilberto Luiz do. A aplicação da norma geral antielisão no Brasil. In: AMARAL, Gilberto Luiz do (Coord.). *Planejamento tributário & a norma geral antielisão*. Curitiba: Juruá, 2002.

ANDRADE FILHO, Edmar de. Notas sobre o sentido e o alcance das normas antielisivas dos artigos 13 a 19 da Medida Provisória 66/02. In: AMARAL, Gilberto Luiz do (Coord.). **Planejamento tributário & a norma geral antielisão**. Curitiba: Juruá, 2002.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BIANCO, João Francisco. Norma geral antielisão – aspectos relevantes. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **O planejamento tributário e a lei complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2001.

BRITO, Edvaldo. Interpretação econômica da norma tributária e o planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **O planejamento tributário e a lei complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

FANUCCHI, Fábio. **Curso de direito tributário brasileiro**. v. 1. 4. ed. 9. tiragem. São Paulo: Resenha Tributária, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 1984.

GARCIA, Enrique Alonso. La interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1984 *apud* MARINS, James (Coord.). **Tributação e antielisão – livro 3**. Curitiba: Juruá, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Elisão fiscal e planejamento tributário em face da norma geral antielisiva, uma abordagem sistemática.** In: MARINS, James (Coord.). **Tributação e antielisão – livro 3.** Curitiba: Juruá, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **A norma antielisão e o princípio da legalidade – análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN.** In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **O planejamento tributário e a lei complementar 104.** São Paulo: Dialética, 2001.

MALERBI, Diva. **Elisão tributária.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

MARINS, JAMES. **Elisão tributária e sua regulação.** São Paulo: Dialética, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário.** 4. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **A Elisão fiscal ante a Lei Complementar n.º 104/2001.** In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **O planejamento tributário e a lei complementar 104.** São Paulo: Dialética, 2001.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Elisão tributária e função administrativa.** São Paulo: Dialética, 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **A elisão tributária e a Lei Complementar n.º 104/2001.** In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **O planejamento tributário e a lei complementar 104.** São Paulo: Dialética, 2001.

ROLIM, João Dácio. Normas antielisivas tributárias. São Paulo: Dialética, 2001.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A interpretação econômica no Direito Tributário, a Lei Complementar n.º 104/2001 e os limites do planejamento tributário. In: **ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). O planejamento tributário e a lei complementar 104.** São Paulo: Dialética, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed. 4.ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TORRES, Heleno. Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

TÓRRES, Heleno Taveira. Limites ao planejamento tributário – normas antielusivas (gerais e preventivas) – a norma geral de desconsideração de atos ou negócios do direito brasileiro. In: **MARINS, James (Coord.). Tributação e antielisão – livro 3.** Curitiba: Juruá, 2002.

XAVIER, Alberto. Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001.

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE: possibilidades, limites e análise de julgados do Supremo Tribunal Federal

Ricardo Antonio Rezende de Jesus¹

1 INTRODUÇÃO

O Estado de Direito de origem liberal, que parece ser o paradigma para a maior parte das Constituições ocidentais, tem, como uma de suas bases, o princípio da separação dos Poderes. Por esse princípio, a atividade do Estado estaria dividida em três eixos básicos: administrar, legislar e julgar, os quais seriam realizados por três instâncias eqüitativas, respectivamente: o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Partindo do entendimento de que políticas públicas são intervenções do Estado na sociedade civil objetivando tornar efetivos os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições, tradicionalmente pode-se dizer que as tarefas de formular e implementar políticas públicas são função dos poderes Legislativo e Executivo. É assim, porque são os membros desses poderes que, legitimados pelo voto, estão autorizados a dispor sobre os recursos (públicos) destinados a implantar tais políticas.

Ao Poder judiciário, de outro lado, foi resguardada a função de "dizer do direito" em cada caso concreto. No exercício dessa função, o Poder Judiciário é, em princípio, um poder inerte, que não age, salvo se provocado. Ou seja, somente a partir da submissão de matérias à sua apreciação, é que lhe cabe dar a interpretação final do direito reconhecido pelo Estado e pela sociedade civil.

Ocorre que as constituições dos Estados Ocidentais têm incorporado ao rol de direitos considerados fundamentais

¹ Procurador do Estado do Amazonas com lotação na Procuradoria do Estado no DF. Especialista em Políticas Públicas pela Universidade de Brasília.

para o ser humano, um grande número de direitos sociais (previdência social, saúde, educação, entre outros), os quais exigem financiamento do Estado com o fim de concretizá-los. Além disso, tem se tomado cada vez mais presente na literatura especializada a idéia de que mesmo os direitos individuais (que em princípio exigiram uma abstenção do Estado), devem ser, na verdade, garantidos pelo Poder Público. Em contrapartida, se é obrigação do Estado assegurar a realização desses direitos, é preciso reconhecer que os recursos são escassos e as necessidades infinitas, o que parece tornar inviável acreditar que os direitos possam ser assegurados a todos e de igual maneira.

Constatada a existência de meios econômicos limitados e escassos, a discussão centra-se na sua repartição e na possibilidade de se argüir, perante o Poder Judiciário, a *impossibilidade material* para se negar a entrega da prestação social postulada. Tal questão conecta-se ao reconhecimento ou não de uma reserva de competência parlamentar e, por consequência, à afronta ao princípio da separação dos poderes.

A escolha por desenvolver o tema especificamente no que concerne ao direito à saúde, se deu, principalmente, por três razões: I) a lógica importância do mesmo, uma vez que está relacionado à própria preservação da vida²; II) as várias decisões em que o Judiciário – desconsiderando qualquer programação orçamentária – obriga o Poder Executivo a realizar determinada despesa a pretexto de tornar efetivo o direito a saúde de grupos ou indivíduos³; III) a frequência com que tem se dado tais decisões, o que têm levado os governos Federal, Estadual e Municipal considerarem-nas como um problema financeiro relevante.

Colocam-se, assim, as seguintes questões:

a) Há limites para a intervenção do Poder Judiciário naquilo que seria, tradicionalmente, a função dos outros Poderes da República?

² Essa constatação torna particularmente fecunda e complexa a discussão, tendo em vista os contornos éticos que a envolvem.

³ Exemplos dessas decisões são as que determinam que o Poder Executivo custeie caríssimos tratamentos de saúde em rede privada para portadores de determinadas enfermidades.

b) No caso de o Poder Judiciário prolatar decisão que obrigue o Poder Executivo a custear determinado tratamento de saúde a pessoas ou grupos, há argumentos possíveis para descumprir tal mandamento, tomando por base o ordenamento jurídico nacional e considerando a escassez de recursos?

c) Qual a posição do Judiciário Brasileiro, refletida especialmente nas decisões de sua Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal), sobre a questão dos custos da implementação do direito à saúde e sobre o papel do judiciário nessa implementação?

2 O DIREITO À SAÚDE E O SEUS CUSTOS

Uma das características apontadas pelos teóricos que costumam diferenciar os direitos individuais dos direitos sociais é a questão da necessária intervenção do Estado para garantir os segundos e, ao contrário, a ausência da intervenção estatal quando se fala dos primeiros⁴. Nessa ordem de idéias, fala-se em direitos positivos e direitos negativos sendo os primeiros dependentes de custeio por parte do Poder Público (direito à educação, saúde, previdência, entre outros) e os demais garantidos pela só ausência do Estado (liberdades em geral, igualdade, intimidade, entre outros).

Essa distinção vem sendo revista. Diversos estudos atuais, com destaque para obra de Holmes e Sunstein (1999)⁵, têm afirmado que no mundo contemporâneo todos os direitos reconhecidos pelas Constituições aos cidadãos em seus territórios implicam em custos para o Estado. O Estado, no mínimo, irá arcar com o aparato judicial disponibilizado aos indivíduos para que venham a tutelar os direitos eventualmente violados⁶.

⁴ Cf. a respeito, BOBBIO (1992)

⁵ Cf., ainda, no Brasil, o texto de GALDINO (2001).

⁶ "To the extents that rights enforcement depends upon judicial vigilance, rights cost, at a minimum, whatever it costs to recruit, train, supply, pay, and, (in turn) monitor the judicial custodians of our basic rights" (HOLMES, SUNSTEIN, 1999, p. 45)

Numa visão menos radical e, a nosso sentir, mais adequada, Amaral (2001a), inclusive discutindo a obra de Holmes e Sunstein, assevera que, na verdade, há direitos cujo exercício não depende necessariamente de uma ação estatal. São exemplos a liberdade de expressão e de credo. No caso desses direitos, o Estado só arcaria com os custos de uma eventual violação, fornecendo o aparato judiciário destinado a processar as questões levadas ao seu conhecimento. De outro lado, há direitos que dependem intrinsecamente de uma conduta estatal positiva como, por exemplo, os direitos referentes à assistência social. Assim sustenta, a nosso ver com razão, que a distinção direitos negativos e direitos positivos não é apropriada no mundo contemporâneo, propondo ser mais correta a denominação "direitos parcialmente dependentes" e "direitos dependentes" (AMARAL, 2001a, p. 81).

O que não se pode ignorar é o fato de que a cada rol de direitos que são inscritos numa Constituição, maiores são as dificuldades financeiras do poder público para arcar com a fruição desses direitos ou com os meios para reparar as eventuais lesões a tais direitos. Nesse sentido, a observação de Holmes e Sunstein (1999, p.13):

*"Pratically speaking, the government 'enfranchises' citizens by providing the legal facilities, such as polling stations, without which they could not exercise their rights. The right to vote is meaningless if polling place officials fail to show up for work. The right to just compensation for confiscated property is a mockery if the Treasury fails to disburse. The First Amendment right to petition for a redress of grievances is a right, incidentally, that assumes that the government can perform for the benefit of aggrieved citizens"*⁷

⁷ Em termos práticos, o Governo 'concede direitos civis' aos cidadãos, provendo aparatos legais como zonas eleitorais, sem os quais não seria possível exercer tais direitos. O direito de voto não tem sentido se mesários, presidente de mesa e escrutinadores não comparecessem. O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento. O direito de petição para ver reparado um dano, assegurado pela Primeira Emenda, é o direito de acesso a instituições governamentais e o direito, eventual, de ser indenizado.

Nesse contexto, a questão do direito à saúde é emblemática. De acordo com o artigo 6.º da Constituição Federal, a saúde é reconhecida como um direito social⁸. Além disso, o artigo 196 da Carta Magna, registra que:

"a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Seria ingenuidade, contudo, esperar que esse reconhecimento estatal fosse garantia de que todos terão acesso igualitário aos mesmos serviços de saúde.

Aliás, um primeiro aspecto que deve ser considerado é o conteúdo e a própria extensão desse direito. Deve-se ponderar o que se entende por promoção da saúde. Parece certo, pelo menos para os padrões da sociedade contemporânea, que promover a saúde é bem mais do que evitar a morte dos indivíduos. Mas, será o Estado obrigado a custear, além dos serviços essenciais na área médica, atendimento odontológico, psicológico, serviços de fisioterapia? Além disso, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes para assegurar a eficácia das prestações ou terão os particulares direito a serviços gratuitos de melhor qualidade, como equipamentos de última geração, quartos privativos em hospitais? Longe de se pretender responder essas questões, o que se pretende demarcar é que as necessidades são infinitas e os recursos, ao contrário, são escassos.

"Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A

⁸ "Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1996, p. 22)

escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de espermatozoides para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos." (ELSTER, 1992, apud AMARAL, 2001a, p.134).

Em que pese o objeto deste trabalho girar em torno da questão dos custos financeiros, a citação acima já ilustra que, quando falamos em recursos escassos, não estamos falando apenas de dinheiro para custear serviços de saúde. Está se falando, na verdade, de finitude no sentido de que, por exemplo, os órgãos para realizar transplantes são certamente em menor número do que aqueles que os necessitam.

Ainda para ilustrar, vale lembrar que:

"[...] se o incremento da tecnologia pode significar a esperança de curas, todo desenvolvimento tecnológico é seguido por um extenso período no qual o tratamento é escasso desde o momento em que esse tratamento não é mais experimental até o momento em que há a produção e distribuição de recursos necessários para a generalização do novo tratamento, tal como ocorreu com a hemodiálise." (AMARAL, 2001a, p.146).

Daí o perigo de afirmações gerais que simplesmente asseveram ter o cidadão direito à saúde sem considerar as

diferentes escassezes que podem influenciar a aquisição/concretização desse direito.

Mas ao se afirmar que o Estado tem a obrigação de garantir à efetivação de direitos sociais, a questão dos custos financeiros propriamente ditos não pode deixar de ter relevo. Ocorre que o Estado só pode custear qualquer serviço a partir de recursos retirados da própria sociedade, recursos públicos então. Esses recursos são transferidos para o Estado através da tributação. É preciso lembrar, no entanto, que o Estado não pode retirar da população toda a parcela da riqueza que entende suficiente para custear as despesas. Deve-se respeitar direitos individuais, como as garantias tributárias, a vedação ao confisco e o direito à percepção da remuneração.

E os custos para manutenção de um sistema de saúde pública são altos. Pesquisas têm apontado o constante aumento dos gastos públicos com a saúde em todo mundo. À guisa de exemplo, veja-se os números de pesquisa referentes aos gastos com saúde nos Estados Unidos trazidos por Aaron e Shartz (1984, apud AMARAL, 2001a, p. 140):

"[...] os gastos médicos dos Estados Unidos, em valores atualizados para 1982, cresceram de US\$ 503 per capita em 1950 para US\$ 776 em 1965 (último ano antes da implantação dos sistemas medicare e medicaid) e para US\$ 1,365 em 1982, ou, o equivalente a 10,5% do PIB do Estados Unidos. Segundo projeções atuariais, o custo do seguro hospitalar sob o medicare, 2,97% do benefício social básico em 1982, mais que dobrará em 2005, para 6,29%, e quase quadruplicará em 2035, para mais de 11%. Em levantamento feito quatro anos após, os gastos dos Estados Unidos com saúde a 11% do PIB, ou mais que 450 bilhões de dólares a cada ano, com aumento dos preços médicos bem superior aos índices de inflação. Os gastos do programa para doentes renais crônicos aumentaram de US 299 milhões em 1972, para US\$ 2 bilhões em 1983, ao passo que o número de pessoas atendidas aumentou de onze mil para setenta e três mil no mesmo período, num acréscimo do custo por paciente de 31,60%."

No que concerne ao Brasil, a partir das informações do Ministério da Saúde (BRASIL, 2005) registrados na Tabela 1, pode-se observar um aumento crescente dos recursos aplicados no período de 2000 a 2003. O gasto dos três níveis de governo passa de R\$ 34,069 bilhões, em 2000, para R\$ 53,624 bilhões, o que corresponde a um crescimento de 57,4%.

TABELA 1

**DESPESA COMAÇÕES PÚBLICAS DE SAÚDE
POR NÍVEL DE GOVERNO, 2000 A 2003**

	2000	2001	2002	2003
Em R\$ Milhões Nominais				
União	20.351,5	22.474,1	24.736,8	27.181,2
Estados	6.313,4	8.269,8	10.309,3	12.224,3
Municípios	7.403,6	9.268,9	11.759,0	14.218,5
Total	34.068,6	40.012,8	46.805,1	53.623,9

Fonte: SIOPS/SCTIE/MS, Notas Técnicas 10/2044 e 09/2005

TABELA 1

**DESPESA COMAÇÕES PÚBLICAS DE SAÚDE
POR NÍVEL DE GOVERNO, 2000 A 2003**

	2000	2001	2002	2003
Índice 2000 = 100				
União	100,0	110,4	121,5	133,6
Estados	100,0	131,0	163,3	193,6
Municípios	100,0	125,2	158,8	192,0
Total	100,0	117,4	137,4	157,4

Fonte: SIOPS/SCTIE/MS, Notas Técnicas 10/2044 e 09/2005

Este crescimento, no entanto, não foi homogêneo. Os governos estaduais e distrital praticamente duplicaram os recursos aplicados em saúde, apresentando um aumento de 93,6%. Resultado próximo a este foi obtido pelo conjunto de municípios, um crescimento de 92%, entre 2000 e 2003. O governo federal apresenta desempenho mais modesto, apesar de expressivo, com um aumento de 33,6% nos recursos aplicados.

Os percentuais de crescimento dos recursos federais foram mais regulares ao longo do período que os dos demais níveis de governo. Enquanto este apresentou um crescimento em relação ao ano anterior ao redor de 10% ao longo de todo o período, para estados e municípios o ritmo de crescimento das aplicações vai se reduzindo.

Em termos *per capita*, a despesa com saúde dos três níveis de governo passou de R\$ 200,64 para R\$ 303,17, entre 2000 e 2003 (Tabela 2). Isso corresponde a uma variação de 51,1%. Com relação aos recursos federais, a variação foi de 28,2%, para os estados de 85,9% e, para o conjunto dos municípios, de 84,4%. Na composição destes valores, o gasto municipal *per capita* exclui a população do Distrito Federal.

TABELA 2

DESPESA PER CAPTA COM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS
DE SAÚDE POR NÍVEL DE GOVERNO, 2000 A 2003

	2000	2001 Em R\$ Milhões Nominais	2002 Per Capta	2003
União	119,86	130,37	141,65	153,64
Estados	37,18	47,97	59,03	69,11
Municípios (1)	44,14	54,43	68,17	81,39
Total	200,64	232,11	268,02	302,17

Fonte: SIOPS/SCTIE/MS, Notas Técnicas 10/2044 e 09/2005 e IBGE

(1) O Cálculo para os municípios exclui a população do DF

TABELA 2**DESPESA PER CAPTA COM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR NÍVEL DE GOVERNO, 2000 A 2003**

Índice 2000 = 100	2000	2001	2002	2003
União	100,0	108,8	118,2	128,2
Estados	100,0	129,0	158,8	185,9
Municípios (1)	100,0	123,3	154,5	184,4
Total	100,0	115,7	133,6	161,1

Fonte: SIOPS/SCTIE/MS, Notas Técnicas 10/2044 e 09/2005 e IBGE

(1) O Cálculo para os municípios exclui a população do DF

Expresso em termos de percentual do Produto Interno Bruto, a despesa com ações e serviços públicos de saúde dos três níveis de governo cresceu entre 2000 e 2002. Neste período passou de 3,09% do PIB para 3,48%. No ano de 2003 ocorre ligeira queda, atingindo o patamar de 3,45% do PIB (Tabela 03). Esta redução deveu-se ao gasto federal. Este apresentou uma redução em termos de percentual do PIB, nos anos de 2002 e 2003, mais acentuada neste último ano. Com relação à despesa dos governos estaduais e distritais e dos governos municipais, verifica-se um crescimento ao longo de todo o período, passando de 0,57% para 0,79% do PIB para os estados e de 0,67% para 0,91% do PIB para os municípios.

TABELA 3**DESPESA COM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR NÍVEL DE GOVERNO EM PERCENTUAL DO PRODUTO INTERNO BRUTO, 2000 A 2003**

Em % do PIB	2000	2001	2002	2003
União	1,85	1,87	1,84	1,75
Estados	0,57	0,69	0,77	0,79
Municípios (1)	0,67	0,77	0,87	0,91
Total	3,09	3,34	3,48	3,45

Fonte: SIOPS/SCTIE/MS, Notas Técnicas 10/2044 e 09/2005 e IBGE

TABELA 3

DESPESA COM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE
POR NÍVEL DE GOVERNO EM PERCENTUAL DO PRODUTO
INTERNO BRUTO, 2000 A 2003

Índice 2000 = 100	2000	2001	2002	2003
União	100,0	101,1	99,5	94,6
Estados	100,0	121,1	134,4	138,6
Municípios (1)	100,0	114,9	129,9	135,8
Total	100,0	108,1	112,6	111,7

Fonte: SIOPS/SCTIE/MS, Notas Técnicas 10/2044 e 09/2005 e IBGE

Mesmo esse gasto expressivo com o sistema de saúde não implica, entretanto, que ele não terá falhas. Notícias de morte em filas dos postos de saúde⁹ podem até deixar de ser corriqueiras, mas nada garante que deixarão de acontecer. O reconhecimento estatal e a inscrição do direito à saúde na Carta Constitucional, não são suficientes para evitar essas tragédias, pois, conforme se discutiu nesse capítulo, a luta pela garantia do direito à saúde implica conviver com diferentes escassezes: financeira, tecnológica, humana, entre outras. Considerar essa realidade, longe de ser uma "desculpa" para

⁹Notícia veiculada na Folha de São Paulo (site, 2005), tinha a seguinte manchete: "Homem morre em fila de atendimento de posto de saúde em MG". Segundo registrou a reportagem: *"Um homem morreu na noite de quinta-feira (25) enquanto aguardava atendimento médico em um posto de saúde no bairro Cardoso, em Belo Horizonte (MG). De acordo com a PM, (...) [o homem] teria pressão alta e esperou por mais de duas horas para ser atendido na Unidade de Pronto Atendimento do Barreiro, mas acabou não resistindo. A gerência da unidade municipal de saúde informou que Miranda chegou ao local no horário da troca de turno e queixava-se apenas de uma dor na perna quando estava na fila, por isso não foi atendido imediatamente. Outras dez pessoas também aguardavam para serem atendidas."* O exemplo, serve para ilustrar o fato de que, a despeito da inscrição do direito à saúde em uma Constituição, seria ingênuo supor que esse cidadão não tivesse que esperar algum tempo para ser atendido e que existisse médicos e enfermeiros em número suficiente para atender a todos os que procurassem os postos de saúde a qualquer momento. Claro que se sabe que nada justifica a vida de uma pessoa, mas há que se ponderar também que existem condicionantes de fato que não podem ser modificadas.

justificar possíveis omissões, deveria ser entendido como um pressuposto para a formulação de políticas públicas na área de saúde, de modo a tornar mais real e menos utópico o direito a saúde dos cidadãos.

3 PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE: POSSIBILIDADE E LIMITES DE INTERVENÇÃO

3.1 Políticas públicas: uma aproximação conceitual necessária

Foge ao âmbito deste trabalho uma ampla revisão de literatura sobre o conceito de políticas públicas. No entanto, sendo certo que o trabalho discute as possibilidades e os limites do controle judicial das políticas públicas, julga-se importante deixar clara a noção de políticas públicas ora trabalhada.

Conforme se viu no tópico antecedente, cresceu o número de direitos reconhecidos pelo Estado aos cidadãos e às coletividades. Cresceu, também, a responsabilidade estatal pela concretização desses direitos. As políticas públicas podem ser vistas, numa primeira aproximação conceitual, como os meios que o Estado adota para concretizar esses direitos.

A expressão política pública, no entanto, é polissêmica, abarcando em sua compreensão os mais variados aspectos. Assim, uma análise mais abrangente desse conceito deveria levar em conta outros conceitos como poder, interesse público, participação popular, ainda correndo o risco de ficar no nível mais aparente da discussão.

Para os limites desse trabalho parece suficiente centrar-se numa dimensão prática da idéia de políticas públicas que pode significar "um programa de ação governamental para um setor da sociedade ou para um espaço geográfico" (BUCCI, 2002, p. 252). A essa dimensão julgamos importante acrescentar um aspecto valorativo para marcar que tal ação tem (ou deveria ter) a perspectiva de concretizar os direitos que foram reconhecidos aos cidadãos.

Questão é saber se o Judiciário tem condições de, a pretexto de garantir a efetividade dos direitos sociais, determinar o direcionamento das políticas públicas e dos recursos destinados à sua implementação considerando: as diferentes funções dos poderes constituídos pela Carta Constitucional; a escassez de recursos em tensão com as várias carências dos cidadãos; os diferentes sujeitos e interesses que atuam na formulação e implementação da política pública. São os problemas dos quais se ocupou nos itens seguintes.

3.2 O Poder Judiciário e os custos dos direitos sociais

Firmado que os implementos dos direitos – aqui incluindo, obviamente, o direito à saúde – demanda custos, observamos que se formaram três correntes acerca da possibilidade de se exigir junto ao Poder Judiciário a implementação dos direitos (AMARAL, 2001a, p. 67): 1) a dos que entendem que todos os direitos classificados pela Constituição como fundamentais (sejam eles individuais, sociais ou difusos) são exigíveis, 2) a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos ou parcialmente dependentes, uma vez que os positivos ou dependentes vigeriam sob a *reserva do possível*; 3) a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível, quedando os demais direitos sob a reserva do possível. Passemos a discorrer sobre essas visões.

Conforme Torres (2003), a partir das teses do socialismo e da social-democracia procurou-se dar extrema relevância aos direitos sociais prestacionais chegando mesmo a se acreditar na sua superioridade, em relação aos direitos de primeira geração. Advogava-se que os direitos sociais são direitos fundamentais como qualquer outro inscrito nas constituições e, então, são plenamente “justiciáveis”, independente da intermediação do legislador.

Acredita-se, portanto, ser possível se obter do Estado, com base diretamente na interpretação da Constituição, as

prestações sociais, inclusive as relativas à saúde. No caso brasileiro, dever-se-ia prover a saúde pública como direito subjetivo individual a ser cobrado do Estado com apoio exclusivo na norma do artigo 196, da Carta Política. Barroso (1996, p. 260), por exemplo, sustenta que “em uma **perspectiva de avanço social**, devem se esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, o que inclui a **aplicação direta das normas constitucionais no máximo possível**, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional” (grifou-se).

A sustentação de que as normas constitucionais podem ser aplicadas no máximo de sua capacidade não pode desconsiderar que, no orçamento, as despesas encontram obstáculo na previsão e realização de ingressos públicos compostos, na maior parte, por receitas tributárias, insuficientes para suprir as necessidades ilimitadas de uma população de muitas carências.

Assim, em face da percepção de que os direitos sociais demandam custos e, portanto, considerando as limitações de ordem econômica à efetivação desses direitos sociais, passou-se a sustentar que estariam condicionados ao que se convencionou chamar de reserva do possível.

Segundo Barcellos (2002, p. 236), a expressão procura identificar “o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”. Em termos práticos, procura trazer à lume que a previsão normativa de um direito, de pouco adiantará se não houver dinheiro para custear a despesa gerada para a sua concretização.

Consoante informa Sarlet (2004), trata-se de um conceito oriundo da Alemanha, baseado em paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento do famoso caso *numerus clausus* (BverfGE n. 33, S. 333), em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão.

No julgamento dessa lide, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, os direitos sociais prestacionais "estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade" (KRELL, 2002, p. 52).

Ao condicionar a entrega das prestações estatais à possibilidade orçamentária essa corrente passou a ser vista como demasiadamente resignada e passiva. Percebeu-se que situações imprevisíveis¹⁰ não poderiam ser rechaçadas, de plano, apenas por falta de previsão de receita. O argumento de que as verbas já foram alocadas previamente para outras despesas seria tecnicamente razoável, mas conduziria a situações injustas e agressivas a outros princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana (incluindo aí a preservação da vida).

Uma terceira corrente, que parece tentar a conciliação, prega a existência de um direito mínimo de existência, extraído, na Alemanha, do princípio da dignidade humana, em que cabe ao Estado a garantia de um mínimo existencial para cada indivíduo.

Acerca do *mínimo existencial*, Torres (2003, p.108) sustenta que a "saída para a afirmação dos direitos sociais" nos últimos tempos tem sido reduzir a possibilidade de sua concessão por parte do Judiciário somente naquilo que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não pode sobreviver com dignidade. **A parte que excederia esses mínimos, seria postulada pela via da cidadania ao reivindicar a formulação de políticas públicas.**

Consoante Torres (2003, p. 108), o mínimo existencial "se inclui no rol dos direitos fundamentais, [...] carece de prestações positivas e é plenamente garantido pela jurisdição,

¹⁰ como doenças para as quais existe cura, mas cujos portadores não tem condições econômicas para custear o tratamento.

independente de reserva orçamentária [...]". Assim, as decisões judiciais deveriam limitar-se a garantir aos cidadãos condições mínimas de existência que o Estado estaria obrigado a custear.

A tese nos parece bastante razoável. A dificuldade está em balizar o que seria este "mínimo existencial". Os autores estudados nesse trabalho, como o fito de trazer luzes ao conceito, esforçam-se em conectar a idéia de mínimo existencial à de "dignidade da pessoa humana". Assim, Barcellos (2002, p. 248) afirma que "[o mínimo existencial] é formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica". Após assevera que "[...] não há que possa, com seriedade intelectual, afirmar, [...], que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo" (BARCELLOS, 2002, p. 254).

Portanto, para essa corrente de pensamento, que se acredita estar com a razão, o Judiciário só estaria legitimado a dispor sobre a destinação de recursos públicos – em tema de implementação de direitos sociais – quando chegassem a seu conhecimento situações limite onde estivesse em jogo a dignidade da pessoa humana. A essa afirmação entendemos importante acrescentar: e quando a medida determinada pelo pronunciamento judicial for comprovadamente capaz de reverter aquela situação que se apresenta como violadora do princípio da dignidade da pessoa humana.

No que pertine à saúde, Barcellos (2002) advoga que o Judiciário poderá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo existencial. Mesmo sem pretensão de esgotar o tema, mas apenas com o objetivo de "sugerir linhas de orientação" (BARCELLOS, 2002, p. 280) a autora sustenta ser possível, tomando como referência à própria Constituição Federal, visualizar que prestações constituiriam esse mínimo exigível.

Tomando como critérios: 1) a possibilidade de com o menor custo alcançar o maior número de pessoas e 2) a

escolha daquelas prestações de saúde que todos os indivíduos necessitaram – atendimento ao parto e acompanhamento pós-natal, por exemplo -, *necessitam* - como o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais - *ou provavelmente vão necessitar* - como o controle e o acompanhamento de doenças típicas da terceira idade, a autora sustenta estarem compreendidos no mínimo existencial: a) a prestação de serviço de saneamento (art. 23, IX, art. 198, II e 200, IV da CF/88); b) o atendimento materno infantil (art. 227, I); c) as ações de medicina preventiva (art. 198, II) e as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II).

Como já se disse à tese nos parece coerente e razoável, principalmente porque prioriza o atendimento ao interesse da coletividade e não de interesses individuais. Mas aqui se chega a uma encruzilhada ética. A tese advogada pelos defensores do mínimo existencial significa que em determinadas situações o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou mesmo a manutenção de sua saúde. Aliás, haveriam situações em que o magistrado teria que negar, por exemplo, um medicamento importado que poderia salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tal prestação não estar compreendida no mínimo existencial.

Nesse ponto parece mais razoável a posição de Sarlet (2002) para quem sempre que nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente da própria vida, deve-se reconhecer a existência de um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo. Isso porque, como bem lembra o autor:

“[...] a ordem constitucional veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crimes hediondos, razão pela qual não se poderá sustentar [...] que com base

numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenando a morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano a saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.” (SARLET 2002, p.13).

Crê-se, no entanto, ser necessário abrir parênteses para uma observação crítica fundada na observação dos fatos. Defende-se que o Judiciário, no caso concreto, pode, em nome da preservação da vida, decidir sobre a alocação de recursos públicos. Essa afirmação decorre de uma interpretação sistemática da Constituição e preserva a função principal do Judiciário num Estado de Direito que é velar pelos direitos dos cidadãos. Não se pode esquecer, no entanto, que essa decisão será singular e casuística. Isso implica dizer que ordenar que se destine determinada (e significativa) parcela de dinheiro público para salvar a vida de determinadas pessoas, não significará que outras tantas vidas não serão ceifadas porque não conseguirão uma liminar a tempo¹¹. Essa realidade, apesar de triste, não pode ser ingenuamente ocultada. Mais uma vez se repete: quando se fala em escassez de recursos, se está também falando de escolhas trágicas.

Daí porque, para justificar uma escolha trágica, é muito importante atentar para a fundamentação da decisão¹². Um

¹¹ Nesse sentido, percuente a crítica de Barcellos (2002, p. 276): “[...] tais decisões judiciais acabam por se transformar, involuntariamente, em veículos de uma tradicional ação de distribuição de renda na sociedade brasileira: Todos custeiam, sem que tenham decidido fazê-lo, determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável”. Daí porque a ferrenha – e até intransigente – defesa por parte da autora referenciada de somente ser possível ao Judiciário conceder prestações fundadas no mínimo existencial extraído da Constituição na medida em que aí há “uma decisão política fundamental – constitucional – pela qual toda sociedade se comprometeu a custeá-lo para assegurar a dignidade dos homens”. (BARCELLOS, 2002, p. 276)

¹² Além dos fundamentos da decisão a questão do prazo – quando, obviamente, ele for possível – também é importante. Decisões que, sob o fundamento de efetivar o direito à saúde, determinam que o Estado sem qualquer prazo para disponibilizar o recurso ou programação financeira anterior – custeie tratamento, são, a nosso juízo, desarrazoadas e, inclusive, violam disposições constitucionais e legais sobre

ponto importante de justificativa é a comprovação da eficácia do tratamento. Entende-se não se constituir em atitude responsável do Judiciário, por exemplo, em nome de um direito a saúde universal, determinar o custeio de tratamentos caríssimos e *sem comprovada eficácia* na cura de determinadas doenças. Tais decisões ocultam a realidade de que o *orçamento é finito* e que implica "escolhas disjuntivas" no alocar dos recursos. Isso significa que os recursos dispendidos para cumprimento de decisões judiciais dessa natureza certamente terão que ser remanejados de outros programas muitas vezes de comprovada eficiência (programas de vacinação, p.ex.) (AMARAL, 2001a, p. 142).

Nesse sentido, a importante observação de Barcellos (2002, p. 278-279):

"É certamente penoso para um magistrado negar, e.g., o transplante ou o medicamento importado [...] um levantar de olhos e um olhar ao lado, todavia, embora não sejam capazes de diminuir o drama humano envolvido nessas situações revelam outros dramas e proporcionam um enfoque mais global do problema. **Se é terrível negar uma determinada prestação de saúde a um indivíduo**, que dizer das milhares de mães que morrem no parto porque os hospitais públicos dos três níveis federativos não a assistem? [...] ou daquelas [crianças] que morrem em decorrência de doenças relacionadas com a falta de saneamento, ou as vítimas da malária, hipertensão, diabetes, doença de chagas, etc? [...] tanto quanto um magistrado nega ou concede determinada prestação de saúde solicitada, como quando o Poder Público

o orçamento. A esse respeito, o professor Flávio Dino, escrevendo sobre as possibilidades de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, refere: "[...] Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que é fundamental é não ignorar este aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada à cassação ou à inexecução" (grifou-se) (COSTA, 2005, p. 36).

a coloca ou não a disposição (ou quando determinadas prestações são oferecidas em algumas áreas e não em outras), o fato é que sempre há uma decisão, explícita ou implícita, uma escolha que prioriza determinadas situações em detrimento de outras."

Importante acrescentar também que, no mundo contemporâneo, a velha prática de se deixar *todas as ações que visam efetivar* os direitos sócio-econômicos nas mãos do Estado, pode ser deixada de lado. Com efeito, o Estado tem suas obrigações no sentido de tornar realizáveis uma série de direitos. Tal fato constitui-se numa conquista histórica das sociedades contemporâneas e a luta para que o Poder Público cumpra referidas obrigações revela-se perfeitamente legítima. Contudo, à essa luta, a sociedade civil pode acrescentar ações, de ordem prática, que venham a suprir possíveis deficiências das políticas estatais. Nessa ordem de entendimento, atente-se para as palavras de DRAIBE (1993, p. 100):

"É longo o rol de inovações que vêm sendo experimentadas [...] confirmando mudanças nos modos de produzir e distribuir os serviços sociais. O seu significado maior são profundos processos sociais que tendem à alteração das relações entre o Estado e o Mercado; o público e o privado; os sistemas de produção de um lado, e os de consumo, de outro, dos equipamentos sociais. As assim chamadas 'formas alternativas' - os mutirões, as diversas experiências de ajuda mútua, práticas comunitárias e de vizinhança (na guarda de crianças, no setor de alimentação, na coleta e no processamento do lixo) - são exemplos que se multiplicam e que correspondem a tantos outros, verificados em todo mundo, de participação dos próprios beneficiários e de envolvimento de associações voluntárias e de redes de ONGs no encaminhamento das políticas sociais. Ora, esses processos expressam formas novas de sociabilidade, indicando um reordenamento das relações destas partes da sociedade com o Estado e a economia: ali onde antes predominavam o Estado ou o mercado (ou seus vários 'mix'),

um espaço passa a ser ocupado por estas novas formas da 'solidariedade social' ou, se se quiser, por uma ampliação da autonomia dos setores organizados da sociedade."

Pretende-se com isso dizer que no campo da saúde, muitos recursos financeiros poderiam ser angariados espontaneamente pela própria comunidade. Dessa forma em situações onde há remota possibilidade de tratamento, ou esse tratamento não é custeado pela rede pública, uma solução estaria, provavelmente, em redes de solidariedade social que pudessem levantar recursos privados para aquele tratamento. Há consciência de que não se trata de uma solução definitiva para todos os casos trágicos, mas é uma alternativa para lidar com a permanente tensão entre escassez de recursos públicos x inúmeras necessidades sociais x escolhas trágicas.

3.3 Judiciário e formulação de políticas públicas: o déficit informacional

Conforme exposto no início deste capítulo, toda política pública é uma forma de regulação ou intervenção do Estado na sociedade. Articulam diferentes sujeitos, que apresentam interesses e expectativas diversas. Constitui um conjunto de ações ou omissões do Estado decorrente de decisões e não decisões constituídas por jogo de interesses, tendo como limites e condicionamentos fatores econômicos, políticos e sociais (EAGLES, JOHNSTON, 1999). Além disso, uma política pública se estrutura, se organiza e se concretiza a partir de interesses sociais organizados em torno de recursos que também são produzidos socialmente (receitas ou recursos públicos).

Partindo-se do entendimento de que uma política pública, desde a sua formação, envolve, entre outras coisas, mobilização e alocação de recursos, divisão de trabalho; interação entre sujeitos; interesses diversos; riscos e incertezas sobre processos e resultados; noção de sucesso e fracasso, é preciso destacar a relevância dos sujeitos desse processo. Com efeito, o processo das políticas públicas é assumido, nos seus diferentes momentos, por uma diversidade

de sujeitos que entram, saem ou permanecem no processo, sendo estes orientados por diferentes interesses, fazendo do desenvolvimento das políticas públicas um processo contraditório e não linear.

Acredita-se ser possível destacar os seguintes sujeitos (EAGLES, JOHNSTON, 1999, p. 370 e ss):

a) *Grupos de pressão, movimentos sociais e outras organizações da sociedade*, potenciais beneficiários das políticas, responsáveis pela transformação de problemas em questões sociais que integrarão ou não as agendas públicas, sendo orientados pela lógica das necessidades e dos resultados;

b) *Partidos políticos ou políticos individualmente*, que propõem e aprovam políticas, responsáveis por tomar decisões e fixar prioridades e grandes objetivos das políticas. Orientados pela lógica política, sendo sensíveis a pressões de grupos organizados para defender seus interesses;

c) *Administradores e burocratas*, responsáveis pela administração dos programas sociais originados das políticas, são orientados por uma racionalidade baseada nos procedimentos e na aplicação de normas;

Esses atores manejam interesses e exercem funções por vezes contraditórias, quase sempre buscando a alocação de recursos públicos para efetivar seus interesses/direitos.

Ocorre que os recursos são escassos e as decisões pela sua alocação podem ser disjuntivas no sentido de que a utilização de recursos para atender determinado interesse impede a utilização em outro¹³. Por outro lado, compreende-se

¹³ Elser (1992, apud AMARAL, 2001a, p. 149) tratando sobre esse tipo de decisões refere que "[...] A principal consequência dessas decisões é favorecer certos bens e serviços às custas de outros. Uma consequência secundária pode ser favorecer alguns às expensas de outros, quer dizer, aqueles que podem mais ser beneficiados pelo bem favorecido [...] alguns bens têm características que excluem vários grupos do universo de possíveis beneficiados. Assim, dedicar uma larga parcela de fundos públicos à moradia popular equivale a dar tratamento preferencial aos pobres, a despeito de qual esquema alocativo seja escolhido. Dar prioridade à educação necessariamente ocorre às expensas dos idosos, já que eles não se tornarão jovens novamente. [...]"

que há uma tendência quase natural a desejar a concretização do interesse individual ou de um grupo, não atentando para o fato de que os recursos públicos devem atender a muitos interesses. Além disso, também não se percebe que, naquele momento, o interesse contemplado pode não ser aquele pelo qual se debate determinado grupo, mas, futuramente, esse mesmo grupo poderá justamente estar enquadrado no campo de ação da política que foi favorecida.¹⁴

Recursos escassos, necessidades infinitas, interesses conflitantes. É esse o ambiente em que se dá a luta pela efetivação de direitos e em que é exercida a responsabilidade do Poder Público de efetivá-los.

A dinâmica descrita até aqui é estranha ao modo de proceder do Judiciário. De efeito, o Poder Judiciário recebe as demandas sociais e econômicas ajuizadas contra o Estado, através de ações judiciais promovidas pelos segmentos atingidos por uma política governamental, sem que a parcela adversa da sociedade seja ouvida ou consultada sobre o tema no decurso da demanda judicial. Dessa peculiaridade, resulta grave déficit de informações que depõe contra um sistema amplo de intervenção judicial no processo de formulação de políticas públicas.

Sendo assim, conclui-se que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas de maneira ampla, nem cabe a cada Juiz impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada (BARCELLOS, 2002, p. 233)

3.4 Conclusão do capítulo

Do exposto até aqui, à luz das disposições constitucionais que tratam dos direitos à saúde, do orçamento público e a partir de uma apreciação crítica dos atuais contornos

¹⁴ Nesse sentido percuente a observação de Amaral (2001a p. 35): "É o êxito no combate à mortalidade infantil que traz mais pessoas para a idade adulta, onde sofrerão doenças cujo tratamento é mais sofisticado e caro. O êxito de um tratamento levará a que outro, mais tarde, se faça necessário."

que se vem dando a teoria da separação dos poderes, concluímos que as decisões judiciais ao versarem sobre concessão de direitos prestacionais, deveriam limitar-se a determinar a provisão do mínimo existencial, aí incluídas as prestações comprovadamente capazes de assegurar a vida do cidadão.

Mais, além disso, e até principalmente, acredita-se ser muito importante direcionar as decisões ao caso concreto, evitando comandos generalizantes que possam levar a crer que o Estado está obrigado a formular uma política que possa garantir a mesma prestação a todos.

No afã de tentar efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos decisões judiciais com afirmações generalizantes e que não atentem para o fato de que cada caso, é, na verdade, específico, podem causar expectativas que mais tarde virão a ser frustradas. A afirmação de que o Estado tem condições de *assegurar a todos os que pleiteiam* o melhor tratamento de saúde é, a nosso sentir, ingênua. Direitos custam dinheiro. “Direitos não nascem em árvores” (GALDINO, 2002, p.215).

Os argumentos expostos no curso do capítulo foram bem sintetizados por AMARAL (2001a, p. 208-209):

“[...] os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o legislativo e o executivo. A alocação de recursos escassos faz-se primeiramente com o orçamento, com políticas públicas. A conflitualidade entre as demandas por emergências equipadas para atender as vítimas de traumas, notadamente em colisão de automóvel, programas de geração de renda, educação, assistência social, cultura, lazer, informação, segurança e tantas outras só poder ser avaliada em um aspecto dinâmico totalmente estranho ao modo de proceder do Judiciário. [...] Dentro desse contexto, a decisão judicial para o indivíduo deve sempre ser circunstancial, respeitando, assim a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e sobre

as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial. **Com decisões para o caso concreto e não para a generalidade dos casos, como se tem visto nas decisões relacionadas a saúde, mantém-se a flexibilidade para o futuro, o que é uma virtude notável no que diz respeito a saúde, onde a evolução dos tratamentos toma o quadro sempre mutante (grifou-se)"** (AMARAL, 2001a, p. 208-209).

Exposta, com base nos autores estudados, a opinião que nos parece mais razoável e consentânea com as disposições da Constituição em vigor no país, resta conhecer a posição do Judiciário Brasileiro a respeito da questão.

4 A POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO SOBRE INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

4.1 Considerações Preliminares

De acordo com o artigo 92 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45 de 08.12.2004, o Poder Judiciário Brasileiro se constitui dos seguintes órgãos: I) o Supremo Tribunal Federal; I-A) o Conselho Nacional de Justiça; II) o Superior Tribunal de Justiça; III) os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV) os Tribunais e Juízes do Trabalho; V) os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI) os Tribunais e Juízes Militares; VII) os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Como se vê, trata-se de uma grande estrutura sendo que cada um desses órgãos é independente para, nos limites de sua competência ¹⁵, decidir livremente, mas desde que de

¹⁵ A competência é um conceito da teoria geral do processo. Trata-se do "conjunto de limites dentro dos quais cada órgão do Judiciário pode exercer legitimamente a função jurisdicional. Em outras palavras, embora todos os órgãos do Judiciário exerçam função jurisdicional, cada um desses órgãos só pode exercer tal função dentro de certos limites estabelecidos por lei". (CÂMARA, 2001, p. 83).

forma fundamentada¹⁶, sobre qualquer questão que lhes for apresentada. Sendo assim é perfeitamente possível que um Tribunal de Justiça de determinado Estado julgue sobre certa matéria de forma absolutamente distinta de outro Tribunal da Federação.

Na literatura sobre a questão central deste trabalho¹⁷, isto é "possibilidades e limites de intervenção do Poder Judiciário na alocação de recursos para formulação das políticas públicas de efetivação do direito a saúde" encontrou-se indicações de exemplos dessa disparidade entre as decisões do Poder Judiciário.

Inicialmente, colha-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que ao decidir o Agravo de Instrumento nº 1997.000511-3 (BRASIL, 1997) entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente e sem mesmo sua oitiva, custeio de tratamento ainda experimental, nos Estado Unidos, de menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163,000.00, embora não houvesse comprovação de eficácia do tratamento para a doença, cuja origem é genética.

Conforme observa Amaral (2001a, p. 27), nesse julgado, foi asseverado que "ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário como fundamento para repelir o argumento [...] de que a decisão que concedera a liminar violava os artigos 100 e 167, I, II, e VI¹⁸, da Constituição Federal."

¹⁶ De acordo com o artigo 93, Inciso IX da Constituição federal "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação"

¹⁷ Cf. principalmente, Amaral (2001a, p. 26 e ss.)

¹⁸ Dispositivos que tratam sobre expedição de precatórios e programação financeira dos entes públicos

Veja-se que a decisão não supõe qualquer limite ao gasto estatal com saúde, nem admite qualquer possibilidade de o Estado se opor a um pleito por tratamento de saúde. A decisão, pois, é generalizante e parece partir dos pressupostos de que os recursos financeiros são, em verdade, infinitos.

Em sentido oposto ao decidido pelo Tribunal de Santa Catarina, encontramos decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁹ que tendo como base pleito para tratamento da mesma doença objeto da ação no Tribunal de Santa Catarina (*distrofia muscular progressiva de Duchenne*) chega à conclusão mais razoável, pelo menos no *que pertine à necessidade de ser observada uma programação financeira*. Trata-se do Agravo de Instrumento 42.530.5/4, do qual foi Relator o Desembargador Alves Bevilacqua. Vejam-se trechos da decisão:

“Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevalectimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu [...]”
(grifou-se) (apud AMARAL, 2001a, p. 27)

¹⁹ O inteiro teor dos acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo citados a seguir não está disponível no site do Tribunal. Ocorre que o site só disponibiliza acórdãos posteriores ao ano de 1998 e, nesse caso, se trata de acórdãos proferidos em datas anteriores. No entanto, o site disponibiliza a data de publicação do acórdão no Diário Oficial do Estado de São Paulo, o que constará nas Referências ao fim deste estudo.

Em outro caso, Agravo de Instrumento n.º 48.608-5/4, o Tribunal de Justiça de São Paulo assentou que:

"O direito à saúde, previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante, os artigos 196 e 227 da CF/88, apenas são garantidos [sic] pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar sua propagação, quando se inspeciona alimentos e remédios que são distribuídos à população, etc", [...] quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado de forma gratuita, custeio de terapia, mas só dentro do sistema previdenciário." (grifou-se) (apud AMARAL, 2001a, p.29).

Observa-se, pois, concepções distintas nas três decisões referenciadas. Para o Tribunal de Santa Catarina, o direito à saúde é incontestável e absoluto, devendo o Estado acatá-lo em qualquer caso, sendo mesmo vedado ao Judiciário comparar esse direito com as possibilidades do Fisco. Já as decisões do TJSP partem do pressuposto de que o direito à saúde limitar-se-ia à necessidade de o Estado desenvolver políticas públicas de saúde, enquanto que o tratamento de doenças dependeria da filiação a um sistema de previdência e à cobertura dado por esse sistema.

Diante dessas posições díspares dos Tribunais Estaduais, passou-se a constituir nosso intento pesquisar e discutir a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Assim se deu porque a matéria relativa ao direito à saúde tem previsão constitucional e o STF é o principal intérprete da Carta Magna²⁰. Além disso, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário

²⁰ De efeito, segundo o artigo 102, caput da Constituição Federal "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição".

Brasileiro tendo Jurisdição sobre todo território nacional e, dessa forma, em se tratando de matéria constitucional, tem o poder de, por meio dos recursos próprios²¹, reformar decisões das instâncias inferiores (juízes de primeiro grau e tribunais de segundo grau) de modo a adequá-las à sua interpretação da Constituição da República.

Em síntese, da forma como está estruturado o Poder Judiciário Brasileiro, a posição do STF sobre a matéria deve orientar os juízes e tribunais inferiores na tomada de decisões ou, pelo menos, deverá prevalecer em caso de eventual discordância desses Juízos em relação à tendência predominante no STF. É o conhecimento dessa tendência que se busca no item seguinte.

4.2 O Supremo Tribunal Federal e as políticas públicas de efetivação do direito à saúde

Com o fito de conhecer a posição do STF pesquisou-se no site²² da Corte decisões, posteriores à Constituição de 1988, que tratassem da obrigação do Estado em garantir o direito à saúde. Pretendia-se que essas decisões fossem emblemáticas (especialmente significativas) da posição da Corte. Assim observou-se, cumulativamente, se a decisão: a) foi tomada por órgãos colegiados (Turmas ou Plenário) de modo a refletir a posição senão de todos, pelo menos da maioria dos Ministros que fazem parte da Corte analisada; b) seja o mais recente possível e posterior à entrada em vigor da Constituição de 1988; c) adote fundamentação que permita chegar uma conclusão genérica da posição daquela Corte. Espera-se, com isso, poder evitar decisão casuística, singular, que não reflita posição da Corte sobre os problemas discutidos no trabalho.

²¹ De acordo com o artigo 102, Inciso III, alíneas a, b e c da Constituição Federal compete ao STF "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição"

²² Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

Tomando esses parâmetros iniciou-se a pesquisa na página de consulta de jurisprudência do site e optou-se pela pesquisa de acórdãos, uma vez que os acórdãos são frutos de decisões colegiadas das Turmas ou do Plenário²³, diferenciando-se, assim, das decisões monocráticas, tomadas por apenas um dos Ministros.

Consultando a partir do verbete "saúde" obtivemos o total de 530 acórdãos. Observou-se que a maioria deles tinha na verdade como autor algum Sindicato de Trabalhadores na área de saúde e que não necessariamente estava relacionado com a questão debatida neste Trabalho. Refinando a pesquisa, utilizando os termos "saúde" e "direito e fundamental", obteve-se o retorno de 36 (trinta e seis) ocorrências²⁴, às quais descreve-se brevemente.

No caso da ADI 1458 e da ADI 1497, a palavra saúde estava associada à Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde, mas as ações versavam sobre a questão da constitucionalidade do salário mínimo – a primeira – e sobre matéria tributária, estranha à discussão deste trabalho, no caso da segunda.

Em 26 (vinte e seis) ocorrências que tratavam de processos de intervenção federal (IF 139; IF 164; IF 171; IF 237; IF 298; IF 317; IF 444; IF 449; IF 470; IF 492; IF 1317; IF 1486; IF 1690; IF 1952; IF 2127; IF 2194; IF 2257; IF 2737; IF 2805; IF 2909; IF 2973; IF 2975; IF 3046; IF 3292; IF 3578; IF 3601) e na ADI 2010 a "saúde" aparecia como um dos exemplos de obrigações que o Estado está obrigado a garantir ao cidadão (ao lado da educação, moradia, lazer, entre outras). Esses processos de intervenção federal, contudo, não versavam especificamente sobre o tema discutido neste trabalho, assim foram descartados.

²³ De acordo com o Regimento Interno do STF (STF, 1980), o Tribunal compõe-se de 11 Ministros, tem sede na Capital da República e jurisdição em todo território nacional (Art. 2º). São órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente (art. 3º) e as Turmas são constituídas de 5 Ministros (art. 4º).

²⁴ A consulta foi feita em 19.08.2005

Em duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 3105 e ADI 3128), a palavra saúde aparece relacionada como um dos direitos incluídos no sistema previdenciário do servidor público.

Na RCL 2040, a palavra saúde aparece apenas para designar o cargo do Secretário de Estado da Saúde do Distrito Federal.

No RE 201460 e RE 197078 a palavra saúde aparece como um dos itens que, segundo o art. 7.º, IV da Constituição, deve ser atendido pelo salário mínimo estabelecido em lei nacional.

Assim, após o exame de cada uma das ocorrências, o Acórdão prolatado pela 2.ª Turma do STF no Agravo Regimental n.º 271.286-8, do qual foi Relator o Ministro Celso de Mello se enquadrou nos critérios escolhidos e, acreditamos, é capaz de refletir a posição atual do STF sobre o tema.

Aliás, um indicio de que essa decisão se tornou paradigmática para as demais decisões sobre o tema, é que ela já foi utilizada como fundamento para outras decisões tomadas pelo Pretório Excelso. Ocorre que, na sistemática processual vigente no Brasil, é possível que um relator decida sozinho – ou seja, sem submeter a questão ao Colegiado – desde que tenha como *fundamento a existência de outros julgados sobre o tema e que reflitam a posição dominante da Corte*. No caso, decidindo sobre o mesmo tema, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao decidir monocraticamente o RE 293379 / RS (BRASIL, 2002) e o AI 547.863 / RS (BRASIL, 2005), fez expressa referência ao acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, apontando-o como paradigma da Corte.

Analisar-se o paradigma. O Acórdão está assim ementado:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO A VIDA E A SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5., CAPUT, E 198) - PRECEDENTES

(STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO A SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO A VIDA. - O direito público subjetivo a saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário a assistência farmacêutica e medico-hospitalar. - O direito a saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito a vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive aquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, da efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da

República (arts. 5., caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço a vida e a saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (BRASIL, 2000).

A partir do relatório do voto condutor deste acórdão, extraímos que se trata de um recurso extraordinário em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apoiando-se no artigo 196 da Constituição da República, o Tribunal gaúcho reconheceu incumbir, ao Município de Porto Alegre e ao Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV (BRASIL, 2000).

O Município recorrente sustentou que:

"[...] Ao condenar o Município de Porto Alegre ao fornecimento de medicamentos aos doentes de AIDS, violou o acórdão recorrido o art. 167, I, da Constituição Federal, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Estabeleceu o acórdão recorrido que a inexistência de regulamentação municipal para custeio da distribuição dos medicamentos excepcionais não impede sua responsabilização. Ora, determina a Constituição Federal que são de iniciativa do Poder Executivo as leis que estabelecem os orçamentos anuais e é nessa lei que deverá ser previsto o orçamento da seguridade social, consoante o inciso III, do § 5º do artigo 165 da Constituição de 1988.

Assim, quando decide o acórdão com base na Lei 9.313/96, que estabelece que as despesas para aquisição de medicamentos para a AIDS serão financiadas com recursos da Seguridade Social da União, Estados e Municípios, deixou de considerar que a própria lei no seu

art. 2º remete sua eficácia à norma regulamentar, pois se assim não fosse, estaria a norma federal violando o artigo 165, Inciso III e § 5º, inciso III, da CF de 1988." (BRASIL, 2000, p.1413)

Aduziu, também o Município recorrente que a decisão agravada, ao deixar de observar que

"a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos, afronta o princípio federativo da separação dos poderes, bem como o artigo 198 e seu parágrafo único, da Constituição Federal, que responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento, ações e serviços de saúde." (BRASIL, 2000, p.1413).

Do inteiro teor do voto do Relator, *confirmado por todos os Ministros da Segunda Turma do STF*, extrai-se importantes conclusões acerca da posição do STF acerca da matéria.

Inicialmente observa-se que o Pretório Excelso entende ser possível a intervenção do Poder Judiciário para assegurar a execução das políticas públicas de concretização dos direitos sociais, mormente quando se está discutindo a questão da saúde. A respeito, veja-se o seguinte trecho do voto condutor:

"[...] incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tomar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - Impõe ao Poder

Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

[...]

Cumpra assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante." (BRASIL, 2000, p. 1422) (grifou-se).

Em outro trecho, o Eminentíssimo Relator afirma que:

"[...] o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar." (BRASIL, 2000, p. 1422) (grifou-se).

É certo que *não há uma determinação* para que o Poder Executivo crie um programa específico destinado a garantir a todas as pessoas acesso as diversas prestações relacionadas à saúde. No entanto, do acórdão extrai-se a crença de que o poder público pode – e por isso mesmo deve! – garantir a todos os cidadãos brasileiros as mesmas condições de acesso à saúde.

Reafirma-se aqui que essa crença é – com o devido respeito às decisões do relator – ingênua. Ela oculta que é impossível dar a todos as mesmas condições de saúde porque os bens necessários para essa “condição ideal” são escassos. Não há tecnologia suficiente para todos (considerando os custos dessa tecnologia), não há órgãos suficientes para todos (considerando o caso dos transplantes) e, principalmente, há diversos outros carecimentos (educação, trabalho, habitação, por exemplo) disputando a alocação dos recursos públicos.

Constata-se, pois, que, em posição oposta à tese defendida neste trabalho, a decisão é maximalista no sentido de que não se atém ao caso específico. Ao contrário, tece longas considerações sobre o direito à saúde em geral que tem a pretensão de estender-se a todos os casos que envolvam a questão da saúde.

Notou-se, também, que no acórdão não há ponderações acerca de prazo para programação financeira. Aliás, deixa-se claro que:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, **contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (BRASIL, 2000, p. 1422) (grifou-se).**

O ponto que parece não ter sido considerado aí é que o interesse não é exatamente do Estado, mas de toda sociedade. Os recursos destinados ao pagamento de programas como esse são públicos não no sentido de que pertencem ao Estado, mas no de que pertencem a toda a sociedade (advindos dos tributos). Daí porque, se por um lado defende-se a possibilidade de o Judiciário intervir na efetivação

dos direitos sociais – mormente quando está em jogo o direito à vida – acredita-se que a responsabilidade de se impor uma ordem de gasto de recursos públicos – alocação de recursos escassos – deve ser acompanhada de fundamentação que exponha critérios claros e específicos. Critérios esses que possam ser utilizados por outros os quais, futuramente, estejam em situação idêntica.

No caso vertente, não é isso que acontece. Algumas questões ensejam dúvida e dificultam a própria pretensão de outros cidadãos acionarem o poder público. Assim: 1) o direito a medicamentos estende-se, além da AIDS, a outras doenças terminais? 2) O que fazer na hipótese de inexistência de verba orçamentária ou de programas específicos? 3) Em nome do direito à saúde, até que ponto pode/deve o Estado, unilateralmente, prolongar a vida de doentes terminais²⁵? Percebe-se, pois, que essa decisão se for usada como precedente de forma acrítica, tanto para pleitear contra o Estado, como para solucionar as demandas, poderá resultar em verdadeiro caos nas finanças do poder público²⁶.

É preciso deixar claro, portanto, que uma decisão generalizante, fundamentada apenas no fato de que a Constituição diz "a saúde é direito de todos" e que é obrigação do Estado custeá-la, não parece realista. Além disso, ao se

²⁵ Essa última questão está inserida num amplo e polêmico contexto de discussão. Ocorre que, com fundamento nessa interpretação ampla do direito à saúde, que está sendo chancelada pelo STF, seria possível alegar que o Estado tem o dever de prolongar ao máximo a vida de doentes terminais ou em um estado vegetativo a um custo que pode ser altíssimo para os cofres públicos. No entanto, nos parece que a decisão de manter a sobrevivência de pacientes envolve inicialmente os particulares envolvidos (pacientes e família) e depois a própria comunidade na discussão sobre os valores que pretende albergar. A liberação/proibição da eutanásia, por exemplo, ao que nos parece, está num âmbito muito maior do que o de uma decisão judicial pode cobrir. Longe de se pretender uma tomada de posição sobre o tema – o que careceria de trabalho específico – deixemos claro apenas o objetivo de chamar a atenção para o fato de que decisões genéricas, como a que estamos criticando, podem ser usadas e servirem muito bem num ambiente e em um problema completamente diverso e para o qual não foram planejadas para resolver.

²⁶ Considerando que as decisões advindas do STF têm, no sistema jurídico brasileiro, a faculdade de orientar as demais decisões dos Juízos inferiores sobre questões constitucionais.

criar a expectativa de poder buscar através do Judiciário toda e qualquer prestação de saúde, cria-se um círculo vicioso que pode ter efeito exatamente contrário ao que pretendem tais decisões. Ocorre que a Administração pode passar a deixar de executar as obrigações constitucionais a pretexto de aguardar as decisões judiciais, ou mesmo alegar (e até comprovar!) que não há recursos, considerando os dispêndios para cumprir aquelas decisões.

No mais, da forma como está fundamentado o acórdão, não se abre qualquer possibilidade de defesa para a Administração Pública. Qualquer argumento – mesmo a constatação de impossibilidade de cura das doenças que se procuram tratar – fenece diante da tese de que, existe um direito universal à saúde, aparentemente sem qualquer limitação.

Em que pese estar perquirindo a posição do STF, pelas razões já expostas, com o fim de enriquecer a discussão e exemplificar com uma decisão que, entende-se, está mais consentânea com a realidade, traz-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, tomada na STA 81 (BRASIL, 2005):

O caso²⁷ versa sobre uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal ao tomar conhecimento da situação de saúde de determinado cidadão, paciente do SUS, que teve o seu pedido de fornecimento de prótese de esfíncter artificial negado pela Secretaria Municipal de Saúde, por não se encontrar na listagem oficial do Ministério da Saúde. Para tanto, o subscritor da ação destacou que aquele cidadão, aos 27 de idade, já havia se submetido a mais de vinte cirurgias sem obter resultado satisfatório, encontrando-se ainda com fístula perianal, incontinência fecal, perda de tecido com exposição de tecidos profundos pré-sacal e com sérios riscos de formação de câncer, restando-lhe como única opção a utilização da prótese indicada (distribuída pela empresa American Medical Systems, importada pelo valor estimado

²⁷ Toda a descrição do caso esta na decisão publicada nos autos da STA 81 (BRASIL, 2005).

em US\$ 7.000,00). Ressaltou também que tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional pertinente asseguram a todos o direito à saúde, sendo dever do Estado garanti-la. O Juiz de 1º grau concedeu a tutela antecipada para garantir aos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS em Jaraguá do Sul/SC o recebimento de prótese devidamente prescrita, independentemente de constarem da lista oficial do Ministério da Saúde, bem como intervenção cirúrgica e materiais necessários, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A União interpôs Agravo de Instrumento e formulou pedido de Suspensão de Tutela Antecipada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sem sucesso, razão pela qual interpôs Pedido de Suspensão ao STJ. Para sustentar seu pleito afirmou que a determinação para o fornecimento de medicamentos não constantes da listagem oficial de forma genérica e indiscriminada implica invasão na esfera de competência da Administração Pública, na medida em que anula os critérios direcionadores das políticas públicas que visam à saúde de toda a população. O Estado, segundo aduz, no exercício do seu dever constitucional não tem em vista as necessidades clínicas isoladas, mas, sim, o contexto geral, atrelado às políticas sociais e econômicas.

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça então decidiu:

"[...] Após uma análise mais detida do caso, com os novos argumentos trazidos pela agravante, consigno presentes os pressupostos autorizadores do pedido de suspensão. Com efeito, compete à Administração Pública, através da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no País, buscando garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias.

Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos e de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando

restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de que seja atingido o maior número possível de beneficiários.

Dessa forma, a decisão liminar reclamada, a meu sentir, efetivamente afronta a ordem administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública.

Por outro lado, também tenho por configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública, uma vez que a liminar privilegia os pacientes necessitados do fornecimento indiscriminado de prótese e de cirurgia para esse fim, podendo inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente [...]”²⁸

Observa-se, pois, que a decisão ponderou diversos aspectos da questão. Primeiro, da descrição do caso não se percebe se a prótese pleiteada conseguirá ser eficaz para restaurar a saúde do indivíduo envolvido. Assim, o Estado poderia gastar significativa quantia sem o resultado esperado. Além disso, como bem observou o Relator, a quantia despendida poderia desfalar diversos programas que têm eficácia garantida na promoção da saúde. Em síntese, a situação individual seria privilegiada em face do coletivo.

Em que pesem as implicações éticas da questão e sendo mesmo impossível deixar de reconhecer, pela caracterização descrita, o estado lastimável do paciente, talvez existissem outras alternativas para assistir financeiramente o cidadão. Parece que procurar auxílio na própria sociedade – através de ONG’s ou mesmo doações individuais – poderiam ser uma saída eficaz. Nesse caso, a própria sociedade decidiria qual parcela de contribuição

²⁸ Essa decisão foi confirmada pela Corte Especial, Órgão Colegiado máximo do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão não publicado mas noticiado no site do STJ: <http://www.stj.gov.br>.

poderia destinar para resolver um caso isolado, sem que com isso se prejudicassem ações de repercussão coletiva.

No entanto, conforme já dito, tratando-se de matéria constitucional, a última palavra sobre o tema no sistema jurídico constitucional é do Supremo Tribunal Federal – STF. Assim, acredita-se que, se a questão chegar até aquela Corte Suprema, poderá ter outro deslinde. Ocorre que, o precedente do STF analisado aqui, sendo genérico, pode ser utilizado no caso concreto julgado pelo STJ. E, na esteira desse precedente, o STF provavelmente determinaria que o Estado custeasse o tratamento perseguido pelo cidadão.

Ante o exposto, conclui-se que o STF entende, sob o discurso da necessidade de concretização dos direitos, ser possível a intervenção do Judiciário na implementação das políticas públicas de efetivação do direito à saúde. Entende-se ser dever do Estado assegurar condições igualitárias de saúde a todos, mas olvida a questão da finitude dos recursos. Em que pese no plano lógico jurídico poder ser uma orientação para o julgamento dos demais casos relacionados ao direito à saúde, encontra limites (financeiros, tecnológico e mesmo racionais) no plano fático, tomando inviável sua alegação como fundamento de solução nos demais casos concretos.

5 CONCLUSÃO

Perpassando em linhas gerais, as questões discutidas neste trabalho, tem-se a ponderar:

a) As Constituições do mundo ocidental têm incorporado um número cada vez maior de direitos considerados fundamentais ao ser humano. Assim, inicialmente foram reconhecidos direitos individuais que exigiam do Estado uma abstenção (direitos negativos) frente ao agir dos cidadãos. Num segundo momento, reconheceu-se que o Estado precisava garantir outros direitos como educação, saúde, previdência, chamados direitos sócio-econômicos e culturais que, portanto, lhe exigiam sua efetiva

intervenção (direitos positivos). Com o advento da sociedade de massa, novos direitos, de caráter transindividual (difusos e coletivos), passaram a fazer parte das legislações ocidentais, trazendo para o debate a discussão sobre o direitos que pertencem a toda a humanidade, como o direito ao meio ambiente saudável, ou que pertine a grupos, no caso dos direitos do consumidor;

b) A dinâmica convivência desse vasto número de direitos reconhecidos pelas cartas constitucionais causou uma interpenetração entre suas características. Hoje direitos individuais não podem ser vistos como absolutamente isentos de participação estatal para sua garantia. Na verdade, os Estados vêm, cada vez mais, sendo responsabilizados por garantir a efetivação dos direitos ou, no mínimo, o aparato judicial destinado a processar as demandas originadas da violação desses direitos.

c) O direito à saúde foi reconhecido pela Constituição Brasileira como um direito social. A garantia do direito à saúde pelo Estado passa, no entanto, pela solução de diversas questões ligadas até mesmo ao próprio conceito do que seja saúde, sendo certo que o entendimento sobre a extensão desse conceito vem se alargando com o tempo. O custeio do sistema de saúde público em todo o mundo tem aumentado gradativamente, justamente devido à extensão que se vem dando ao conceito de saúde e do que é obrigação do Estado custear.

d) O investimento em saúde, por maior que seja, sempre irá conviver com as diferentes escassezes, como a de tecnologia, de pessoal e financeira (há outras necessidades que o orçamento público deve cobrir), tornando ingênua a afirmação de que todos terão direito aos mesmos padrões de tratamento de saúde somente porque a Constituição Brasileira reconhece o direito à saúde a todos.

e) O Judiciário no Brasil tem assumido, por vezes, uma posição "ativista" ou "politicamente engajada", de sorte a determinar que o Executivo custeie determinados tratamentos de saúde para grupos ou indivíduos independente de

programação orçamentária. Essa posição, contudo, encontra óbice em diversos argumentos interligados: a dinâmica da formulação das políticas públicas, estranha ao modo de proceder do Judiciário; o custo da efetivação dos vários direitos sociais; o princípio da separação das funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

f) O Judiciário, ao decidir sobre as pretensões relativas ao direito à saúde dos indivíduos, deveria se limitar à solução do caso concreto, evitando decisões que tivessem a pretensão de ser generalizantes, em nome de um pretenso direito universal à saúde. Decisões com esse viés ocultam a realidade de que o orçamento é finito e incapaz de absorver todas as demandas relativas à saúde dos cidadãos.

g) Ao decidir sobre a alocação de recursos públicos na área de saúde, o Judiciário deveria ponderar sobre a existência de óbices importantes às pretensões dos indivíduos. Tais óbices dizem respeito principalmente à necessidade de programação financeira e à efetiva possibilidade de cura (ou não) que o tratamento perseguido pode resultar.

h) Determinadas situações que exigem grande quantidade de recursos para manutenção de tratamentos – alguns sem comprovada eficácia – poderiam ser resolvidas por ações da própria comunidade. Assim, redes de ajuda, ONG's podem, eficientemente, angariar recursos que sejam voluntários, o que evitaria a alocação de recursos públicos, em desrespeito às regras orçamentárias descritas na Constituição.

i) O Supremo Tribunal Federal – STF, na sua atribuição de intérprete-mor da Constituição Brasileira, tem se direcionado na posição oposta àquela defendida neste trabalho. Entende-se que pode o Judiciário intervir nas políticas públicas a pretexto de resguardar os direitos dos cidadãos. No caso do direito à saúde, tem jurisprudência que deixa entrever que é obrigação do Estado assegurar a todos as mesmas condições de saúde com base na interpretação dos artigos 6.º e 196 da Constituição Federal. Entende-se mais, que a questão do prazo de programação financeira e as disposições sobre a feitura do

orçamento não devem ser obstáculo à liberação de recursos frente à repercussão no direito à vida desses cidadãos.

J) O paradigma jurisprudencial do STF pode criar a (falsa) expectativa de poder buscar através do Judiciário, toda e qualquer prestação de saúde. Essa possibilidade, contudo, além de não ser razoável, é inexecutável, uma vez que pode tornar caótica a situação financeira dos entes públicos.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. Controle Judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de política. 8.ed. Brasília: EdUNB, 1995. 2 v.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil. Org. dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento n.º 1997.000511-3. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Maurício Guidi da Silva. Relator Desembargador Newton Trisoto. Florianópolis, SC, 25 de setembro de 1997. Disponível em < <http://www.tj.sc.gov.br> >. Acesso em: 20 jul. 2005.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. A Implantação da EC29: Apresentação dos dados do SIOPS, 2000 a 2003. Disponível em <<http://www.ms.gov.br>> Acesso em: 20 jul. 2005.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo regimental no recurso extraordinário n.º 271.286-8. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Diná Rosa Vieira. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: 19 set. 2005.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 293.379 Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrida: Rebeca Schuchmann Morador. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 19 de junho de 2002. Disponível em < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: 19 set. 2005.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento n.º 547.863. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Eva Alves Cardoso. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 de junho de 2005. Disponível em < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: 19 set. 2005.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Suspensão de tutela antecipada n. 81. Requerente: União Federal. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Edson Vidigal (Ministro-Presidente). Brasília, DF, 29. de junho de 2005. Disponível em < <http://www.stj.gov.br> >. Acesso em: 19 set. 2005.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. 2005. (mimeo).

CRISTOVAM, Jose Sérgio da Silva. O Controle jurisdicional de políticas públicas. **Revista Zênite**, ano IV, n. 41, p. 451-463, dez. 2004.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade do ativismo judicial no Estado contemporâneo. **Seqüência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, ano 16, n. 31, 1995.

DRAIBE, Sônia Míriam. As políticas sociais e o neoliberalismo: reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas. **Revista USP**, São Paulo, n. 17, p. 86-101, jan./mar. 1993. (mimeo.)

EAGLES, Munroe; JOHNSTON, Larry. **Politics: an Introduction to democratic government**. Ontario: Broadview press, 1999. (mimeo.)

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Comportamento do STF e desenho institucional nos anos 90 : Relações entre controle de constitucionalidade e política fiscal**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais. Universidade de Brasília, 2002.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 139-222

GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, n. 15, 1996. p. 64-67.

HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

HOMEM morre em fila de atendimento de posto de saúde em MG. **Folha de São Paulo**. 25 ago. 2005 . Disponível em <www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112408.shtml> acesso em: 25 de ago, 2005.

JOHN, Peter. **Analysing Public Policy**. London e New York: Pinter, 1999. (mimeo.)

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: descaminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAFER, Celso. Os direitos humanos e a ruptura. In: _____. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 117-145

LEAL, Rogerio Gesta. **O Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais**. Porto Alegre, 2005. (mimeo.)

LOPES, José Reinaldo de Lima: direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. In: FARIA, Jose Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 113-143.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, janeiro de 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 de nov. 2004

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. In: MELLO, Celso de Albuquerque. **Arquivos de direitos humanos**. V.5. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO POR JUIZ DE DIREITO APÓS O CANCELAMENTO DO ENUNCIADO 123 DO TST. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PEDIDO.

Raimundo Paulo dos Santos Neto
Procurador do Estado do Amazonas
Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil

1. JUSTIFICATIVA E ADEQUAÇÃO DO TEMA

A polêmica envolvendo a competência ou não da Justiça do Trabalho para processar e julgar os dissídios individuais oriundos da contratação de servidores temporários parecia ter chegado ao fim com o acolhimento, pela Subseção I de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, da tese defensiva do Estado nas inúmeras reclamações trabalhistas em que figurou como litisconsorte passivo, em demandas propostas por servidores contratados sob o Regime Especial da Lei Estadual n. 1.674/84.

Em sua defesa, o Estado sempre defendeu a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os feitos em que figurem servidores contratados pelo Regime Especial da referida lei estadual, na esteira do que o TST já vinha entendendo em relação à matéria por intermédio de seu Enunciado 123, vazado nos seguintes termos: "Em se tratando de Estado ou Município, a lei que estabelecer o regime jurídico (art. 106 da Constituição Federal) do servidor temporário ou contratado é a estadual ou municipal, a qual, uma vez editada, apanha as situações preexistentes, fazendo cessar sua regência pelo regime trabalhista. Incompetente é a Justiça do Trabalho para julgar as reclamações ajuizadas posteriormente à vigência da lei especial."

Esta tese era defendida inclusive diante da alegação de desvirtuamento do regime, onde o Estado também sagrara-se vencedor, pois o TST acolheu referido entendimento e pacificou-o através do verbete n. 263 da Orientação

Jurisprudencial da SBDI-1, a seguir transcrita: "A relação jurídica que se estabelece entre o Estado ou Município e o servidor contratado para exercer funções temporárias ou de natureza técnica, decorrente de lei especial, é de natureza administrativa, razão pela qual a competência é da justiça comum, até mesmo para apreciar a ocorrência de eventual desvirtuamento do regime especial (CF/67, art. 106; CF/88, art. 37, IX).".

No entanto, com o cancelamento do Enunciado 123 pelo Tribunal Pleno do TST (Resolução n. 121, DJ de 25.11.2003), que acabou por influir no cancelamento, também, da OJ 263 da SBDI-I (DJ de 14.09.2004), bem como na alteração da OJ 205 da SBDI-I (DJ de 25/04/2005), diversos Juízes de Direito passaram a suscitar conflitos negativos de competência ao Supremo Tribunal Federal, fortes no entendimento de que a mudança de posicionamento daquela Corte Trabalhista Superior sobre o assunto teria o condão de devolver à Justiça do Trabalho a competência para apreciação e julgamento das reclamações trabalhistas onde sua incompetência já havia sido reconhecida.

O presente estudo objetiva demonstrar a impossibilidade de acolhimento desta tese, em que pese a louvável intenção dos nobres magistrados estaduais de submeter referidas causas à Justiça do Trabalho em virtude da maior inclinação deste ramo do Judiciário para as questões trabalhistas.

Antes, porém, mister se faz uma breve abordagem sobre o regime especial dos servidores temporários para fins de contextualização da problemática aqui discutida.

2. O REGIME ESPECIAL DOS SERVIDORES TEMPORÁRIOS

Como é cediço, a Administração Pública pode recrutar seus servidores por três regimes jurídico-funcionais: o *regime estatutário*, o *regime trabalhista* e o *regime especial*. O primeiro regula os servidores estatutários, o segundo disciplina os servidores trabalhistas e o último abrange os servidores temporários.

O *regime especial* foi inaugurado pelo Art. 104 da Constituição Federal de 1967, possuindo a seguinte redação:

"Art. 104 – Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."

Logo depois foi promulgada a Emenda Constitucional n. 01/69, que, mantendo referido regime, afastou a referência à legislação trabalhista e previu a necessidade de seu estabelecimento por lei especial, senão vejamos:

"Art. 106 – O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial."

A Constituição de 1988 também manteve o *regime especial*, mas deu novo contorno à sua admissibilidade, consoante se vê em seu Art. 37, inciso IX:

"Art. 37 – (...):

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público."

Quanto à instrumentalização normativa, desde a Carta anterior o entendimento majoritário era no sentido de que cada ente federativo deveria providenciar lei de sua própria competência para instituir referido regime no âmbito de sua estrutura funcional, o que não mudou com o advento do novo Texto Constitucional¹.

¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. v. 3. São Paulo: F. Bastos, 1991. p. 162. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 297.

No entanto, previu a novel Lei Maior alguns parâmetros quanto à natureza da vinculação, relativos à temporariedade da necessidade e à excepcionalidade do interesse público, consubstanciando verdadeiros limites à atuação legislativa, os quais, se transbordados, podem conduzir à declaração de inconstitucionalidade da lei em epígrafe.

Assim, além de observância aos limites do Art. 37, inciso IX, da Carta de Outubro, deve a lei que instituir o *regime especial* ter por núcleo essencial a regência das situações jurídicas que retratam a necessidade temporária de excepcional interesse público prevista neste dispositivo constitucional, sem olvidar do estabelecimento de regras específicas que disciplinem o referido regime.

Com efeito, sendo um verdadeiro regime funcional, ao lado dos regimes *estatutário* e *trabalhista*, o *regime especial* deve constituir-se de disciplina normativa autônoma e específica em relação aos demais, para o que deve constituir-se de fisionomia própria. Dessa maneira, embora a legislação específica do ente político contratante possa prever a regência do *regime especial* pelo vínculo estatutário ou trabalhista, haverá de contar com um elenco das situações excepcionais geradoras do recrutamento de servidores temporários, com o que passa a ter um indubitável caráter administrativo.

O Estado do Amazonas fez editar lei específica para implantar, na administração estadual, a contratação de servidores temporários pelo *regime especial*. Trata-se da Lei n. 1.674, de 10.12.1984, que adotou regras próprias para a configuração jurídica deste regime.

Editada com fulcro no Art. 106 da Emenda Constitucional n. 01/69 à Constituição Federal de 1967, instituindo o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada, referida lei foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ante o atendimento aos parâmetros do Art. 37, inciso IX, da Novel Carta Republicana.

A lei destacou as hipóteses de admissão de servidores em caráter temporário (Art. 1º), especificou a

possibilidade de contratação para o desempenho de funções técnicas especializadas (Art. 4º, *caput* e parágrafo único) e estabeleceu a duração das admissões (Art. 2º) e das contratações (Art. 4º, incisos I e II), a vedação de admissão para certas hipóteses, cargos e funções (Art. 3º), além do procedimento aplicável (Arts. 5º, 6º e 7º).

Também determinou a aplicação de vários dispositivos da lei de regência dos servidores públicos civis do Estado (atual Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Amazonas - Lei n. 1.762, de 14.11.1986), relativos a direitos, vantagens, deveres, proibições e responsabilidades (Arts. 14 a 19). Neste aspecto, tais dispositivos não deixam dúvida quanto a natureza jurídica desse tipo de relação jurídica, importando a análise do *regime especial* dos servidores temporários do Estado do Amazonas sob a ótica do **Direito Administrativo**.

Com efeito, o enquadramento do *regime especial* no Direito Administrativo vem sendo feito pelo Supremo Tribunal Federal desde a Carta de 1969. A título de exemplo, vejam-se os Recursos Extraordinários n. 88.875-6, do Estado do Paraná, e n. 89.043-3, do Estado de São Paulo. No mesmo sentido: *"Ação movida por servidor municipal, sob regime especial administrativo (artigo 106 da CF/1967, Emenda 1/69). Competência da Justiça Estadual, que subsiste à Carta Política de 1988 (artigo 114)."* (STF, CJ 6.829-8 - AC-TP-15.3.79, Rel. Min. Octávio Gallotti, in LTr 55-08/954).

Também o Superior Tribunal de Justiça comunga do mesmo entendimento, consoante se vê no aresto decorrente do julgamento do Conflito de Competência n. 16.209-RJ, em que figurou como suscitante o Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro e como suscitados o Juiz da 28ª Vara Federal e o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA. CONTRATO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR TEMPO DETERMINADO. Compete à Justiça Federal processar e julgar pretensão alusiva a contratos de prestação

de serviços, por prazo determinado, na forma prevista no art. 37, IX, da Constituição, se realizado com ente público federal.” (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 3ª Seção, DJ 14.4.97).

Mutatis mutandis, verifica-se ser aplicável o mesmo entendimento em relação aos entes estaduais, distritais e municipais, consoante se vê no Conflito de Competência n. 54.018-AM (DJ 26.09.2005), que tem como suscitante o Juízo da 8ª Vara do Trabalho de Manaus e como suscitado o Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Manaus, em que o Relator, Ministro Felix Fischer, conheceu do Conflito para declarar a competência do Juízo suscitado.

No âmbito da Justiça do Trabalho, a incompetência desse ramo juslaboral foi definitivamente reconhecida pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do **Recurso de Revista n. 64219-2002-900-11-00**, DJ 28.05.2004, cujo acórdão, que deu origem à Orientação Jurisprudencial n. 263 da SBDI-I daquela Corte, possui a seguinte ementa:

“SERVIDOR DO MUNICÍPIO DE MANAUS ADMITIDO EM CARÁTER TEMPORÁRIO (LEI MUNICIPAL Nº 1.871/86) – NORMA MUNICIPAL EDITADA COM BASE NO ARTIGO 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1969 – NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A relação jurídica que se estabelece entre o município e o servidor contratado para o exercício de funções temporárias ou de natureza técnica, decorrente da lei especial, é administrativa, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 88.875-6, do Estado do Paraná, e nº 89.043-3, do Estado de São Paulo. Como tal, encontra-se fora da esfera jurídica do Direito do Trabalho, o que afasta a competência desta Justiça para julgar questões oriundas desses servidores. Incidência do artigo 106 da Constituição Federal de 1969. Tratando-se de regime administrativo, instituído por lei especial, a Justiça do Trabalho nem sequer

tem competência para analisar as conseqüências jurídicas decorrentes de sua inobservância. A competência, no caso, é da Justiça estadual do Amazonas. Precedentes desta Corte e do excelso STF. Recurso de revista provido."

Em suma: Independentemente da lei instituidora do *regime especial* prever sua regência pelo vínculo estatutário ou trabalhista, haverá de prever o rol das situações jurídicas justificadoras da necessidade de contratação temporária de excepcional interesse público, estando assente na doutrina e jurisprudência pátrias a regência deste tipo de admissão de servidor pelo Direito Administrativo, pelo que, em que pese a recente mudança de posicionamento do TST, a competência para processar e julgar as demandas dela decorrentes é da Justiça Comum, Federal ou Estadual.

3. CABIMENTO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Há divergência na doutrina quanto à natureza jurídica do Conflito de Competência: se seria uma ação declaratória ou mero incidente processual.

Sob o escólio de *Vicente Greco Filho*², o Conflito de Competência seria uma verdadeira **ação declaratória**. Já *Alexandre Freitas Câmara*³ e *Antônio Scarance Fernandes*⁴ o vêem como mero **incidente processual**.

Nelson Nery Junior e *Rosa Maria de Andrade Nery*⁵ conceituam o instituto como uma "circunstância de fato, que se caracteriza quando mais de um juízo se dão por competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para o julgamento da *mesma* ação, manifestada essa divergência nos *mesmos autos*." (destacamos).

² *Direito processual civil brasileiro*. V. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 214.

³ *Lições de direito processual civil*. V. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júria, 2003. p. 110.

⁴ *Incidente processual*. São Paulo: RT, 1991. p. 123.

⁵ *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: 7. ed. RT, 2003. p. 515-516.

Malgrado a discussão acima, o que releva notar é que o Conflito de Competência possui aptidão para alterar o andamento normal de um processo, possibilitando o exercício da jurisdição por juízo diverso do esperado pela parte.

Nos termos do Art. 116 c/c o Art. 118, ambos do Código de Processo Civil, o conflito pode ser suscitado por qualquer das partes ou pelo Ministério Público, por petição, ou pelo juiz, de ofício, devendo sua instrumentalização conter os documentos necessários à prova do fato.

Na hipótese em comento, os incidentes são suscitados de ofício por Juizes de Direito, que, ao se considerarem incompetentes para apreciar postulação referente a verbas rescisórias trabalhistas, instruem o ofício com os documentos necessários à prova do conflito.

Verifica-se, assim, que os motivos são irrelevantes para o cabimento de Conflito de Competência, bastando o atendimento, quando suscitados de ofício pelo juiz, dos pressupostos ínsitos nos Arts. 115, inciso II; 116, *caput*, e 118, inciso I e parágrafo único, ambos do CPC, os quais, na situação objeto do presente estudo, estão sendo plenamente atendidos.

4. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL PARA DIRIMIR O CONFLITO

Doutrinariamente, *competência* é definida como sendo a demarcação dos limites em que cada juízo pode atuar, ou seja, é a medida da Jurisdição.

A competência dos órgãos judiciários brasileiros está prevista nos Capítulos I a III do Título IV da Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, as hipóteses de sua competência restaram expressamente previstas pelo legislador constituinte no Art. 102 de nossa Carta Magna atual, de forma originária, ordinária e extraordinária (incisos I, II e III, respectivamente).

É de se notar que a alínea o do inciso I deste dispositivo constitucional prevê a hipótese específica de

competência do STF para processar e julgar, originariamente, ***“os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;”***.

Embora silente a Constituição Federal sobre a hipótese de conflito de competência entre juiz estadual de primeira instância e Tribunal Superior, a jurisprudência do Excelso Pretório firmou orientação jurisprudencial – a partir da norma insita no Art. 102, I, o, da Constituição – no sentido de que pertence àquela Corte Suprema a competência originária para processar e julgar os conflitos de competência instaurados entre Tribunal Superior da União, de um lado, e, de outro, magistrado de primeira instância a ele não vinculado. Neste sentido são os seguintes precedentes: RTJ 130/1015, Rel. Min. SYDNEY SANCHES; RTJ 131/1097, Rel. Min. CARLOS MADEIRA; RTJ 145/509, Rel. Min. MOREIRA ALVES; RTJ 153/803, Rel. Min. PAULO BROSSARD; RTJ 164/115, Rel. Min. SYDNEY SANCHES; RTJ 178/710, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

5. DA IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PEDIDO QUANDO O CONFLITO FOR SUSCITADO POR JUIZ DE DIREITO

Verificados o cabimento de Conflito de Competência na presente hipótese e a competência do Supremo Tribunal Federal para dirimi-lo, mister se faz a conclusão do presente estudo com a demonstração dos fundamentos pelos quais entendemos, em consonância com o entendimento do Excelso Pretório, ser impossível o acolhimento do pedido de declaração de competência da Justiça do Trabalho na presente hipótese, mesmo diante do cancelamento do então Enunciado 123 do TST.

De acordo com o Art. 467 do CPC, *“denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”*.

Tal denominação é criticada pelos operadores jurídicos em virtude da lei ter levado em consideração apenas o aspecto da imutabilidade e da indiscutibilidade da sentença, e não das

relações jurídicas, de cunho processual ou material, o que seria de todo insuficiente para diferenciar a coisa julgada formal da coisa julgada material.

Procurando superar essa deficiência, a melhor doutrina denomina a coisa julgada como sendo "a situação jurídica consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença (*coisa julgada formal*) e de seu conteúdo (*coisa julgada substancial*), quando tal provimento jurisdicional não está mais sujeito a qualquer recurso."⁶

Como em ambas as espécies de coisa julgada a sentença torna-se indiscutível e imutável, o que diferencia a coisa julgada formal da material é que a ocorrência desta última não só encerra a relação processual, dando um fim ao processo, mas vai além, pois compõe o litígio com a modificação da relação de direito material subjacente ao processo.

No que diz respeito ao alcance dessa imutabilidade e indiscutibilidade da sentença transitada em julgado, prevê o Art. 468 do CPC que a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força nos limites da lide e das questões decididas, ou seja, faz coisa julgada nos limites do objeto do processo (ou nos limites do *pedido*, segundo *Humberto Theodoro Júnior*)⁷.

In casu, o Tribunal Superior do Trabalho, até o cancelamento de seu Enunciado 123, vinha acolhendo a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as reclamações trabalhistas aforadas em face do Estado do Amazonas em virtude das ações terem sido ajuizadas por servidores regidos pelo *regime especial* previsto na Lei Estadual n. 1.674/84, inquestionavelmente recepcionado pelo Art. 37, inciso IX, de nossa Constituição atual.

Enviados os autos à Justiça Comum Estadual e posteriormente cancelado o Enunciado 123 pelo Pleno do TST, diversos Juízes de Direito passaram a suscitar conflitos

⁶ Freitas Câmara, *op. cit.*, p. 468.

⁷ *Curso de direito processual civil*. V. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 578.

negativos de competência perante o Supremo Tribunal Federal, pugnando pela declaração de competência da Justiça do Trabalho e conseqüente remessa dos feitos ao Tribunal Superior do Trabalho para prosseguimento das ações.

É de se ressaltar, porém, que nestes autos onde são suscitados os conflitos, o TST deu provimento a recursos de revista interpostos pelo Estado do Amazonas para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, sob o entendimento de que a contratação de servidores em caráter temporário e com fundamento na Lei Estadual n. 1.674/84 afastaria a atribuição jurisdicional daquela Especializada.

Tendo sido acolhida a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais feitos, e não havendo recurso da parte contrária, operou-se o fenômeno da **coisa julgada** nestes autos, de modo que os conflitos de competência que objetivam devolver ao TST estas ações possuem, em sua essência, verdadeiro caráter rescisório, cujo instrumento não é dado à atuação jurisdicional.

Ademais, como a coisa julgada tem força nos limites das questões decididas, e tendo sido decidido que a Justiça do Trabalho não teria competência, até então, para processar e julgar estes feitos, eventual decisão do Supremo Tribunal Federal que declarasse a competência daquela Justiça para tanto, determinando-lhe o envio dos autos para prosseguimento da ação, importaria em violação expressa à norma do Art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna de 1988, vazada nos seguintes termos: *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"*.

Esta tese defensiva do Estado recebeu a chancela do STF nos autos do **Conflito de Competência** n. 7.189-3 (DJ n. 48, de 11.03.2005, p. 45/46), onde a Relatora, Ministra Ellen Gracie, em sede de Agravo Regimental, reconsiderou sua decisão anterior de remeter os autos ao TST nos seguintes termos:

"1 – Trata-se de agravo regimental interposto contra despacho que reconheceu a inexistência de conflito negativo de competência entre o Juízo de Direito da Comarca de

Benjamin Constant – AM (suscitante) e o Tribunal Superior do Trabalho (suscitado) em razão do cancelamento superveniente do Enunciado nº 123 que servira de fundamento, àquela Corte, para declarar a incompetência da Justiça Laboral na apreciação dos feitos decorrentes da contratação de servidor admitido sob a égide de regime jurídico especial previsto em lei estadual ou municipal. Considerou-se, assim, descaracterizado verdadeiro conflito, uma vez que um dos órgãos julgadores envolvidos (o TST) não mais se recusava, ao que diz respeito à competência, a apreciar a questão de mérito a ser decidida.

Em suas razões (fls. 172/176), alega o agravante que o processo deveria ter sido extinto sem o julgamento do mérito, com o retorno dos autos para o Juízo suscitante, tendo em vista a ocorrência de trânsito em julgado da decisão prolatada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

2 – Constatado, inicialmente, que o acórdão prolatado pelo TST, ao dar provimento ao recurso de revista, não apenas declarou a incompetência da referida Justiça Especializada, como também anulou todos os atos decisórios anteriormente proferidos nas instâncias anteriores, determinando, ainda, a remessa dos autos à Justiça Comum do Estado do Amazonas (fls. 137/142). Verifico, outrossim, que esta decisão transitou em julgado, conforme atesta a certidão de fl. 144.

Desta forma, tendo se exaurido, com o selo da coisa julgada material, a jurisdição recursal prestada pelo Tribunal Superior do Trabalho, tenho como pertinente a alegação de que aquela Corte nada mais poderia decidir no presente processo. Reconsidero, assim, a decisão impugnada que remetia os autos ao egrégio TST.

3 – Por outro lado, persiste o descabimento do conflito de competência suscitado em face da Corte Superior Trabalhista, pois, com o trânsito em julgado do que lá se decidiu (incompetência da Justiça Trabalhista e anulação de todos os atos decisórios contidos no processo), caberia ao Juízo suscitante, considerando-se incompetente diante

da nova orientação jurisprudencial sinalizada pelo cancelamento do Enunciado acima apontado, declinar da competência em face da primeira instância da Justiça Trabalhista, sob pena do presente procedimento tornar-se um eventual e irregular sucedâneo de ação rescisória.

4 – Em face do exposto, sendo manifestamente incabível o pedido veiculado no presente conflito de competência, já que não está configurada a hipótese prevista no art. 102, I, o da Constituição Federal, **nego seguimento** ao presente conflito de competência e determino a remessa dos presentes autos ao Juízo de Direito da Comarca de Benjamin Constant – AM (RISTF, art. 21, § 1º).

Publique-se.

Brasília, 4 de março de 2005.

Ministra Ellen Gracie
Relatora”

Mister se faz, no entanto, tecermos algumas críticas em relação aos dois últimos parágrafos da decisão acima transcrita:

1) a primeira diz respeito à conclusão da Nobre Relatora de que o pedido veiculado no Conflito seria manifestamente incabível em virtude de não se enquadrar na hipótese prevista no Art. 102, I, o, da Constituição Federal. Ora, foi demonstrado acima que não obstante a ausência de previsão constitucional explícita, o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou orientação jurisprudencial, a partir deste dispositivo, no sentido de que pertence àquela Corte Suprema a competência originária para processar e julgar os conflitos de competência instaurados entre Tribunal Superior da União, de um lado, e magistrado de primeira instância a ela não vinculado, de outro.

2) a segunda refere-se à afirmação da Ilustre Relatora de que caberia ao Juízo suscitante, considerando-se incompetente diante da nova orientação jurisprudencial

sinalizada pelo cancelamento do Enunciado 123 do TST, declinar da competência em face da primeira instância da Justiça Trabalhista. A nosso entender, houve um equívoco nesta afirmação, pois da mesma forma que o selo da coisa julgada material impede qualquer atuação do Tribunal Superior do Trabalho, também a Justiça do Trabalho de primeira instância fica impedida de proferir qualquer decisão nestes autos, ainda que tenha havido a anulação, pelo TST, de todos os atos decisórios contidos no processo. Ainda que se entenda que a Justiça Comum Estadual não esteja adstrita ao comando da Justiça do Trabalho, estando livre, portanto, para declinar de sua competência em face da primeira instância da Justiça Obreira, esta, ao revés, não pode proferir decisão contrária ao seu Órgão de Cúpula, cabendo unicamente ao Juiz do Trabalho, neste caso, suscitar conflito negativo de competência ao:

- STF, quando indicar como instâncias suscitadas o Tribunal Superior do Trabalho e o Juízo de Direito que outrora declinou de sua competência, consoante já vem sendo feito por alguns Juízes do Trabalho do TRT da 11ª Região, de que é exemplo o CC n. 7.224-5, Rel. Min. Carlos Britto, que já recebeu parecer do Excelentíssimo Procurador-Geral da República pelo seu não-conhecimento ou, se conhecido, pela sua procedência, com a remessa dos autos ao Juízo de Direito suscitado; ou

- STJ, quando o conflito não for suscitado em face do TST (Art. 105, I, d, da Carta Magna de 1988: ***“...conflitos de competência entre juízes vinculados a tribunais diversos;”***), a exemplo do referido no item 2 do presente estudo (CC 54.018-AM, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 26.09.2005), onde foi declarada a competência do Juízo suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Manaus.

Com efeito, a confirmação do desacerto das duas afirmações acima referidas é feita por decisões posteriormente proferidas pelos demais Ministros integrantes do Excelso Pretório, os quais, na análise de causas idênticas, vieram a dirimir os conflitos com a declaração de competência dos

magistrados estaduais de primeira instância, de que são exemplos os seguintes precedentes: AI 388.717/AM, Rel. Min. CEZAR PELUSO; AI 411.032/AM, Rel. Min. NELSON JOBIM; CC 7.197/AM, Rel. Min. CARLOS VELLOSO; CC 7.233/AM, Min. CELSO DE MELLO. Nestes precedentes, restaram confirmadas tanto a competência originária do STF para apreciar tais conflitos, quanto o entendimento daquela Corte de que a competência para julgar as questões relativas à relação jurídica dos servidores temporários é da Justiça Comum Estadual e não da Justiça Trabalhista.

Cumpre ressaltar, finalmente, que este posicionamento vem se mantendo no STF mesmo após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que, ao dar nova redação ao Art. 114 da Carta Constitucional, promoveu substancial ampliação da competência da Justiça do Trabalho, consoante se vê na decisão proferida pelo Ministro Carlos Velloso no **Conflito de Competência n. 7.186/AM** (DJ n. 46, de 9.03.2005, p. 12/13), *in verbis*:

“DECISÃO: - Vistos. A 1ª Turma do Eg. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, ao entendimento de que a contratação do reclamante, em caráter temporário e com fundamento na Lei estadual amazonense 1.674/54 (sic) afasta a competência da Justiça do Trabalho definida pelo art. 114 da Constituição Federal, conheceu do recurso de revista e, ao mérito, deu-lhe provimento, para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, nos termos da Súmula 123/TST e da Orientação Jurisprudencial 206/SDI, e determinar o envio dos autos à Justiça Comum do Estado do Amazonas (fls. 87-90). Por sua vez, a MMª JUÍZA DE DIREITO DA COMARCA DE BENJAMIN CONSTANT/AM, afirmando a incompetência para apreciar postulação referente a verbas rescisórias trabalhistas, bem como diante do cancelamento da Súmula 123/TST pela Resolução 121/TST, suscitou (fl. 100), perante o Supremo Tribunal Federal, conflito negativo de competência em face do Eg. Tribunal Superior do Trabalho.

O ilustre **Vice-Procurador-Geral de Justiça**, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, em parecer aprovado pelo eminente **Procurador-Geral da República**, Prof. Cláudio Fonteles, opina pela *'improcedência do conflito suscitado para que seja mantida a decisão proferida pelo TST em sede de recurso de revista, determinando-se o envio dos autos à Comarca de Benjamin Constant/AM'* (fl. 110). Autos conclusos em 25.02.2005.

Decido.

Em caso igual, AI 365.054-AgR/AM, proferi a seguinte decisão:

'(...)'.
'(...)'.

O Ministério Público traz ao debate a nova redação do art. 114 da CF, dada pela EC 45, de 2004. Todavia, decidindo a ADI 3.395-MC/DF, o eminente Ministro Nelson Jobim, Presidente da Corte Suprema, suspendeu, 'ad referendum', toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a '...apreciação... de causas que... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ela vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.'

Do exposto, julgo improcedente o conflito e declaro a competência, no caso, da MMª Juíza da Comarca de Benjamin Constant, Amazonas, mantido, destarte, o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho. Remetam-se os autos à MMª Juíza suscitante.

Publique-se.

Brasília, 03 de março de 2005.

Ministro CARLOS VELLOSO
- Relator -"

Consoante se vê, a única hipótese possível de procedência dos Conflitos seria naqueles suscitados por Juizes do Trabalho, perante o STJ, após receberam as causas que lhes forem enviadas pelos Juizes de Direito que declinam de

sua competência, mesmo assim para confirmar o entendimento, assente na Súmula 137 daquela Corte Superior, de que *"Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de servidor público municipal, pleiteando direitos relativos ao vínculo estatutário."*

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que não subsiste resultado útil aos interesses dos jurisdicionados tanto os conflitos de competência suscitados pelos Juízes de Direito ao STF quanto os suscitados pelos Juízes do Trabalho ao STF ou ao STJ, dependendo da presença ou não do TST no pólo passivo do incidente, respectivamente, já que o entendimento destas Cortes Superiores, que não o TST, consoante restou demonstrado à exaustão, já se encontra pacificado no sentido da competência da Justiça Comum dos Estados para processar e julgar os feitos em que figuram servidores submetidos ao *regime especial*.

Essa medida, inclusive, vai de encontro à moderna tendência do nosso ordenamento jurídico de conferir maior eficácia social (efetividade)⁸ ao livre exercício de ação por parte dos cidadãos, a exemplo da recente Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004), que, ao reafirmar certos direitos fundamentais já consagrados pela nossa Carta Magna, acrescentou o inciso LXXVIII ao Art. 5º do Comando Constitucional, vazado nos seguintes termos:

"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

⁸ De acordo com INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004, p. 27 e ss., a eficácia jurídica é pré-condição da eficácia social (efetividade), ressaltando que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica e do *status* jurídico que esta lhe atribui, ou, do contrário, faltar-lhe-ia a necessária cogência.

Concluimos o presente estudo na direção do ensinamento de **LUÍS ROBERTO BARROSO**⁹, segundo o qual *"a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios. Não se refere aqui apenas à vigência da regra, mas também, e sobretudo, à capacidade de relato de uma norma dar-lhe condições de atuação, isolada ou conjugada com outras normas. Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível. Mas esta seria uma situação anômala em que o Direito, como criação racional e lógica, usualmente não incorreria"*. Tendo o legislador constitucional feito a sua parte, agora incumbe aos nobres magistrados estaduais dar cumprimento ao comando constitucional em epígrafe, garantindo, desta maneira, a efetividade deste novel instrumento de cidadania.

7. REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. V. 3. São Paulo: F. Bastos, 1991.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente processual*. São Paulo: RT, 1991.

GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. V. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁹ O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson *et alii*. *código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V.1. e. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

OS AGRESSORES GRATUITOS DA CONSTITUIÇÃO

J. Bernado Cabral

Procurador do Estado Aposentado

Aquele que leia, sem paixão e preconceito, o texto da Constituição de 1988 poderá, descontados os naturais problemas de qualquer obra do homem, asseverar que se trata, sem dúvida, de diploma exemplar, profundamente renovador, à altura dos melhores que o constitucionalismo tem produzido, aí incluídas as justamente decantadas Constituições de Espanha e Portugal. Façamos breve ponderação a esse respeito.

O primeiro dado a destacar é de topografia, mas igualmente de conteúdo: o texto se instaura com a indicação dos princípios fundamentais, direitos individuais, garantias fundamentais e direitos sociais. Em vez da clássica exposição vestibular da estrutura do Estado e de seus Poderes, deu-se prevalência ao cidadão e ao trabalho: no dado geográfico, uma eleição ideológica. Aí está porque é ela, verdadeiramente, uma Constituição cidadã. E o exame sumário de seus Títulos reforça tal convicção. Vejamos alguns reflexos e conseqüências do texto constitucional:

1. a expressa consagração do respeito aos direitos humanos como princípio fundamental;

2. o alargamento das garantias fundamentais, com ênfase para o "habeas data", o mandado de injunção, a garantia do devido processo legal, o mandado de segurança coletivo, a imprescritibilidade de certos delitos gravíssimos, etc.);

3. a consagração constitucional dos direitos fundamentais do trabalhador, com particular referência ao fortalecimento do sindicato e à ampliação do direito de greve;

* Relator-Geral da Constituição de 1988; Consultor da Presidência da Confederação Nacional do Comércio (RJ)

4. a maior dimensão do sufrágio universal e do direito de votar e de ser votado;

5. a redefinição das competências normativas, conferindo aos Estados e ao Distrito Federal poderes jamais antes concedidos;

6. a atribuição ao Município de efetivos instrumentos de autonomia;

7. o fortalecimento e aumento de atribuições do Legislativo, que é a casa do povo, deslocando o Executivo da posição majestática, antes detida;

8. os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais conferidas às Comissões Parlamentares de Inquérito;

9. a reformulação da partilha tributária, de sorte a viabilizar a Federação;

10. o estabelecimento, pioneiro no patamar da Constituição, de clara e ordenada política urbana;

11. o regramento, voltado para os interesses da sociedade, do sistema financeiro nacional;

12. a elaboração, por vez primeira, de uma estrutura integral da seguridade social;

13. a total reformulação da disciplina fundamental da educação e da cultura, assentando a amplitude de seus fins e a generalização de seus beneficiários, priorizando o sistema público como destinatário dos recursos arrecadados da população;

14. os capítulos absolutamente inovadores e exemplares da comunicação social, ciência e tecnologia, desportos; o do meio ambiente, primeira consagração mundial em sede constitucional, com a dignidade de direito público subjetivo, de natureza difusa;

15. o combate sem trégua à corrupção, através do fortalecimento do Ministério Público;

16. a preocupação específica com o idoso, a criança, o adolescente e o índio, todos enfim justamente considerados como titulares de atenção especial;

17. a revalorização da família, com o reconhecimento de seu novo perfil e a abolição das discriminações entre os filhos;

18. o fim da censura;

REFORMAS – PAÍS INGOVERNÁVEL

Não é de hoje que reiteradamente se fala da necessidade de reformas e se atribui à Constituição de 1988 ter ela tornado o país ingovernável. E, de forma mais ácida, que “o único artigo irrecusável da Constituição era o que previa no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a revisão em cinco anos.”

Por oportuno, merece o problema da revisão alguns comentários. Ele surgiu de uma emenda de autoria do deputado Joaquim Beviláqua, com a justificativa de que – imitando, em parte, a Constituição Portuguesa – logo após a promulgação da Constituição, no ano seguinte, teríamos a eleição para Presidente da República, o que aconteceu. Restariam, ainda, três anos para concluir a legislação ordinária e complementar, isto é, quando se efetivasse a revisão das arestas, os senões, as imperfeições, o detalhismo, enfim, qualquer excesso, estariam todos corrigidos e ultrapassados. Infelizmente, as legislações ordinária e complementar não foram realizadas e a revisão não logrou êxito. Como se vê, os Constituintes de 88 tinham a mais absoluta razão de incluir esses cinco anos de decurso de prazo para a revisão.

Quanto à ingovernabilidade é um argumento que não se põe de pé, por algumas razões inarredáveis. A primeira delas é que o Presidente da República à época da promulgação da Constituição era o hoje Senador José Sarney, que concluiu o seu mandato até 15 de março de 1990, data em que assumiu o novo Presidente eleito, Fernando Collor. Este, afastado pelo “impeachment”, teve o restante do seu mandato cumprido pelo Vice, Itamar Franco. A seguir, os oito anos de mandado de Fernando Henrique Cardoso e, agora, há mais de três anos, o do Presidente Lula.

Ora, se o país fosse ingovernável – só para citar o período Collor – o vice não teria assumido, como aconteceu antes com o Vice Pedro Aleixo. Vale dizer: - deve-se à Constituição de 88 a vigência de um período democrático, sem paralelos, no Brasil.

Destarte, debitar-se à Constituição todos os equívocos – como se faz na atualidade – é esquecer o instante histórico em que ela foi elaborada, quando participaram da sua feitura políticos cassados, guerrilheiros, banidos, revanchistas, etc., que, sem dúvida, contribuíram para o detalhismo condenável, como se vê nas relações de trabalho e o papel do Estado na economia. Sem contar, à época, com a chamada dicotomia entre os regimes capitalistas e comunista.

Por outro lado – e essa é a validade que se tenta esconder – apesar de ser o Brasil uma Federação, as principais decisões sempre foram tomadas pelo Governo Central. Com a Constituição de 88, a Federação ficou restabelecida, inclusive com a possibilidade de o Estado-Membro legislar concorrentemente sobre um série de matérias e, o que é digno de destaque, dispor de recursos para por em prática sua administração.

Foi com a Constituição de 88 que se deu ênfase a descentralização administrativa, comprovando que o melhor governo é o que governa mais perto do cidadão, o qual poderá reclamar os seus direitos diretamente à Prefeitura ou ao Governo do Estado com a facilidade de que jamais dispôs em Brasília.

Assim, é que houve a elevação do percentual de arrecadação dos dois mais produtivos impostos federais: o imposto de renda e o imposto sobre produtos industrializados, destinados a integrar o Fundo de Participação dos Municípios e o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.

Para se ter uma idéia do progresso obtido com o aumento desses fundos, basta lembrar que até 1975 somente eram carregados para tais fundos apenas 10% dos referidos impostos. Eis aí o fortalecimento do Municipalismo ... o da Democracia. Ora, o Fundo Especial até a Constituição de 88 era de 2% (os IR e IPI). Com a nova Constituição foi aumentado para 3%, com destino específico para os Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste (art. 159, I, c).

É imperioso registrar que a perda do Poder Central foi político e não orçamentário, vez que o texto constitucional

determinou que a destinação das verbas orçamentárias a que tinham direito os Estados a eles fossem repassados diretamente, sem intermediário. Antigamente – e essa situação está voltando – os Prefeitos e Governadores iam ao Poder Central, como se costuma dizer, com “o pires na mão”, ou quando convocados pelo Presidente da República aos quais impunha que orientassem as suas bancadas no sentido de dar apoio ao que desejava o Poder Central.

Repito: - a situação está voltando porque o atual governo está imitando o anterior que carregou nos impostos indiretos e cumulativos como o COFINS, o PIS, a Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a CPMF e não fez o mesmo com os impostos diretos sobre a renda. Isto é: não há repasse para os Estados e Municípios.

MINICONSTITUINTE OU NOVO PACTO CONSTITUINTE

Já há numerosas declarações sobre a convocação de uma Constituinte restrita ou Mini-Constituinte, às quais – com o respeito que os seus defensores merecem – é necessário, senão indispensável, fazer algumas oposições.

Qual a semelhança entre o Brasil de hoje e o de 1964?

Vamos retroagir um pouco no tempo.

No primeiro semestre de 1964, sob os impulsos de um movimento popular, fruto ou não de equívoco, as forças Armadas, com o apoio, manipulado ou não, de significativa parcela da classe política (parlamentares, governadores e prefeitos), destituíram o Presidente da República e operaram lesões na ordem político-institucional vigente, através dos chamados atos institucionais.

Após um período de convivência da Constituição de 1946 com os atos institucionais, o Congresso Nacional foi chamado a institucionalizar o quadro jurídico resultante, através da elaboração da nova Constituição, que foi promulgada a 24 de janeiro de 1967 e entrou em vigor a 15 de março do mesmo ano.

Durou pouco e, no curto espaço de tempo de sua vigência, ouviram-se as primeiras vozes em favor da

convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, idéia que, informalmente, foi defendida, desde abril de 1964, pelo saudoso Senador pela Bahia Aluísio de Carvalho Filho. A idéia não prosperou, uma vez que a 13 de dezembro de 1968 o estamento militar impôs ao Presidente da República a edição do Ato Constitucional de nº. 5 que promoveu a completa ruptura político-institucional.

Eis aí o motivo forte de então para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte: a completa ruptura político-institucional. E dela decorreram todos as ações políticas que tiveram curso no País.

Como pois, no momento atual — apesar dos problemas econômicos — quem pode negar a existência de um tempo excepcional de liberdade e da plenitude do Estado de Direito?

É o que me leva a dotar opinião contrária ao chamado novo pacto constituinte.

Ademais, a doutrina consiste em ver a Constituição como lei-fundamental, onde se resguardam, acima e à margem das lutas de grupos e tendências, alguns poucos princípios básicos, que uma vez incorporados ao seu texto tornam-se indiscutíveis e insuscetíveis de novo acordo e nova decisão. Como não é todos os dias que uma comunidade política adota um novo sistema constitucional, ou assume um novo destino, cumpre extrair da Constituição tudo o que permite a sua virtualidade, ao invés de, a todo instante, modificar-lhe o texto, a reboque de interesses meramente circunstanciais.

CONCLUSÃO

Devo, agora, à guisa de consideração final, registrar que a memória da História presente não permite a quem quer que seja — nem ao mais competente nem ao mais arguto — agredir a verdade, como tentar induzir que esta Constituição de 1988 "precisa de uma lipoaspiração".

Muitos esquecem que ela foi conquistada pela sociedade brasileira que, com bravura, resistindo ou lutando contra o autoritarismo, tornou inevitável o advento da nova e renovadora ordem constitucional.

LEGISLAÇÃO

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 48, DE 03 DE JUNHO DE 2004.

Publicada no Diário Oficial do Estado de 16.06.2004.

(Errata - D. O. nº 30.441 de 13.08.04)

MODIFICA o § 2º do art. 46, o Inciso X do art. 71 e dá nova redação à Seção III do Capítulo VI do Título III da Constituição do Estado do Amazonas.

A MESA DIRETORA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo § 3.º do artigo 31 da Constituição do Estado, promulga a seguinte

EMENDA CONSTITUCIONAL:

Art. 1.º - O § 2º do art. 46 da Constituição do Estado do Amazonas passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 46

§ 2º - O Procurador Geral da Assembléia Legislativa será nomeado, em comissão, pelo Presidente do Poder Legislativo Estadual, dentre brasileiros maiores de 30 (trinta) anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, que sejam advogados, com pelo menos 8 (oito) anos de prática forense ou, em se tratando de Procuradores da Assembléia Legislativa, observada a mesma idade mínima, que tenham pelo menos 5 (cinco) anos de carreira".

Art. 2º - A Seção III do Capítulo VI do Título III da Constituição do Estado do Amazonas passa a vigorar com a seguinte redação:

"SEÇÃO III

DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Art. 94 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à defesa dos interesses

do Estado e à orientação jurídica da Administração Pública Estadual, como órgão superior de seu Sistema de Apoio Jurídico, vinculada direta e exclusivamente ao Governador, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

§ 1º - À Procuradoria Geral do Estado é assegurada autonomia funcional e administrativa.

§ 2º - Lei Complementar disporá sobre a organização da Procuradoria Geral do Estado, disciplinando sua competência e a dos órgãos que a compõem, e sobre o regime jurídico dos membros da carreira de Procurador do Estado.

Art. 95 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado, sem prejuízo de outras com estas compatíveis, na forma da Lei:

I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado;

II - prestar assessoria e consultoria em matéria de alta indagação jurídica aos órgãos e entidades do Poder Executivo, bem como aos Poderes Legislativo e Judiciário;

III - determinar a inscrição e promover o controle, a cobrança administrativa e judicial e o cancelamento da dívida ativa do Estado;

IV - fixar a interpretação das leis e promover a uniformização da jurisprudência administrativa entre órgãos e entidades do Poder Executivo;

V - assessorar o Governador no processo de elaboração de propostas de emendas constitucionais, anteprojeto de leis, vetos e atos normativos em geral;

VI - promover ações civis públicas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos;

VII - representar os interesses do Estado perante o Tribunal de Contas do Estado e demais órgãos de fiscalização financeira e orçamentária;

VIII - zelar pela observância dos princípios constitucionais impostos à Administração Pública, propondo a declaração de nulidade, a anulação ou a revogação de atos da Administração Pública Estadual.

Art. 96 - A direção superior da Procuradoria Geral do Estado compete ao Procurador-Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, auxiliado pelo Subprocurador-Geral do Estado, pelo Corregedor e pelos Subprocuradores-Gerais-Adjuntos do Estado.

§ 1.º - O Procurador-Geral do Estado será nomeado, em comissão, pelo Governador, dentre brasileiros maiores de 30 (trinta) anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, que sejam advogados, com pelo menos 8 (oito) anos de prática forense ou, em se tratando de Procuradores do Estado, observada a idade mínima, que tenham pelo menos 5 (cinco) anos de carreira, tendo direitos, prerrogativas e garantias de Secretário de Estado.

§ 2.º - O Subprocurador-Geral do Estado é o auxiliar direto e substituto, em suas faltas e impedimentos, do Procurador-Geral do Estado, sendo por este designado dentre os membros da carreira de Procurador do Estado.

§ 3.º - O Corregedor é nomeado pelo Governador para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, dentre os integrantes de lista triplíce que o Conselho de Procuradores do Estado constituir, exclusivamente com Procuradores do Estado de 1ª Classe em atividade.

§ 4.º - Os Subprocuradores-Gerais-Adjuntos do Estado são auxiliares do Procurador-Geral do Estado, sendo por este designados dentre membros de carreira de Procurador do Estado, competindo-lhes o desempenho de atribuições expressamente especificadas e, mediante ato próprio, a substituição do Subprocurador-Geral do Estado em suas faltas e impedimentos.

Art. 97 - O Conselho de Procuradores do Estado é o órgão de deliberação superior da Procuradoria Geral do Estado em matéria de interesse da instituição ou dos membros da carreira de Procurador do Estado.

Parágrafo único - Compõem o Conselho de Procuradores do Estado os titulares dos cargos mencionados no caput do artigo anterior e os Procuradores-Chefes, como membros natos, e um representante de cada

classe da carreira, eleitos pelos respectivos integrantes, com mandato bienal, permitida uma recondução.

Art. 98 - As funções da Procuradoria Geral do Estado são exercidas, privativamente, pelo Procurador-Geral do Estado e pelos Procuradores do Estado, estes organizados em carreira regida por estatuto próprio.

Art. 99 - O cargo de Procurador do Estado, privativo de advogado, é provido, na classe inicial, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, organizado e realizado pela Procuradoria Geral do Estado, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases.

Art. 100 - São garantias dos Procuradores do Estado, além de outros direitos que visem à melhoria das condições de desempenho de suas atribuições funcionais:

I - prerrogativas inerentes à advocacia;

II - independência na formulação e expressão da opinião técnico-jurídica em parecer ou despacho de seu ofício;

III - faculdade de requisitar de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública informações escritas, exames, esclarecimentos e diligências necessárias ao cumprimento de suas funções;

IV - estabilidade, após 3 (três) anos de efetivo exercício, mediante a avaliação prevista no parágrafo único do artigo 132 da Constituição Federal, não podendo serem demitidos senão por decisão judicial irrecorrível;

V - julgamento perante o Tribunal de Justiça nos casos em que forem acusados de infrações penais comuns, ressalvadas as competências previstas na Constituição Federal;

VI - estímulos irredutíveis, limitados ao previsto no inciso XI, parte final, do artigo 37 da Constituição Federal;

VII - vencimentos com diferença nunca superior a 10% (dez por cento) entre os de uma classe e outra.

Art. 101 - Para fins de atuação uniforme e coordenada, vinculam-se à Procuradoria Geral do Estado, constituindo o Sistema de Apoio Jurídico da Administração Pública Estadual, as consultorias e assessorias jurídicas das entidades

autárquicas e das fundações mantidas pelo Estado, bem como, na forma da Lei, os serviços jurídicos de outros entes de que o Estado participe”.

Art. 3º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

PAÇO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 03 de junho de 2004.

Deputado LINO CHÍXARO
Presidente

Deputado BELARMINO LINS
1º Vice-Presidente

Deputado LIBERMAN MORENO
2º Vice-Presidente

Deputado SINÉSIO CAMPOS
3º Vice-Presidente

Deputado WASHINGTON RÉGIS
Secretário Geral

Deputado MARCOS ROTTA
2º Secretário

Deputado ARTHUR BISNETO
3º Secretário

Deputado WALLACE SOUZA
Corregedor/Ouvidor Geral

LEI Nº 1.639, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1983

Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado

O GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS,

FAÇO SABER a todos os habitantes que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a presente

LEI :

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

Disposição Preliminar

Art. 1º - Esta Lei reorganiza a Procuradoria Geral do Estado - PGE, define sua competência e a dos órgãos que compõem sua estrutura básica, dispõe sobre o Estatuto do Procurador do Estado e dá outras providências.

TÍTULO II

DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CAPÍTULO I¹

Da Competência

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 - exercer, privativamente, ativa e passivamente, a representação judicial e extrajudicial do Estado nos assuntos jurídicos de seu interesse, em qualquer juízo ou instância;

II - prestar assessoria e consultoria em matéria de alta indagação jurídica aos órgãos e entidades do Poder Executivo, bem como aos Poderes Legislativo e Judiciário;²

III - 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;

IV - determinar a inscrição e promover o controle, a cobrança administrativa e judicial e o cancelamento da dívida ativa do Estado, bem como atuar em todos os feitos judiciais em que haja interesse fiscal do Estado;²

V - fixar a interpretação das leis, promover a uniformização da jurisprudência administrativa e solucionar as divergências jurídico-administrativas entre os órgãos e entidades do Poder Executivo;²

VI - patrocinar as ações de inconstitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas pelo Governador do Estado e acompanhar todas aquelas que envolvam o interesse do Estado do Amazonas;

VII - intervir como assistente em todas as ações populares, no pólo processual em que, a seu juízo, se situe o interesse público inerente à demanda;

VIII - elaborar, quando solicitada, minutas de informações nos mandados de segurança em que figurem como impetrados o Governador, Secretários de Estado e demais autoridades da Administração Direta;

IX - promover ações civis públicas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, ou a intervenção do Estado em ações dessa natureza;²

X - assessorar o Governador do Estado no processo de elaboração de propostas de emendas constitucionais, anteprojetos de lei, vetos e atos normativos em geral;²

XI - 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;

XII - representar e defender os interesses do Estado junto ao órgão de recursos fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda;

XIII - representar e defender os interesses do Estado perante os Tribunais de Contas e demais órgãos de fiscalização financeira e orçamentária;

XIV - promover a regularização dos títulos de propriedade do Estado, à vista de elementos fornecidos pelos serviços competentes;

XV - opinar, em instância superior, sobre questões que digam respeito à regulação jurídica do pessoal civil e militar da Administração Estadual;

XVI - elaborar e aprovar, previamente, por intermédio de sua Procuradoria Especializada, as minutas-padrão dos contratos, convênios, ajustes, acordos, consórcios, demais negócios e seus aditamentos celebrados com a Administração Direta, Autárquica e Fundacional;²

XVII - opinar previamente em todos os processos e expedientes que tenham por objeto os bens imóveis e direitos que integram ou possam vir a integrar o patrimônio do Estado;

XVIII - celebrar, com órgãos e entidades, convênios ou acordos que tenham por objeto a troca de informações e o exercício de atividades de interesse comum, bem como o aperfeiçoamento e a especialização dos Procuradores do Estado;

XIX - manifestar-se, previamente, por intermédio de sua Procuradoria Especializada, em todos os Compromissos de Ajustamento de Conduta envolvendo a proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a serem firmados pela Administração Direta, Autárquica e Fundacional, na condição de obrigadas, recomendando ou não a celebração do ajuste;²

XX - patrocinar, mediante solicitação motivada, a defesa judicial e extrajudicial dos Chefes dos Poderes do Estado quanto a atos praticados no exercício regular de suas competências constitucionais e legais, desde que evidenciados interesse público e pertinência institucional, podendo, na defesa desses agentes, impetrar habeas corpus e mandado de segurança, pedir direito de resposta, interpelar, promover ação penal privada e representar perante o Ministério Público, quando vítimas de crime em razão do exercício de suas atribuições;³

XXI - exercer quaisquer outras funções compatíveis com sua competência.³

§ 1º - Integram o Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual, a que se refere o "caput" deste artigo:

I - os serviços jurídicos dos órgãos da Administração Direta, das autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - os serviços jurídicos das empresas públicas, das sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas com participação do Estado, assim como suas respectivas subsidiárias e, ainda, as concessionárias e permissionárias do serviço público estadual.

§ 2º - Os Serviços referidos no inciso I do parágrafo anterior são subordinados tecnicamente à Procuradoria Geral do Estado, sendo sujeitos à orientação e à supervisão técnico-jurídica desta os mencionados no inciso II, no que couber.

§ 3º - No cumprimento da subordinação técnica a que se refere o parágrafo anterior, os Serviços mencionados no inciso I do § 1º observarão os seguintes procedimentos:

I - remessa à Procuradoria Geral do Estado, até o décimo dia útil do mês subsequente, de relatório mensal a respeito das questões judiciais ou extrajudiciais nas quais figurem como parte;

II - remessa à Procuradoria Geral do Estado, no prazo de 10 (dez) dias contadas da citação, de cópia das iniciais das ações em que as respectivas entidades figurem como réus e das minutas das defesas a serem apresentadas, para eventual adequação destas às teses jurídicas do órgão superior do Sistema;

§ 4º - Terão natureza vinculante, e serão de observância obrigatória, as recomendações que a Procuradoria Geral do Estado fizer no sentido do disposto no inciso II do parágrafo anterior.

§ 5º - A Procuradoria Geral do Estado, sempre que o interesse público o exigir, assumirá a representação judicial de autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

§ 6º - Para a elaboração de minutas em mandados de segurança, as autoridades impetradas, com a respectiva solicitação, remeterão à Procuradoria Geral do Estado, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas contados do recebimento da notificação, cópia da inicial, dos documentos que a instruírem e da decisão do juiz, bem como toda documentação e informações necessárias às providências a serem tomadas para eventual suspensão e defesa do ato impugnado.

§ 7.º - Aos serviços jurídicos dos órgãos da Administração Direta compete, no correspondente âmbito:³

I - assessorar as autoridades máximas do órgão, especialmente no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por elas praticados;

II - examinar, prévia e conclusivamente:

a) os textos de editais de licitação e os dos seus respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem celebrados e publicados;

b) os atos pelos quais se declarará a inexigibilidade ou a dispensa de licitação;

c) os textos dos termos de convênio, ajustes, acordos, consórcios, demais negócios e seus aditamentos a serem celebrados, respeitadas as minutas-padrão previamente aprovadas pela Procuradoria Geral do Estado.

§ 8.º - Às Procuradorias Jurídicas das autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público compete, no correspondente âmbito:³

I - a representação judicial e extrajudicial;

II - as atividades de consultoria e assessoria descritas no parágrafo anterior.

Art. 3º - Os pronunciamentos da Procuradoria Geral do Estado nos processos submetidos a seu exame e parecer esgotam a apreciação da matéria no âmbito da Administração Estadual, deles só podendo discordar o Governador do Estado.

§ 1º - Os pareceres aos quais o Governador do Estado conferir caráter normativo e as orientações normativas serão publicados no Diário Oficial e obrigarão a todos os órgãos e entidades do Poder Executivo.

§ 2º - As ementas dos pareceres aprovados pelo Procurador-Geral e os respectivos despachos serão divulgados em boletim até 30 (trinta) dias após serem emitidos, para conhecimento e orientação dos órgãos do Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual.

§ 3º - Salvo quando emitida por Procurador do Estado em atividade na Procuradoria Geral do Estado, é vedada qualquer apreciação jurídica em processo administrativo já examinado pela Instituição.

§ 4º - Os processos originários dos entes da Administração Direta, Autárquica e Fundacional que disponham de serviço jurídico próprio somente serão examinados pela Procuradoria Geral do Estado quando, sucessivamente:

I - tenham sido instruídos e examinados pelo respectivo serviço jurídico, com análise do mérito da questão suscitada, seja qual for o assunto;

II - contenham manifestação conclusiva e fundamentada do órgão técnico competente para apreciar a matéria.

§ 5º - Os entes da Administração Direta, Autárquica e Fundacional que não possuam serviço jurídico submeterão os processos de seu interesse à manifestação do órgão competente para apreciar tecnicamente a matéria, antes da audiência da Procuradoria Geral do Estado.

§ 6º - São dispensados das exigências dos parágrafos 4º e 5º:

I - processos encaminhados pelo Governador do Estado;

II - as consultas formuladas por Secretário de Estado ou dirigente principal de autarquia ou fundação;

III - os processos de audiência obrigatória da Procuradoria Geral do Estado.

CAPÍTULO II¹

DA ORGANIZAÇÃO

SEÇÃO I

Da Estrutura

Art. 4º - A Procuradoria Geral do Estado tem a seguinte estrutura básica:

I - ÓRGÃO DE DELIBERAÇÃO SUPERIOR:

. Conselho de Procuradores do Estado

II - ÓRGÃOS DE DIREÇÃO SUPERIOR:²

a) Procurador-Geral do Estado

b) Subprocurador-Geral do Estado

c) Subprocuradores-Gerais-Adjuntos do Estado

d) Corregedor

III - ÓRGÃOS DE ASSESSORAMENTO E DE ASSISTÊNCIA:

. Assessoria Especial

. Coordenadoria de Assuntos do Gabinete

IV - ÓRGÃOS DE ATIVIDADES-FIM:

. Procuradoria Administrativa

. Procuradoria Judicial Comum

. Procuradoria do Pessoal Estatutário

. Procuradoria do Pessoal Temporário

. Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário

. Procuradoria do Meio Ambiente

. Procuradoria do Contencioso Tributário

. Procuradoria da Dívida Ativa e Cobrança Extrajudicial

. Procuradoria do Estado no Distrito Federal

V - ÓRGÃOS DE ATIVIDADES-MEIO:

. Centro de Estudos Jurídicos

. Coordenadoria de Articulação do Sistema de Apoio Jurídico

. Coordenadoria de Pesquisa Jurídica

. Coordenadoria Administrativa e Financeira

Parágrafo único - A complementação da estrutura fixada por este artigo e a definição das competências não dispostas nesta Lei serão estabelecidas por ato do Chefe do Poder Executivo.

SEÇÃO II**Do Órgão de Deliberação Superior**

Art. 5º - O Conselho de Procuradores do Estado é o órgão de consulta e de deliberação coletiva em matéria de interesse da Procuradoria Geral do Estado e da categoria dos Procuradores do Estado, tendo a seguinte composição:

I – Membros natos:²

- a) o Procurador-Geral do Estado, que o presidirá;
- b) o Subprocurador-Geral do Estado;
- c) os Subprocuradores-Gerais-Adjuntos do Estado;
- d) o Corregedor;
- e) os Procuradores-Chefes.

II – Membros eleitos, em número correspondente a um por classe da carreira de Procurador do Estado, com mandato bienal, permitida a recondução na eleição subsequente.²

§ 1º - Substituirão os membros eleitos em seus afastamentos, e lhes completarão o mandato em caso de vacância, os respectivos suplentes eleitos na mesma ocasião e pela forma dos titulares.

§ 2º - Na hipótese de o suplente substituir o titular em caráter definitivo, será procedida nova eleição de suplente, na forma prevista no Regimento Interno do Conselho.

§ 3º - Extinguir-se-á o mandato do Conselheiro que afastar-se do exercício do cargo de Procurador do Estado nas hipóteses dos incisos IV, VI, VII, VIII, XI e XIII do art. 60.

§ 4º - A extinção do mandato prevista no parágrafo anterior ocorrerá no momento do afastamento do Procurador do Estado do exercício do cargo.

§ 5º - Exercerá a Secretaria do Conselho um Secretário símbolo AD-2, nomeado em comissão pelo Procurador-Geral do Estado, dentre os Procuradores do Estado que não façam parte da composição do Conselho.²

§ 6º - O Conselho de Procuradores do Estado reunir-se-á ordinariamente, independentemente de convocação, duas vezes por mês, na forma regimental, e extraordinariamente, quando convocado:

- I – pelo Procurador-Geral do Estado;
- II – pela maioria absoluta de seus membros;
- III – por 1/3 (um terço) dos Procuradores do Estado em atividade.

§ 7º - Nas faltas e impedimentos do Procurador-Geral do Estado, as reuniões do Conselho serão presididas pelo

Subprocurador-Geral que, ausente, será substituído pelo Subprocurador-Geral-Adjunto presente mais idoso e na deste, pelo membro com maior tempo de serviço na Procuradoria Geral do Estado.²

SEÇÃO III **Dos Órgãos de Direção Superior**

Art. 6º - A Procuradoria Geral do Estado será dirigida pelo Procurador-Geral do Estado, auxiliado pelo Subprocurador-Geral do Estado, pelo Corregedor e por 2 (dois) Subprocuradores-Gerais-Adjuntos do Estado.²

§ 1º - O Procurador-Geral do Estado será nomeado, em comissão, pelo Governador, dentre os Procuradores do Estado com pelo menos 5 (cinco) anos de carreira, ativos ou inativos, ou dentre brasileiros, em geral, que sejam advogados com pelo menos 10 (dez) anos de prática forense, notável saber jurídico e reputação ilibada, e tem direitos, garantias e prerrogativas de Secretário de Estado.²

§ 2º - O Subprocurador-Geral do Estado é o auxiliar direto e substituto, em suas faltas e impedimentos, do Procurador-Geral do Estado, sendo por este designado dentre os membros da carreira de Procurador do Estado, e tem direitos, garantias e prerrogativas de Subsecretário de Estado ou equivalente.²

§ 3º - O Corregedor, com remuneração correspondente à de Secretário Executivo Adjunto, será nomeado pelo Governador para mandato de 02 (dois) anos, permitida uma recondução, dentre os integrantes de lista triplíce que o Conselho de Procuradores do Estado constituirá exclusivamente com Procuradores do Estado de 1ª Classe em atividade ou inativos de classe igual.²

§ 4º - O Corregedor será substituído em suas faltas e impedimentos por um Procurador do Estado de 1ª Classe em atividade, por ele indicado e designado pelo Procurador-Geral.

§ 5º - Os Subprocuradores-Gerais-Adjuntos do Estado, com remuneração correspondente à de Secretário Executivo Adjunto, são auxiliares do Procurador-Geral do

Estado, sendo por este designados dentre os membros da carreira de Procurador do Estado.³

SEÇÃO IV

Dos Órgãos de Assessoramento e de Assistência

Art. 7º - A Assessoria Especial e a Coordenadoria de Assuntos do Gabinete são órgãos de apoio ao Procurador-Geral do Estado e ao Subprocurador-Geral.

§ 1º - Os integrantes da Assessoria Especial serão nomeados em comissão pelo Procurador-Geral do Estado dentre bacharéis em Direito.²

§ 2º - A Coordenadoria de Assuntos do Gabinete será dirigida por um Coordenador, símbolo AD-1, nomeado em comissão pelo Procurador-Geral do Estado.²

§ 3º - A Assessoria Especial será dirigida por um Assessor Chefe, a ser designado pelo Procurador-Geral do Estado dentre os Procuradores do Estado ativos ou inativos.²²

SEÇÃO V

Dos Órgãos de Atividades-Fim e de Atividades-Meio

Art. 8º - Os órgãos de atividades-fim e de atividades-meio serão dirigidos por Procuradores-Chefes e por Coordenadores, respectivamente.

§ 1º - Os Procuradores-Chefes e os Coordenadores do Centro de Estudos Jurídicos e da Coordenadoria de Articulação do Sistema serão designados por ato do Procurador-Geral do Estado dentre Procuradores do Estado em atividade.

§ 2º - O Coordenador de Pesquisa Jurídica e o Coordenador Administrativo e Financeiro, símbolo AD-1, serão nomeados em comissão pelo Procurador-Geral do Estado.²

§ 3º - Os Procuradores-Chefes e os Coordenadores do Centro de Estudos Jurídicos e da Coordenadoria de Articulação do Sistema serão auxiliados por Secretarias, dirigidas por Chefes, nomeados em comissão pelo Procurador-Geral do Estado, preferencialmente entre bacharéis em Direito.²

CAPÍTULO III¹
DAS COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES
SEÇÃO I
Do Conselho de Procuradores do Estado

Art. 9º - Ao Conselho de Procuradores, além de outras atribuições que lhe forem conferidas no regimento interno próprio, compete:

I - decidir, por solicitação do Procurador-Geral do Estado ou do Corregedor, sobre a instauração de sindicância ou de processo administrativo, para apuração de infração funcional imputada a Procurador de Estado;

II - deliberar sobre qualquer matéria de interesse da Procuradoria Geral do Estado, quando solicitado o seu pronunciamento pelo Procurador-Geral do Estado, pela maioria absoluta de seus membros ou por 1/3 (um terço) dos membros da categoria em atividade;

III - dirimir quaisquer dúvidas atinentes à competência dos órgãos da Procuradoria Geral do Estado;

IV - aprovar os regulamentos dos concursos para provimento dos cargos de Procurador do Estado, bem como a composição das comissões organizadoras e examinadoras;

V - sugerir ao Procurador-Geral medidas atinentes à melhoria dos serviços da Procuradoria, em qualquer de seus setores;

VI - aprovar o Plano Anual de Aperfeiçoamento dos Procuradores do Estado apresentado pelo Centro de Estudos Jurídicos;

VII - julgar, em primeira instância, recursos dos Procuradores do Estado sobre medida disciplinar aplicada a estes pelo Procurador-Geral do Estado;

VIII - opinar sobre promoções na série de classes de Procurador do Estado, organizando as listas de classificação por merecimento e antiguidade, julgando reclamações e recursos eventualmente interpostos;

IX - deliberar sobre a forma e critérios para o recrutamento de estagiários para a Procuradoria Geral do Estado;

X - votar o seu próprio regimento, dirimir dúvidas sobre sua interpretação e resolver casos omissos.

Parágrafo único - É da competência exclusiva do Conselho de Procuradores do Estado a interpretação final, na esfera administrativa, das normas desta Lei.

SEÇÃO II

Do Procurador-Geral do Estado

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

I - dirigir e representar a Procuradoria Geral do Estado, bem como superintender o Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual;

II - receber citações iniciais, notificações, intimações ou comunicações referentes a quaisquer ações ou processos ajuizados contra o Estado ou nos quais a Procuradoria Geral do Estado deva intervir;

III - assessorar o Governador do Estado, direta e pessoalmente, em assuntos de natureza jurídica, exarando pareceres ou propondo normas, medidas e diretrizes;

IV - propor ao Governador e aos Secretários de Estado providências de natureza jurídico-administrativa reclamadas pelo interesse público, inclusive a declaração de nulidade ou a revogação de atos da Administração Estadual;

V - pronunciar-se nas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Tribunal de Justiça, defendendo, quando for o caso, a norma legal ou o ato normativo objeto da impugnação;

VI - recomendar ao Governador do Estado a propositura de ação direta de inconstitucionalidade ou a representação ao órgão competente para propositura de ação declaratória de constitucionalidade;

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 inter-postos e a não-execução de julgados em favor do

Estado, quando tais medidas forem contra-indicadas ou houver indícios de que resultarão infrutíferas;

VIII - reconhecer, mediante delegação de competência do Governador do Estado, a procedência do pedido, autorizar transação, acordo, compromisso, confissão e renúncia e dar quitação nas ações em que o Estado figure como parte;

IX - determinar a propositura das ações e medidas necessárias à defesa e ao resguardo dos interesses do Estado;

X - avocar, quando assim o exigir o interesse público, o exame de quaisquer atos negociais ou de processos administrativos ou judiciais relacionados com o Estado, e assumir a sua defesa, se necessário;

XI - propor ao Governador do Estado que confira caráter normativo a parecer emitido pela Procuradoria Geral do Estado;

XII - aprovar as orientações normativas da Procuradoria Geral do Estado;

XIII - manifestar-se sobre todos os pareceres emitidos pelos Procuradores do Estado, aprovando-os total ou parcialmente ou rejeitando-os;

XIV - decidir todos os processos relativos aos interesses da Procuradoria Geral do Estado, respeitada a competência do Conselho de Procuradores do Estado;

XV - aprovar o Regimento Interno da Procuradoria Geral do Estado;

XVI - expedir os atos de lotação e designações dos Procuradores do Estado, bem como os atos de nomeação para cargos em comissão dos Procuradores do Estado e servidores administrativos da Procuradoria Geral;²

XVII - aplicar sanções disciplinares aos integrantes da carreira de Procurador do Estado e aos servidores administrativos da Procuradoria Geral, salvo as de demissão, cassação de aposentadoria e cassação de disponibilidade;

XVIII - executar e fazer cumprir as decisões do Conselho de Procuradores do Estado;

XIX - determinar, ouvido o Conselho de Procuradores do Estado, a realização de concursos para provimento de cargos de Procurador do Estado e homologar seus resultados;

XX - avocar o exame de assunto de competência de qualquer órgão da Procuradoria Geral do Estado, ressalvada a competência do Conselho de Procuradores do Estado;

XXI - determinar correição de natureza técnica nos órgãos integrantes do Sistema de Apoio Jurídico da Administração do Estado;

XXII - referendar os atos e decretos assinados pelo Governador do Estado que se relacionarem com a sua área de atribuições.

§ 1.º - O Procurador-Geral poderá delegar atribuições de sua competência ao Subprocurador-Geral, aos Subprocuradores-Gerais-Adjuntos ou aos Procuradores-Chefes.²

§ 2º - Fica dispensada a autorização do Governador prevista nos incisos VII e VIII deste artigo quando o valor da causa ou do acordo, conforme o caso, for inferior a 1.000 (um mil) salários mínimos.

SEÇÃO III

Do Subprocurador-Geral do Estado e dos Subprocuradores-Gerais-Adjuntos do Estado⁴

Art. 11 - Ao Subprocurador-Geral do Estado, sem prejuízo de outras atribuições, compete:¹

I - substituir automaticamente o Procurador-Geral do Estado em seus impedimentos, ausências temporárias, férias, licenças ou afastamentos ocasionais;

II - responder pelo expediente da Procuradoria Geral do Estado no caso de vacância do cargo superior, até nomeação de novo titular,

III - coadjuvar o Procurador-Geral do Estado no exercício das atribuições previstas no artigo anterior, especialmente:

a) no recebimento, por delegação, das citações iniciais;

b) na distribuição, aos órgãos de atividades-fim, dos processos administrativos encaminhados à Procuradoria Geral do Estado;

c) na apreciação dos pareceres emitidos pelos órgãos de atividades-fim;

IV - prestar assistência direta ao Procurador-Geral do Estado;

V - prover, de acordo com as disponibilidades orçamentárias e financeiras, as necessidades de pessoal e material dos órgãos de atividades-fim e atividades-meio, recomendando-lhes também as medidas necessárias à racionalização, à eficiência e à perfeição dos serviços próprios;

VI - expedir os atos de lotação dos servidores da Procuradoria Geral do Estado;

VII - aplicar as leis referentes a direitos e vantagens dos Procuradores do Estado e dos servidores da Procuradoria Geral do Estado;

VIII - adotar as providências necessárias ao desempenho das atividades de ordenador de despesa.

Art. 11-A - Aos Subprocuradores-Gerais-Adjuntos do Estado, sem prejuízo de outras atribuições, compete:⁵

I - substituir, mediante ato específico do Procurador-Geral do Estado, o Subprocurador-Geral do Estado em seus impedimentos, ausências temporárias, férias, licenças ou afastamento ocasionais;⁵

II - prestar assistência direta ao Procurador-Geral do Estado no desempenho de atribuições expressamente especificadas e de outras que lhes forem cometidas.⁵

SEÇÃO IV

Da Corregedoria

Art. 12 - À Corregedoria, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:¹

I - fiscalizar, por meio de inspeções e correições, as atividades dos órgãos institucionais e dos Procuradores do Estado, sugerindo as medidas recomendáveis ou necessárias à racionalização e eficiência dos serviços.

II - receber e encaminhar ao Conselho de Procuradores do Estado as representações que lhe forem dirigidas relativamente à atuação dos Procuradores do Estado;

III – coligir periodicamente elementos e emitir relatórios circunstanciados sobre a conduta e desempenho dos membros da carreira de Procurador do Estado, para o fim de subsidiar a avaliação do estágio probatório e promoção por merecimento;²

IV - expedir, mediante aprovação do Procurador-Geral, provimento visando à simplificação e ao aprimoramento dos serviços técnico-jurídicos da Procuradoria Geral do Estado;

V – acompanhar, obrigatoriamente, as sindicâncias e processos administrativos disciplinares instaurados na forma do art. 98 desta Lei, sendo notificado de todos os atos do respectivo procedimento e manifestando-se conclusivamente antes da apresentação do relatório ao Conselho de Procuradores do Estado.

SEÇÃO V

Da Procuradoria Administrativa

Art. 13 – À Procuradoria Administrativa, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - estudar e definir questões de Direito Administrativo e Constitucional submetidas à Procuradoria Geral do Estado, ressalvadas as matérias de competência das outras Procuradorias;²

II - exercer as funções de superior assessoria e consultoria dos órgãos da Administração Estadual em matéria de Direito Administrativo de alta indagação, observada a ressalva do inciso anterior;

III - elaborar e aprovar, previamente, as minutas-padrão dos contratos, convênios, ajustes, acordos, consórcios, demais negócios e seus aditamentos celebrados com a Administração Direta, Autárquica e Fundacional, bem como elaborar minutas de decretos, ressalvadas as competências de outras Especializadas;²

IV - representar e defender os interesses do Estado perante os Tribunais de Contas e demais órgãos de fiscalização financeira e orçamentária em matéria de sua competência;

V - opinar em todos os processos administrativos nos quais seja obrigatória a intervenção da Procuradoria Geral do Estado, ressalvadas as matérias de competência das outras Procuradorias;

VI - propor, no âmbito de sua especialidade, orientações normativas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado.

VII - representar o Estado ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância, em todas as ações ou feitos que, em caráter principal, incidental ou acessório, versem sobre licitações e contratos administrativos.³

§ 1.º - Na elaboração e celebração dos instrumentos de que trata o inciso III deste artigo, a Administração Direta, Autárquica e Fundacional deverá, obrigatoriamente, adotar as minutas-padrão previamente aprovadas pela Procuradoria Geral do Estado.³

§ 2.º - Na hipótese de não haver minuta-padrão instituída ou aprovada, as minutas de contratos, convênios, acordos, ajustes, consórcios, outros instrumentos congêneres e aditamentos deverão ser submetidas à prévia aprovação da Procuradoria Geral do Estado.³

SEÇÃO VI

Da Procuradoria Judicial Comum

Art. 14 - À Procuradoria Judicial Comum, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - representar o Estado, ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância, em todas as ações ou feitos de qualquer natureza que não se enquadrem na competência de outras Procuradorias;

II - minutar, quando a Procuradoria Geral do Estado for solicitada, informações em mandados de segurança;

III - representar a Fazenda Pública do Estado na execução de sua dívida ativa não-tributária que não se enquadre na competência de outras Procuradorias;

IV - opinar em quaisquer processos ou expedientes judiciais ou administrativos pertinentes à matéria de sua competência, observado, no que couber, o disposto no § 4º do art. 3º.

SEÇÃO VII

Da Procuradoria do Pessoal Estatutário

Art. 15 – À Procuradoria do Pessoal Estatutário, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - opinar em quaisquer processos ou expedientes administrativos que digam respeito à regulação jurídica da-queles que prestam ou tenham prestado serviços ao Estado sob regime estatutário;

II - opinar em quaisquer processos ou expedientes administrativos que envolvam pretensões de ingresso no serviço público estadual, sob regime estatutário;

III - opinar, antes de submetidos ao Governador do Estado, nos processos administrativos disciplinares cujas conclusões proponham penalidades de demissão, cassação de aposentadoria, cassação de disponibilidade ou destituição de cargo comissionado, bem como nos correspondentes recursos e pedidos de reconsideração e revisão que forem dirigidos ao Chefe do Poder Executivo;

IV – participar, quando a Procuradoria Geral do Estado for solicitada, da elaboração de projetos de lei, decretos, regulamentos e outros atos normativos que tenham por objeto matéria relativa a pessoal estatutário;

V - prestar orientação, no âmbito de suas atribuições, aos Serviços jurídicos dos demais órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundações estaduais, quando solicitada;

VI - propor, no âmbito de sua especialidade e na forma regulamentar, orientações normativas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado.

Parágrafo único – Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a manifestação da Procuradoria do Pessoal Estatutário condiciona-se à observância do disposto no § 4º do art. 3º.

SEÇÃO VIII

Da Procuradoria do Pessoal Temporário

Art. 16 – À Procuradoria do Pessoal Temporário, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - representar judicialmente o Estado nos litígios que digam respeito a direitos e vantagens do pessoal temporário, de qualquer regime jurídico;

II – opinar em quaisquer processos e expedientes administrativos pertinentes ao pessoal temporário, observado o disposto no § 4º do art. 3º.

III - prestar orientação, no âmbito de suas atribuições, aos Serviços jurídicos dos demais órgãos da Administração Direta, autarquias e fundações estaduais, quando solicitada;

IV - propor, no âmbito de sua especialidade e na forma regulamentar, orientações normativas para uniformização da jurisprudência administrativa do Estado.

SEÇÃO IX

Da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário

Art. 17 - À Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - representar o Estado ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância, em todas as ações ou feitos que, em caráter principal, incidental ou acessório, versem sobre direitos reais ou possessórios ou que, de qualquer modo, digam respeito aos bens que integram ou que possam vir a integrar o patrimônio imobiliário e fundiário do Estado, ressalvada a competência da Procuradoria do Meio Ambiente;

II - promover as ações discriminatórias, demarcatórias, divisórias ou quaisquer outras medidas que visem à regularização, proteção e garantia do domínio e posse do patrimônio imobiliário e fundiário do Estado e demais bens de sua propriedade;

III - promover, por via amigável ou judicial, as desapropriações de interesse do Estado;

IV - manifestar-se previamente em todos os procedimentos administrativos atinentes à alienação, gravames, oneração, cessão, doação, arrendamento e quaisquer outras formas de transferência ou utilização de bens imobiliários e fundiários pertencentes ao Estado;

V - representar o Estado em todos os atos extrajudiciais, especialmente nos notariais, pertinentes à alienação, aquisição, oneração e transferência de bens do patrimônio imobiliário e fundiário do Estado;

VI - arrecadar os bens imóveis vacantes;

VII - estudar e definir as questões de Direito Imobiliário e Fundiário submetidas à Procuradoria Geral do Estado;

VIII - opinar em quaisquer processos e expedientes administrativos pertinentes a matéria de sua competência, observado o disposto no § 4º do art. 3º;

IX - realizar e desenvolver outras atividades de apoio ao Procurador Geral do Estado nos assuntos de natureza normativa relacionados com o patrimônio imobiliário e fundiário.

SEÇÃO X

Da Procuradoria do Meio Ambiente

Art. 18 - À Procuradoria do Meio Ambiente, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - representar o Estado ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância, em todas as ações ou feitos que, em caráter principal, incidental ou acessório, versem sobre questões ambientais, especialmente sobre prevenção e reparação de danos ao meio ambiente e ao patrimônio de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico do Estado;

II - manifestar-se previamente nos processos administrativos de criação, demarcação e redemarcação de espaços territoriais especialmente protegidos, notadamente os que disserem respeito a unidades de conservação e terras indígenas;

III - manifestar-se obrigatoriamente em todas as fases dos processos de licenciamento ambiental estadual que exijam

a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental-EPIA e Relatório de Impacto Ambiental-RIMA, bem como nos processos que envolvam outorga de utilização de recursos hídricos e florestais do Estado;

IV – representar a Fazenda Pública do Estado na execução de sua dívida ativa não-tributária decorrente de autos de infração lavrados pelo órgão ou entidade responsável pela política estadual de meio ambiente em virtude de descumprimento da legislação ambiental;

V - estudar e definir questões de Direito Ambiental submetidas à Procuradoria Geral do Estado e opinar em quaisquer processos e expedientes administrativos pertinentes a matéria de sua competência.

SEÇÃO XI

Da Procuradoria do Contencioso Tributário

Art. 19 - À Procuradoria do Contencioso Tributário, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - representar o Estado em Juízo ou instância, ativa ou passivamente, em todos os feitos que digam respeito à matéria fiscal ou tributária;

II - representar a Fazenda Pública do Estado na execução de sua dívida ativa tributária;

III - minutar, quando solicitada, informação em mandado de segurança que verse sobre matéria de sua competência;

IV - opinar em quaisquer processos e expedientes administrativos pertinentes a matéria de sua competência, observado o disposto no § 4º do art. 3º;

Parágrafo único - São consideradas causas de natureza fiscal e tributária as que versem sobre:

I – tributos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive infrações a legislação tributária;

II – apreensão de mercadorias nacionais ou estrangeiras;

III – decisões de órgãos do contencioso administrativo tributário;

IV – benefícios, incentivos fiscais e formas de exclusão do crédito tributário;

V - inventário, arrolamento e partilha, arrecadação de bens de ausentes, herança jacente, habilitação de herdeiros, falência, concordata e usucapião, este para efeito do Imposto de Transmissão.

SEÇÃO XII

Da Procuradoria da Dívida Ativa e Cobrança Extrajudicial

Art. 20 - À Procuradoria da Dívida Ativa e Cobrança Extrajudicial, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - examinar previamente os processos tributários administrativos encaminhados à inscrição, visando apurar a liquidez e certeza da dívida ativa do Estado;

II - determinar a inscrição de créditos tributários ou não tributários na dívida ativa do Estado;

III - coordenar e executar a cobrança extrajudicial do crédito tributário inscrito em dívida ativa na forma prevista na Lei n. 2.350, de 21 de outubro de 1995;

IV - autorizar o cancelamento de crédito tributário ou não tributário da dívida ativa estadual, ressalvadas as decisões proferidas pela última instância recursal administrativa;²⁰

V - opinar em processos administrativos de sua competência.

SEÇÃO XIII

Da Procuradoria do Estado no Distrito Federal

Art. 21 - À Procuradoria do Estado no Distrito Federal, além de outras atribuições que lhe forem conferidas, compete:

I - atuar e intervir em todos os processos judiciais de interesse do Estado perante os Tribunais Superiores sediados no Distrito Federal, acompanhando-lhes o andamento e

interpondo os recursos cabíveis, em articulação com os correspondentes órgãos da Procuradoria Geral do Estado.

II - acompanhar, junto aos Poderes Legislativo e Executivo da União, a tramitação de matéria ou assunto de interesse do Estado, mantendo informada a Procuradoria Geral do Estado e sugerindo as medidas que a respeito entender necessárias;

Parágrafo único - O disposto neste artigo não impede a atuação direta do Procurador-Geral do Estado ou de outro Procurador do Estado especialmente designado, em causas que o requeiram, perante os Tribunais Superiores sediados no Distrito Federal.

SEÇÃO XIV

Dos Procuradores-Chefes

Art. 22 – Aos Procuradores-Chefes, sem prejuízo de outras atribuições, compete:

I - orientar e supervisionar as atividades técnicas e administrativas das respectivas Procuradorias, observando as normas emanadas dos órgãos superiores;

II - distribuir tarefas e encargos entre os Procuradores do Estado que lhes sejam subordinados, redistribuindo-os quando por conveniência ou necessidade;

III - decidir sobre pedidos de diligência, sobrestamento de processo e prorrogação de prazo;

IV - manifestar-se sobre os pronunciamentos emitidos pelos Procuradores do Estado lotados nas respectivas Procuradorias;

V - comunicar ao Procurador-Geral do Estado as conclusões dos feitos administrativos e judiciais da respectiva Procuradoria;

VI - propor ao Procurador-Geral do Estado a suspensão de processo, a não-propositura e a desistência de ações, a não-interposição de recursos ou a desistência dos interpostos, a não-execução de julgados em favor do Estado, o reconhecimento da procedência do pedido, confissão, renúncia, realização de acordo, transação, compromisso e arquivamento de autos;

VII - propor ao Procurador-Geral do Estado providências com vistas ao aprimoramento das atividades das respectivas Procuradorias.

TÍTULO III
DO ESTATUTO DO PROCURADOR DO ESTADO
CAPÍTULO I
DA CARREIRA
SEÇÃO Iª

Do Procurador do Estado

Art. 23 – Ao Procurador do Estado, sem prejuízo de outras atribuições, compete:

I – representar o Estado, privativamente, ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância e extrajudicialmente nos assuntos jurídicos de seu interesse;

II - exercer funções de assessoria e consultoria jurídica superior no âmbito da Administração Estadual;

III - fiscalizar e pugnar pela observância dos princípios a que se sujeita a Administração Pública, nos termos do art. 37 da Constituição Federal;

IV - praticar todos os atos judiciais e extrajudiciais que se inscrevam no âmbito de competência do órgão em que esteja lotado.

§ 1º - Salvo se expressamente autorizado pelo Procurador-Geral do Estado, o Procurador do Estado não poderá pedir suspensão de processo, desistir de ações ou recursos interpostos, acordar, renunciar, confessar, firmar compromisso ou transigir, nem deixar de interpor as ações e recursos cabíveis.

§ 2º - O mandato judicial do Procurador do Estado é de natureza constitucional e decorre automaticamente da sua investidura no cargo, habilitando-o a praticar todos os atos do processo judicial ou administrativo, salvo quando a lei dispuser em contrário.

§ 3º - As funções, atribuições e mandato conferidos ao Procurador do Estado são privativos, indelegáveis e intransferíveis, não podendo ser cometidos a estranhos à carreira.

§ 4º - Excepcionalmente, quando por motivo de interesse jurídico, moral ou econômico ocorrer o impedimento ou a suspeição de todos os Procuradores do Estado, inclusive do Procurador-Geral, este comunicará imediatamente o fato ao Governador, que, se necessário, poderá outorgar mandato a advogado para, unicamente no caso específico, representar os interesses do Estado judicial ou extrajudicialmente.

Art. 24 - Os cargos de Procurador do Estado são dispostos em série de classes, compreendendo:²³

- I – 17 cargos de Procurador do Estado de Primeira Classe;
- II – 19 cargos de Procurador do Estado de Segunda Classe;
- III – 26 cargos de Procurador do Estado de Terceira Classe.

SEÇÃO II

Do Ingresso

Art. 25 - O ingresso na série de classes de Procurador do Estado far-se-á na Terceira Classe, mediante concurso público de provas e títulos e nomeação do Chefe do Poder Executivo.⁷

Parágrafo único - não serão aplicados em relação a carreira de Procurador do Estado, os institutos de readmissão, aproveitamento, readaptação, reclassificação, transferência, acesso, relotação, classificação, enquadramento, substituição ou quaisquer outras formas de aproveitamento extraordinário.⁸

Art. 26 - O concurso para provimento de cargos na classe inicial será realizado pela Procuradoria Geral do Estado, na forma das instruções próprias aprovadas pelo Conselho de Procuradores.

SEÇÃO III

Da Posse

Art. 27 - O Procurador do Estado tomará posse no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação do decreto de nomeação no Diário Oficial, prorrogável por igual tempo, por ato do Procurador-Geral do Estado, a requerimento do interessado.

§1º - A posse será dada pelo Procurador-Geral do Estado, em sessão solene do Conselho de Procuradores, mediante assinatura do termo em que o empossando prometa cumprir fielmente os deveres do cargo.

§2º - No ato da posse, o empossando apresentará:

I - declaração de bens e valores que constituem o seu patrimônio;

II - declaração de que não exerce outro cargo, emprego ou função pública da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista, ou prova de que solicitou exoneração ou dispensa do cargo, emprego ou função que ocupava em qualquer dessas entidades, ressalvadas a hipótese de acumulação legal.

§3º - É condição indispensável para a posse a sanidade física e mental, comprovada por laudo da junta médica oficial do órgão de assistência dos servidores do Estado.

SEÇÃO IV

Do Estágio Probatório

Art. 28 - A partir da data em que entrar em exercício, e durante o prazo de 3 (três) anos, o Procurador do Estado cumprirá estágio probatório, submetendo-se a avaliação especial para fins de confirmação no cargo e aquisição de estabilidade, conforme regulamento a ser editado pelo Conselho de Procuradores do Estado.²

Art. 29 - A avaliação especial de desempenho do estagiário será feita por uma comissão permanente, composta por 3 (três) Procuradores do Estado estáveis, designados pelo Conselho de Procuradores do Estado com mandato de 4 (quatro) anos, admitida a recondução por uma única vez.²

Parágrafo único - Até 30 (trinta) dias após o término do estágio o Corregedor encaminhará relatório circunstanciado final à comissão, que terá igual prazo para apresentar a avaliação que lhe compete.²

Art. 30 – Competirá ao Conselho de Procuradores do Estado decidir pela confirmação, ou não, do Procurador do Estado no cargo. ²

§ 1º - Se a comissão concluir pela não-confirmação do estagiário, o Conselho de Procuradores do Estado, antes de decidir, conceder-lhe-á o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de defesa, podendo deferir pedido de diligência e de produção de provas. ²

§ 2º - A decisão do Conselho de Procuradores do Estado se dará à vista da conclusão apresentada pela comissão permanente de avaliação, da qual somente poderá discordar pela maioria absoluta de seus membros. ²

§ 3º - Se a decisão for pela confirmação, o Procurador-Geral do Estado expedirá o competente ato declaratório. ²

§ 4º - Se a decisão for pela não-confirmação do Procurador do Estado no cargo, será este afastado mediante portaria do Procurador-Geral e exonerado *ex officio* pelo Governador do Estado. ³

§ 5º - Na hipótese de o Procurador do Estado não confirmado no cargo ser estável no Serviço Público Estadual, será ele reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, ou colocado em disponibilidade, por ato do Chefe do Poder correspondente. ³

Art. 31 - Da decisão que não confirmar o Procurador do Estado no cargo, caberá pedido de reconsideração no prazo de 5 (cinco) dias. ²

Art. 32- (*Vetado*)

Art. 33 - Durante o estágio probatório não será permitida a aposentadoria voluntária do estagiário ou seu afastamento, salvo por motivo de férias ou nas licenças previstas nos incisos I, III, VII e VIII do art. 66 desta Lei. ²

SEÇÃO V

Do Exercício

Art. 34 - O início, a interrupção e o reinício do exercício serão registrados no assentamento individual do Procurador do Estado.

Art. 35 - O exercício do cargo terá início no prazo de 30 (trinta) dias contados da data:

- I - da publicação oficial do ato, no caso de reintegração;
- II - da posse, nos demais casos.

Art. 36 - A promoção não interrompe o exercício, que é contada na classe, a partir da data da publicação do ato que promover o Procurador do Estado.

Art. 37 - Será demitido o Procurador do Estado que interromper o exercício por prazo superior a 30 (trinta) dias consecutivos, ressalvados os casos que encontrem amparo em outras disposições desta Lei.

Art. 38 - O Procurador do Estado que não entrar em exercício no prazo legal será exonerado *ex-officio*.

Art. 39 - Nenhum Procurador do Estado poderá ausentar-se do Estado para estudo de qualquer natureza, com ou sem ônus para os cofres públicos, sem autorização do Procurador-Geral do Estado.

Art. 40 - O Procurador do Estado designado para estudo ou aperfeiçoamento fora do Estado, com ônus para os cofres deste, ficará obrigado a prestar serviço ao Estado do Amazonas pelo menos por prazo igual ao afastamento.

Parágrafo único - Não cumprida essa obrigação, indenizará o Procurador do Estado os cofres públicos da importância despendida com o custeio da viagem de estudo ou aperfeiçoamento.

Art. 41- Ao Procurador do Estado contra o qual se instaurar inquérito policial ou ação penal, aplicar-se-ão as seguintes normas:

I - no caso de privação da liberdade por flagrante delito, prisão preventiva, pronúncia ou condenação não definitiva, será ele afastado do cargo, sem prejuízo da respectiva remuneração, até que cesse a medida;

II - no caso de condenação definitiva e irrecurável será ele, na hipótese de não se beneficiar com o "sursis", afastado do cargo até a extinção da pena, com direito somente a dois terços da remuneração.

SEÇÃO VI

Da promoção

Art. 42 - A promoção do membro da série de classes de Procurador do Estado será processada pelo Conselho de Procuradores, verificada a existência de vaga na classe imediatamente superior e obedecidos, alternadamente os critérios de antigüidade e merecimento, na forma estabelecida em regulamento baixado pelo mesmo Conselho.

§ 1º - Será de 2 (dois) anos na classe o interstício para as promoções.

§ 2º - O Procurador do Estado não será promovido:

I - quando em estágio probatório;

II - por merecimento, quando afastado do cargo.

Art. 43 - As promoções serão ultimadas de 6 (seis) em 6 (seis) meses, desde que verificada a existência de vaga.

§ 1º - Quando não decretada no prazo legal, a promoção produzirá os seus efeitos a partir do último dia do respectivo semestre.

§ 2º - Para todos os efeitos, será considerado promovido o Procurador do Estado que vier a falecer ou for aposentado sem que tenha sido decretada, no prazo legal, a promoção por antigüidade que lhe cabia.

Art. 44 - A promoção por antigüidade recairá no Procurador do Estado mais antigo na classe.

Art. 45 - Merecimento é a demonstração positiva, por parte do Procurador do Estado, durante sua permanência na classe, de pontualidade, assiduidade, capacidade e eficiência, espírito de colaboração, ética profissional e compreensão dos deveres.

Parágrafo único - Da apuração do merecimento será dado conhecimento ao interessado.

SEÇÃO VII

Da Aposentadoria

Art. 46 - O Procurador do Estado será aposentado:²

I - compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

II - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, se mulher;

b) 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

III - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.

Art. 47 - Os proventos de aposentadoria serão: ²

I - integrais, quando o Procurador do Estado:

a) aposentar-se na hipótese prevista no inciso II, a, do artigo anterior; ²

b) invalidar-se por acidente em serviço, por moléstia profissional ou em decorrência de doença grave, contagiosa ou incurável, tais como tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, mal de Alzheimer, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, acidente vascular e outras que lei indicar com base na medicina especializada. ²

II - proporcionais ao tempo de contribuição, nos demais casos. ²

§ 1º - Acidente é o evento danoso que tiver como causa mediata ou imediata o exercício das atribuições inerentes ao cargo.

§ 2º - Equipara-se a acidente a agressão sofrida e não provocada por Procurador do Estado no exercício de suas atribuições.

§ 3º - Entende-se por doença profissional a que decorrer das condições do serviço ou de fatos nele ocorridos, devendo o laudo médico estabelecer-lhe a rigorosa caracterização.

§ 4º - Para o cálculo dos proventos de aposentadoria do Procurador do Estado, por ocasião de sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do Procurador aos regimes de previdência de que tratam os arts. 40 e 201 da Constituição Federal. ²

§ 5º - Revogado⁹

§ 6º - Revogado⁹

§ 7º - Revogado⁹

§ 8º - Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 4º deste artigo serão devidamente atualizados, na forma da lei. ³

Art. 48 - É assegurado o reajustamento dos proventos de inatividade para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. ²

Art. 49 - Revogado ⁹

Art. 50 - Durante o estágio probatório, o Procurador do Estado só terá direito à aposentadoria nos casos do nº III do artigo 46 desta Lei.

CAPITULO II

DOS DIREITOS E VANTAGENS

SEÇÃO I

Da Remuneração

Art. 51 - A remuneração dos membros da série de classes de Procurador do Estado compreende o vencimento e as vantagens pecuniárias.

Art. 52 - A remuneração dos Procuradores do Estado não sofrerá desconto além dos previstos em lei, salvo quando tratar-se de:

- I - prestação de alimentos determinada judicialmente;
- II - reposição ou ressarcimento à Fazenda Pública;

III - consignação, a seu próprio pedido.

§ 1º - As reposições e ressarcimentos devidos à Fazenda Pública serão descontados em parcelas mensais, não excedentes à décima parte do vencimento, salvo quando o obrigado solicitar exoneração.

§ 2º - Quando o Procurador do Estado for exonerado, demitido ou falecer, a quantia devida será inscrita como dívida ativa e cobrada executivamente.

Art. 53 – Revogado.²¹

Art. 54 - Além do vencimento, os membros da série de classes de Procurador do Estado terão direito as seguintes vantagens:

I - gratificação adicional por tempo de serviço;¹⁰

II - salário-família;

III - representação;

IV - gratificação de função;

V - diárias;

VI - Revogado¹¹

VII - Salário-férias;

VIII - ajuda de custo;

IX - Revogado¹¹

X - gratificação de presença como membro do Conselho de Procuradores do Estado;

XI - gratificação pela execução de trabalho técnico como membro de comissão examinadora de concurso ou como professor de curso promovido pela Procuradoria Geral do Estado.

§ 1º - A gratificação adicional incorpora-se ao vencimento para todos os efeitos e será paga na base de 5% (cinco por cento) por quinquênio de serviço, até o limite de 7 (sete) quinquênios.¹⁰

§ 2º - A verba de representação integra o vencimento do cargo de Procurador do Estado para todos os efeitos legais, no valor que a lei estabelecer.

§ 3º - Gratificação de função é a que corresponde ao exercício de função gratificada existente no quadro da Procuradoria Geral do Estado.

§ 4º - Revogado¹¹

§ 5º - O salário-férias correspondente ao valor do vencimento do Procurador do Estado no mês do início do gozo das férias.

§ 6º - Revogado¹¹

SEÇÃO II

Do Tempo de Serviço

Art. 55 - A apuração do tempo de serviço será feita em dias.

§ 1º - O número de dias será convertido em anos, considerado o ano como de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

§ 2º - Revogado⁹

Art. 56 - Para efeito de disponibilidade será computado integralmente:²

I – o tempo de serviço público prestado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;²

II – a licença para atividade política;²

III – o tempo correspondente ao desempenho de mandato eletivo federal, municipal ou distrital anterior ao ingresso no serviço público estadual;²

IV – o tempo de licença para tratamento de saúde;²

V – o tempo de serviço relativo a tiro de guerra.²

§ 1º - O tempo de serviço a que aludem os incisos do caput deste artigo será computado à vista de certidões expedidas pelo órgão próprio.²

§ 2º - Admitir-se-á a contagem de tempo de serviço apurado através de justificação judicial, se instruída com documento que constitua, pelo menos, início de prova.²

Art. 57 - É vedada a acumulação do tempo de serviço prestado concorrente ou simultaneamente em dois ou mais cargos, funções ou empregos.

Art. 58 - Para nenhum efeito será computado o tempo de serviço gratuito.

Art. 59 - Para os casos de aposentadoria e disponibilidade, somente serão válidas as certidões de tempo de serviço prestado às Prefeituras e Câmaras Municipais do interior quando tiverem por base as folhas de pagamento.

Art. 60- Será considerado de efetivo exercício, para todos os efeitos, o afastamento do Procurador do Estado em virtude de:

I - férias;

II - Casamento, até 8 (oito) dias;

III - luto, por falecimento do cônjuge ou companheiro, pais, filhos, irmãos, padrasto, madrastra ou enteados, até 8 (oito) dias;²

IV - exercício de outro cargo estadual, de provimento em comissão;

V - júri e outros serviços obrigatórios;

VI - exercício de função ou cargo de governo ou administração, inclusive em autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público, em qualquer parte do território nacional;

VII - desempenho de função legislativa da União, dos Estados e dos Municípios;

VIII - disposição para outro órgão, decretada pelo Governador do Estado;

IX - licença especial;

X - licença por gestação, à adotante, paternidade, por acidente em serviço ou por doença profissional;²

XI - missão ou estudo no exterior ou em qualquer parte do território nacional, quando por autorização do Procurador-Geral do Estado, ouvido previamente o Conselho de Procuradores do Estado;²

XII - faltas até o máximo de 3 (três) dias durante o mês, por motivo de doença comprovada;

XIII - disponibilidade.

Parágrafo único - Os afastamentos de que tratam os incisos IV, VI, VII, VIII, XI e XIII não constituem efetivo exercício para efeito de promoção por merecimento.

SEÇÃO III

Das Férias

Art. 61. Os membros da série de classes de Procurador do Estado, após o primeiro ano de exercício, terão direito, anualmente, a 30 (trinta) dias de férias.¹²

Art. 62 - Por imperiosa necessidade do serviço, as férias poderão ser acumuladas até o máximo de 3 (três) períodos, observada nesta hipótese, para pagamento do salário-férias, a escala anual.

Art. 63 - O afastamento do Procurador do Estado para gozo de férias será autorizado, observada escala anual própria, por seu chefe imediato, desde que os serviços a seu cargo estejam em dia.

§ 1º - O Subprocurador-Geral, por solicitação fundamentada do chefe imediato do Procurador do Estado poderá suspender ou transferir as férias deste, determinando o imediato registro, nos assentamentos funcionais, dos motivos da decisão.

§ 2º - Ao entrar em férias, o Procurador do Estado comunicará o endereço onde poderá ser encontrado.

Art. 64 - Por motivo de promoção, o Procurador do Estado em gozo de férias não será obrigado a interrompê-las.

Art. 65 - Durante as férias, o Procurador do Estado terá direito a todas as vantagens, como em exercício de fato.

SEÇÃO IV

Das Licenças

Art. 66 - Conceder-se-á licença:

I - para tratamento de saúde;

II - por motivo de doença em pessoa da família;

III - para repouso a gestante;

IV - especial, nas condições previstas no Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado;

V - por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;²

VI - para trato de interesses particulares;

VII - à adotante;³

VIII - pela paternidade.³

Art. 67 - A licença para tratamento de saúde por prazo superior a 30 (trinta) dias, bem como as prorrogações que importem em licença por período ininterrupto, também superior a 30 (trinta) dias, dependem de inspeção por junta médica oficial.

Art. 68 - O membro da classe de Procurador do Estado licenciado para tratamento de saúde não poderá exercer qualquer de suas funções, nem exercitar qualquer atividade pública ou particular.

Parágrafo único - Salvo contra-indicação médica o Procurador do Estado enfermo deverá pronunciar-se nos autos que tiver recebido, com vistas, antes da licença.

Art. 69 - A licença para tratamento de saúde será concedida nos termos da legislação aplicável ao funcionalismo estadual, sempre que esta Lei não dispuser de forma diversa.

Parágrafo único - O licenciado perceberá integralmente os vencimentos e vantagens do seu cargo, durante todo o período de licença.

Art. 70 - Será concedida licença por doação em pessoa da família quando o membro da classe de Procurador do Estado comprove ser indispensável sua assistência pessoal ao enfermo e que esta não possa ser prestada concomitantemente com o exercício do cargo.

Parágrafo único - Considera-se pessoa da família, para os efeitos deste artigo, os pais, o cônjuge ou companheiro, filhos, irmãos, padrasto, madrastra, enteados ou dependente que conste dos assentamentos funcionais do Procurador do Estado.²

Art. 71 - À gestante será concedida, mediante inspeção por junta médica oficial, licença pelo prazo de 4 (quatro) meses, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens.

Art. 71-A - À Procuradora do Estado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança de até 8 (oito) anos, será concedida licença remunerada, observados os seguintes períodos:¹³

I – por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, no caso de adoção ou guarda de criança de até 1 (um) ano de idade;

II – por 60 (sessenta) dias consecutivos, no caso de adoção ou guarda de criança de idade compreendida entre 1 (um) ano e 1(um) dia e 4 (quatro) anos ;

III - por 30 (trinta) dias consecutivos, no caso de adoção ou guarda de criança de idade compreendida entre 4(quatro) anos e 1(um) dia e 8 (oito) anos.

Parágrafo único – A licença de que trata este artigo somente será concedida mediante apresentação do termo judicial correspondente.

Art. 72 - Ao membro da série de classes de Procurador do Estado será concedida licença, sem remuneração, para acompanhar o cônjuge ou companheiro eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outra localidade, se servidor público civil ou militar.²

Art. 72-A – Pelo nascimento ou adoção de filhos, o Procurador do Estado terá direito à licença paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.¹⁴

Art. 73 - Após 3 (três) anos de efetivo exercício do cargo, poderá ser concedida ao Procurador do Estado licença para trato de interesses particulares, sem remuneração, por período a ser fixado no ato concessivo.²

§ 1º - O Procurador do Estado aguardará em exercício a concessão da licença.

§ 2º - A licença não perdurará por tempo superior a 4 (quatro) anos contínuos e só poderá ser concedida nova depois de decorridos 2 (dois) anos do término da anterior.

Art. 74 - Não será concedida licença para trato de interesses particulares quando inconveniente para o serviço.

Art. 75 – A licença para trato de interesses particulares poderá ser interrompida, a qualquer tempo, por vontade do Procurador do Estado ou no interesse do serviço.²

SEÇÃO V

Das Concessões

Art. 76 - Ao Procurador do Estado licenciado para tratamento de saúde por qualquer das causas mencionadas

na letra "b" do n. I do artigo 47 e que deva ser deslocado para outro ponto do território nacional por exigência do laudo médico será concedido transporte por conta do Estado, inclusive para acompanhante.

Art. 77 - À família do Procurador do Estado falecido, ainda que ao tempo da morte esteja ele em disponibilidade ou aposentado, será concedido auxílio-funeral correspondente à remuneração ou provento mensal do "de cujus".

§ 1º - A despesa correrá pela dotação própria do cargo, não podendo este ser novamente provido antes de decorridos trinta (30) dias da vacância.

§ 2º - Quando não houver pessoa da família do funcionário no local do falecimento, o auxílio-funeral será pago a quem promover o enterro, mediante prova das despesas.

§ 3º - O pagamento do auxílio-funeral obedecerá a processo sumaríssimo, concluído no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da apresentação do atestado de óbito, incorrendo em pena de suspensão o responsável pelo retardamento.

§ 4º - O auxílio-funeral será pago independentemente da remuneração ou provento devidos no mês do óbito.

CAPÍTULO III

Do Regime Disciplinar

SEÇÃO I

Dos Deveres e Proibições

Art. 78 - São deveres dos membros da carreira de Procurador do Estado:

I - manter irrepreensível procedimento na vida pública e particular;

II - obedecer rigorosamente os prazos processuais;

III - desempenhar com zelo e presteza as suas funções;

IV - adotar as medidas cabíveis, em face de irregularidades de que tenham conhecimento ou que ocorram nos serviços a seu cargo;

V - atender com presteza às determinações superiores, exceto as manifestamente ilegais;

VI - representar ao Procurador-Geral do Estado sobre irregularidades que afetam o bom desempenho de suas atribuições.

Parágrafo único - Os membros da carreira de Procurador do Estado não estão sujeitos a ponto, mas o Procurador-Geral poderá estabelecer normas para comprovação do comparecimento, quando necessário.

Art. 79 - Constituem infrações disciplinares, além de outras definidas em lei:

I - acumulação proibida de cargo ou função pública;

II - conduta incompatível com o exercício do cargo;

III - abandono de cargo;

IV - revelação de segredo que conheça em razão do cargo ou função;

V - lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio público ou de bens confiados à sua guarda;

VI - outros crimes contra a administração e a fé pública.

Art. 80 - É vedado aos membros da carreira de Procurador do Estado:

I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista;

II - referir-se publicamente, de modo depreciativo ou desrespeitoso, às autoridades constituídas, aos membros da carreira e a Procuradoria Geral do Estado, podendo, porém, emitir opinião crítica, do ponto de vista estritamente doutrinário, quanto aos posicionamentos técnico-jurídicos adotados pela P.G.E.⁷

III - consultar, a respeito de atos de ofício, entidades não integrantes da estrutura da Procuradoria Geral do Estado, bem como adotar recomendações delas emanadas.

SEÇÃO II

Da Responsabilidade

Art. 81 - Pelo exercício irregular de suas atribuições o Procurador do Estado responde civil, penal e administrativamente.

Art. 82 - A responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo, que importa em prejuízo da Fazenda Estadual.

§ 1º - A indenização de prejuízos causados à Fazenda Estadual poderá ser liquidada mediante desconto em prestações mensais não-excedentes da décima parte do vencimento, à falta de outros bens que respondam pela indenização.

§ 2º - Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o Procurador do Estado perante a Fazenda Estadual em ação regressiva, proposta depois de transitar em julgado a decisão de última instância que houver condenado a Fazenda a indenizar o terceiro prejudicado.

Art. 83 - A responsabilidade penal abrange os crimes imputados ao Procurador do Estado nessa qualidade.

Art. 84 - A responsabilidade administrativa resulta de conduta comissiva ou omissiva ocorrida no desempenho do cargo.

Art. 85 - As cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa.

SEÇÃO III

Das Penalidades

Art. 86 - São penas disciplinares:⁷

- I - repreensão;
- II - suspensão;
- III - multa;
- IV - destituição de função;
- V - demissão;
- VI - cassação de disponibilidade;
- VII - cassação de aposentadoria.

Art. 87 - Na aplicação das penas disciplinares serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provirem para o serviço público e os antecedentes funcionais do Procurador do Estado.

Art. 88 - A pena de repreensão será aplicada por escrito, nos casos de desobediência ou falta de cumprimento do dever, a juízo do Procurador-Geral do Estado.⁷

Art. 89 - A pena de suspensão, que não poderá exceder de 90 (noventa) dias, será aplicada em caso de falta grave ou reincidência.

Parágrafo único - Quando houver conveniência para o serviço, a pena de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento, obrigado neste caso o Procurador do Estado a permanecer no serviço.

Art. 90 - A destituição de função terá por fundamento a falta de exaço no cumprimento do dever.

Art. 91 - A pena de demissão será aplicada nos casos de:

I - crimes contra a Administração Pública, assim definidos pela lei penal;

II - incontinência pública ou escandalosa;

III - prática habitual de jogos proibidos;

IV - insubordinação grave em serviço;

V - ofensa física em serviço contra funcionário ou particular, salvo em legítima defesa;

VI - falta relacionada no artigo 79, quando de natureza grave, se comprovada a má fé.

§ 1º - Considera-se abandono de cargo a ausência ao serviço, sem justa causa, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos.

§ 2º - Será ainda demitido o Procurador do Estado que, durante o período de 12 (doze) meses faltar ao serviço 60 (sessenta) dias interpoladamente, sem causa justificada.

Art. 92 - O ato de demissão mencionará sempre a causa da penalidade.

Art. 93 - São competentes para aplicação das penalidades disciplinares:

I - o Governador do Estado, nos casos de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

II - O Procurador-Geral do Estado, nos demais casos, ouvido previamente o Conselho de Procuradores.

Parágrafo único - A mesma autoridade que aplicar a penalidade, ou autoridade superior, poderá torná-la sem efeito ou modificá-la.⁷

Art. 94 - Constarão, obrigatoriamente, do assentamento individual, todas as penas disciplinares impostas ao Procurador do Estado.

Art. 95 - Além da pena judicial que couber serão considerados como de suspensão os dias em que o Procurador do Estado deixar de atender à convocação do Júri e outros serviços obrigatórios sem motivo justificado.

Art. 96 - Será cassada a aposentadoria ou disponibilidade se ficar provado, em processo administrativo, que o Procurador do Estado:

I - praticou, quando ainda no exercício do cargo, falta grave suscetível de determinar demissão;

II - aceitou, ilegalmente, cargo ou função pública, provada a má fé.

§ 1º - Será cassada a disponibilidade do Procurador do Estado que não tomar posse ou não entrar em exercício quando for aproveitado, no prazo legal salvo motivo de doença.

§ 2º - A cassação da aposentadoria será processada na forma do disposto na Seção I do Capítulo IV deste Título.

Art. 97 - Extingue-se em 2 (dois) anos, a contar da data dos respectivos atos, a punibilidade das faltas apenadas com as sanções previstas no artigo 86 desta Lei.

§ 1º - A falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este.

§ 2º - O curso da prescrição começa a fluir da data do evento punível disciplinarmente e se interrompe pela abertura de inquérito administrativo.

CAPÍTULO IV **DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA REVISÃO** **SEÇÃO I**

Do Processo Administrativo

Art. 98 - A apuração de infrações funcionais imputadas a membro da série de classe de Procurador do Estado será

feita por sindicância ou processo administrativo, mediante determinação do Procurador-Geral do Estado e ouvido previamente o Conselho de Procuradores, assegurando-se ao acusado pleno direito de defesa.

Parágrafo único - A sindicância será meio bastante de apuração de infração punível com suspensão de até 30 (trinta) dias ou com destituição de função, enquanto o processo administrativo precederá sempre a aplicação das penas de suspensão superior a 30 (trinta) dias, demissão, cassação de disponibilidade e cassação de aposentadoria.⁷

Art. 99 - O processo administrativo será realizado por uma comissão composta de 3 (três) Procuradores do Estado, sempre que possível de classe igual ou superior à do indiciado.

§ 1º - O Procurador-Geral do Estado indicará, no ato de designação, um dos membros da comissão para presidi-la.

§ 2º - O presidente da comissão designará um funcionário lotado em qualquer dos órgãos auxiliares para secretariá-la.

§ 3º - A sindicância processar-se-á no âmbito do Conselho de Procuradores do Estado, que indicará para as funções de sindicante, um de seus membros, preferentemente de classe igual ou superior a do indiciado.⁷

Art. 100 - A comissão, sempre que necessário, dedicará o tempo do expediente aos trabalhos do inquérito, ficando seus componentes, inclusive o secretário, desobrigados do registro de ponto.

Parágrafo único - Não ocorrendo a necessidade da dedicação exclusiva da comissão ao inquérito, seu presidente estabelecerá horário para os trabalhos, sem absorver totalmente o tempo de serviço que os membros e o secretário têm na repartição, a fim de não prejudicar o expediente.

Art. 101 - O prazo para a conclusão do inquérito será de 60 (sessenta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias por ato do Procurador-Geral do Estado, desde que ocorra motivo justificado.

Parágrafo único - Não implicará em nulidade do inquérito a inobservância no prazo fixado neste artigo, ficando,

porém, responsabilizado individualmente perante o Poder Público o membro da comissão que houver dado causa ao fato.

Art. 102 - O prazo de que trata o artigo anterior passará a correr do dia da instalação da comissão.

Parágrafo único - Após a publicação do ato de sua designação, a comissão terá 3 (três) dias para instalar-se.

Art. 103 - A comissão procederá a todas as diligências necessárias, recorrendo, inclusive, a técnicos e peritos, se necessário.

Parágrafo único - Os órgãos estaduais atenderão com a máxima presteza às solicitações da comissão, comunicando prontamente, em caso de força maior, a razão da impossibilidade do atendimento.

Art. 104 - Para todas as provas e diligências, o acusado ou seu advogado será notificado com antecedência de 48 (quarenta e oito) horas, mas o não comparecimento de um ou de outro não impedirá a realização do ato processual.

Art. 105 - Ultimada a instrução, citar-se-á o indiciado para no prazo de 10 (dez) dias apresentar defesa, sendo-lhe facultada vista do processo.

§ 1º - No caso de revelia, será designado, *ex-officio* pelo presidente da comissão, um Procurador do Estado da classe do indiciado para incumbir-se de sua defesa.

§ 2º - Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum de 20 (vinte) dias.

§ 3º - Achando-se o indiciado em lugar incerto será citado por edital por prazo de 15 (quinze) dias.

§ 4º - O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas imprescindíveis.

Art. 106 - Durante o curso do processo, será permitida a intervenção do defensor do indiciado.

Art. 107 - As certidões de repartições públicas estaduais necessárias à defesa serão, a requerimento do indiciado ao presidente da comissão, fornecidas sem quaisquer ônus.

Art. 108 - Terão caráter urgente e prioritário a expedição das certidões necessárias à instrução

do processo e o fornecimento dos meios de transporte e estada aos encarregados de sua realização.

Art. 109 - Esgotado o prazo de que trata o artigo 105 desta Lei, a comissão examinará o processo e apresentará o relatório ao Procurador-Geral do Estado.

§ 1º - No relatório, a comissão apreciará, em relação a cada indiciado, separadamente, as irregularidades de que for acusado, as provas colhidas no inquérito e as razões de defesa, propondo, justificadamente, a absolvição ou a punição, indicando nesta última hipótese a pena que couber.

§ 2º - Os encarregados da realização do processo rito e as razões de defesa, propondo, justificadamente, a absolvição ou a punição, indicando nesta última hipótese a pena que couber.

§ 3º - A comissão também poderá, no relatório, sugerir quaisquer outras providências que lhe parecerem do interesse do serviço público.

Art. 110 - Apresentado o relatório, os membros da comissão deverão, no dia imediato, retornar ao exercício normal dos seus respectivos cargos.

§ 1º - Ficarão, entretanto, os membros à disposição do Procurador-Geral do Estado, para prestação de qualquer esclarecimento julgado necessário, dissolvendo-se a comissão 10 (dez) dias após a data em que for proferido o julgamento.

§ 2º - Os encarregados da realização do processo administrativo, quando hajam recebido adiantamento de numerário, ficam obrigados à prestação de contas à autoridade competente dentro de 3 (três) dias após a entrega do inquérito.

Art. 111 - Entregue o relatório da comissão, acompanhado do processo, ao Procurador-Geral do Estado, deverá este, se da sua competência, proferir julgamento dentro do prazo improrrogável de 20 (vinte) dias.

Parágrafo único - Se o processo não for julgado no prazo indicado neste artigo, o indiciado reassumirá automaticamente o exercício do seu cargo e aguardará em atividade o julgamento, salvo o caso de prisão administrativa que ainda perdure.

Art. 112 - Quando forem da alçada do Governador do Estado as penalidades e providências cabíveis, o Procurador-Geral do Estado fará a correspondente proposta dentro do prazo marcado para o julgamento.

Parágrafo único - Na hipótese deste artigo, o prazo para o julgamento final será de 20 (vinte) dias.

Art. 113 - A autoridade que julgar o processo, conforme as hipóteses dos artigos 111 e 112 desta Lei, promoverá, ainda, a expedição dos atos decorrentes do julgamento e as providências necessárias à sua execução.

Art. 114 - Quando ao Procurador do Estado imputar-se crime contra a Administração Pública, o Procurador-Geral do Estado providenciará para que se instaure, simultaneamente, o inquérito policial.

Art. 115 - A sindicância será realizada em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

Art. 116 - O Procurador do Estado indiciado em processo administrativo só poderá ser exonerado a pedido após o julgamento do feito, desde que reconhecida a sua inocência.

Art. 117 - Quando tratar-se de abandono de cargo, a comissão designada para apurá-lo iniciará seus trabalhos, fazendo publicar no órgão oficial e em jornal de grande circulação, editais de chamada, durante 10 (dez) dias, para responder a processo administrativo.

SEÇÃO II

Da Revisão

Art. 118 - Poderá ser requerida revisão do processo administrativo de que haja resultado pena disciplinar, quando forem aduzidos fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do requerente.

§ 1º - O cônjuge, descendente ou ascendente, ou outra qualquer pessoa constante do assentamento individual do Procurador do Estado falecido, desaparecido ou incapacitado de requerer, poderá solicitar a revisão de que trata este artigo.

§ 2º - Não constitui fundamento para a revisão a simples alegação de injustiça da penalidade.

Art. 119 - O requerimento, devidamente instruído, será dirigido à autoridade que haja aplicado a pena.

Art. 120 - A revisão será feita por uma nova comissão de três Procuradores do Estado sempre que possível de classe igual ou superior à do punido, que o Procurador-Geral do Estado designará.

Art. 121 - A revisão processar-se-á em apenso ao processo originário.

Art. 122 - Além da exposição dos fatos em que o pedido fundar-se, o requerente, na inicial, solicitará dia e hora para a audiência das testemunhas que arrolar.

Parágrafo único - Será considerada informante a testemunha que, residindo fora da sede da comissão, prestar depoimento por escrito.

Art. 123 - Concluídos os trabalhos da comissão, em prazo não excedente de 60 (sessenta) dias, será o processo, com o respectivo relatório, encaminhado diretamente à autoridade que aplicar a pena originária, para julgamento.

Art. 124 - Julgada procedente a revisão, tornar-se-á sem efeito a penalidade imposta, restabelecendo-se todos os direitos por ele atingidos.

TÍTULO IV

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 125 - Mediante convênio, poderá a Procuradoria Geral do Estado representar judicialmente as entidades da Administração Indireta ou encarregar-se da realização de atos ou providências judiciais de interesse de outras Unidades da Federação ou de Municípios do Estado do Amazonas. ⁷

Art. 126 - O Procurador do Estado disporá de 15 (quinze) dias, para emissão de parecer, em processo que lhe tenha sido distribuído. ¹⁵

Parágrafo único - O prazo de que trata o "caput" deste artigo poderá ser prorrogado até 5 (cinco) dias, a critério do superior imediato do Procurador.

Art. 127 - Contar-se-ão por dias corridos os prazos previstos nesta Lei.

§ 1º - Na computação do prazo exclui-se o dia inicial e se inclui o do vencimento.

§ 2º - Prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente o início ou vencimento que incidir em domingo ou feriado.

Art. 128 - Revogado ¹¹

Art. 129 - Revogado ¹⁸

Parágrafo único - Revogado ¹⁶

Art. 130 - Fica assegurada ao Procurador do Estado, para efeito de aposentadoria, a contagem em dobro do tempo correspondente ao que exceder de 3 (três) períodos de férias não gozadas, acumuladas, até 31 de dezembro de 1983, por imperiosa necessidade de serviço.

Art. 131 - O Procurador do Estado que, por designação, nomeação ou eleição para outra atividade pública, for legalmente impedido de permanecer nos serviços da Procuradoria Geral do Estado, poderá optar pela remuneração do seu cargo.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, será permitido ao Procurador do Estado perceber vantagens pecuniárias a título de complementação salarial e de representação.

§ 2º - O afastamento do Procurador do Estado na forma do "caput" deste artigo não impede a percepção de vantagens da atividade.

Art. 132 - Os 2 (dois) cargos de Diretor de Divisão, símbolo CC-5, do quadro da Procuradoria Geral do Estado, passam a denominar-se, respectivamente, Coordenador de Administração e Assessor.

Art. 133 - As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão à conta dos elementos orçamentários próprios.

Art. 134 - Aplicam-se subsidiariamente aos Procuradores do Estado as normas do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas. ¹⁸

Art. 135 - O presente diploma legal entrará em vigor a
1º de janeiro de 1983, (VETADO).¹⁹

**GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO
AMAZONAS**, em Manaus, 30 de dezembro de 1983.

GILBERTO MESTRINHO DE MEDEIROS RAPOSO
Governador do Estado

Luiz Felipe Cordeiros de Vergosa
Secretário de Governo do Estado

Francisco Rômulo Araújo Correa
Secretário de Estado da Administração, em exercício

José Cardoso Dutra
Secretário de Estado do Interior e Justiça

Ozias Monteiro Rodrigues
Secretário de Estado da Fazenda

Mário Antonio da Silva Sussmann
Secretário de Estado do Planejamento e Coordenação Geral

Pedro Rodrigues Lustosa
Secretário de Estado de Segurança, em exercício

Freida de Souza Bittencourt
Secretária de Estado da Educação e Cultura

Jayth de Oliveira Chaves
Secretário de Estado da Produção Rural e Abastecimento

Nelson Antunes de Araújo Filho
Secretário de Estado da Saúde

Waldyr José da Silva Pimenta
Secretário de Estado dos Transportes e Obras

Roberto Cohen

Secretário de Estado da Indústria, Comércio e Turismo

Marisa Serôa da Motta Monteiro

Secretária de Estado do Trabalho e do Bem Estar Social

Manoel Fausto Primavera Lima

Secretário de Estado de Comunicação Social

Gilberto Miranda Batista

Secretário de Especial de Promoção e Desenvolvimento
Econômico

Iomar Cavalcante de Oliveira

Secretário para Assuntos Fundiário e Projetos Especiais

**GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO DO
AMAZONAS, em Manaus, de agosto de 2004.**

EDUARDO BRAGA

Governador do Estado

JOSÉ ALVES PACÍFICO

Secretário de Estado Chefe da Casa Civil

¹ Redação conferida pelo art. 1º da Lei Complementar nº 29, de 21.12.01

² Redação conferida pelo art. 1º da Lei Complementar nº 34, de 17.08.04

³ Dispositivos acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 34, de 17.08.04

⁴ Redação conferida pelo art. 2º da Lei Complementar nº 34, de 17.08.04

⁵ Artigo 11-A acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 34, de 17.08.04

⁶ Redação conferida pelo art. 2º da Lei Complementar nº 29, de 21.12.01

⁷ Redação conferida pelo art. 1º da Lei nº 1.816, de 11.12.87

⁸ Parágrafo único acrescido pelo art. 1º da Lei nº 1.844, de 23.05.88

⁹ Dispositivos revogados pelo art. 6º da Lei Complementar nº 34, de 17.08.04

¹⁰ Têm-se como derogado em face do que dispõe o art. 4º da Lei nº 2.531/99

¹¹ Revogado pelo art. 15 da Lei nº 1.781, de 03.04.87

¹² Redação conferida pelo art. 12 da Lei nº 2.531, de 16.04.99

¹³ Art. 71-A acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 34, de 17.08.04

¹⁴ Art. 72-A acrescido pelo art. 1º da Lei Complementar nº 34, de 17.08.04

¹⁵ Redação conferida pelo art. 1º da Lei nº 1.844, de 23.05.88

- ¹⁶ Revogado pelo art. 122 da Lei Complementar nº 30, de 27.12.01
- ¹⁷ Tem-se como derogado por força do disposto do § 10 do art. 40 da CF (EC nº 20/98).
- ¹⁸ Acrescido pelo art. 1º da Lei nº 1.816, de 11.12.87
- ¹⁹ Renumerado pelo art. 2º da Lei nº 1.816, de 11.12.87
- ²⁰ O artigo 94, inciso III da Emenda Constitucional Estadual n. 48, de 03 de junho de 2004, que modifica o §2º do art. 48, o inciso X do art. 71 e dá nova redação à Seção III do Capítulo VI do Título III da Constituição do Estado do Amazonas, dispõe competir à Procuradoria Geral do Estado determinar a Inscrição e promover o controle, a cobrança administrativa e judicial e o cancelamento da dívida ativa do Estado.
- ²¹ Revogado pelo artigo 3º da Lei Complementar n. 38, de 10.12.04
- ²² Acrescido ao texto pela Lei Complementar n. 38, de 10.12.04
- ²³ Redação conferida pela Lei Complementar n. 38, de 10.12.04



Impresso nas Oficinas Gráficas
da Imprensa Oficial do Estado

ISSN 1807926-1



9 771807 192645 9