



ESTADO DO AMAZONAS

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



**REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO
ESTADO**

**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:
SUELY XAVIER LIMA

Apoio Administrativo e Informática:
CÁSSIA MAÍSA BEZERRA DA SILVA FERNANDES

Comissão Editorial:
SUELY XAVIER LIMA - Procuradora do Estado
HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA - Procuradora do Estado
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA - Procuradora do Estado
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES - Procurador do Estado

Comissão de Revisão:
MARIA TEREZA SERRÃO DE SOUSA - Bibliotecária
MARIARITTA SOARES CAVALCANTE - Bibliotecária

Os artigos assinados não representam necessariamente a opinião da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.
A transcrição de matérias contidas na Revista da Procuradoria Geral do Estado só será permitida com citação da fonte.
Solicita-se permuta.

Tiragem deste número: 500 exemplares

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

ISSN 1807-9261

1983-2006 (1-29)

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

Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro
Onilda Abreu da Silva
Patrícia Cunha e Silva Petruccelli
Ronald de Sousa Carpinteiro Péres
Ruth Ximenes de Sabóia
Ruy Marcelo Alencar de Mendonça
Simonete Gomes Santos
Sueley Xavier Lima
Yolanda Correa Pereira

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
Leila Maria Raposo Xavier Leite
Luciana Araújo Paes
Luciana Guimarães Pinheiro Vieira
Marcello Henrique Soares Cipriano
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
Victor Fabian Soares Cipriano
Tatianne Vieira Assayag
Vivien Medina Noronha

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

Miosótiś Castelo Branco

Oldeney Sá Valente

Paulo Lobato Teixeira

Roosevelt Braga dos Santos

Sebastião David de Carvalho

Sílvia Pucú Stephano

Vicente de Mendonça Junior

Wandina de Araújo Oliveira

Parecer nº 259/06-PA/PGE. Extensão de suspensão de licitante aplicada em âmbito municipal a estadual. Consulta. Neusa Didia Brandão Soares Pinheiro	89
Parecer nº 04/06-PJC/PGE. SEGOV. Perdas salariais decorrentes da conversão para a URV. Leonardo de Borborema Blasch	100
Parecer nº 05/06-PJC/PGE. Execução provisória de sentença. Pedido administrativo de pagamento de salários desde a expulsão até a data da reintegração. Leonardo de Borborema Blasch	113
Parecer nº06/06-PJC. Policiais Militares. Transferência para reserva remunerada. Aplicabilidade imediata da Lei 1.154/75 aos impetrantes do MS n. 2005.002188-9. Kalina Maddy Macêdo Cohen	117
Parecer nº 191/0-PPE/PGE. Aposentadoria por idade. Aplicação do Decreto n. 16.472/95 após o advento da MP n. 167, convertida na Lei n. 10.887/2004, que dispõe sobre a aplicação de disposições da EC n. 41/2003. Isabela Peres Russo Andrade	124
Parecer nº 302/06-PPE/PGE. SEAD. Acumulação de cargos públicos de investigador e professor. Consulta. Tatianne Vieira Assayag	144
Parecer nº 316/06-PPE/PGE. AMAZONPREV. Base de cálculo do adicional de quintos dos Militares. Atualização da vantagem. Consulta. Ana Eunice Carneiro Alves	149
Parecer nº 16/06-PPT/PGE. SEDUC. Contratação de Professores em caráter de urgência. Simonete Gomes Santos	159
Parecer nº 29/06-PPT/PGE.TRE. Requisição pela Justiça Eleitoral de servidor contratado por tempo determinado nos termos da Lei Estadual n. 2.607/2000. Vivien Medina Noronha	166
Parecer nº 41/06-PPT/PGE. SEJEL. Prorrogação de Contrato Temporário. Simonete Gomes Santos	171

Parecer nº 15/06-PPIF/PGE. TAG. Concessão de uso de áreas de influência do gasoduto Coari/Manaus. Evandro Ezidro de Lima Régis	177
Parecer nº 46/06-PPIF/PGE. CINORTE. Indenização ocasionada por desapropriação indireta. Roberta Ferreira de Andrade Mota ...	183
Parecer nº 05/06-PMA e Parecer nº 35/06-PPIF/PGE. CASA CIVIL. Declaração de interesse social em área de preservação permanente. Consulta. Patrícia Cunha e Silva Petruccelli e Roberta Ferreira de Andrade Mota	205
Parecer nº 01/06-PROCONT/PGE. Delegacia Geral de Polícia Civil. Legalidade da cobrança da taxa de segurança pública pela Polícia Civil. Júlio Cesar de Vasconcelos Assad	213
Parecer nº 02/06-PROCONT/PGE. Locação de bens móveis. retenção do ISS nas faturas. Adriane Simões Assayag Ribeiro	224
Parecer nº 03/06-PROCONT/PGE.FUNTEC. Legitimidade da cobrança do PIS/PASEP e COFINS importação, feita pela aduana em razão da importação de equipamento destinados à atividade. Consulta. Luciana Guimarães Pinheiro Vieira	232
Parecer nº 12/06-PROCONT/PGE. SEFAZ. Descumprimento de obrigação acessória. Falta de apresentação das GFIP'S. Consulta. Luciana Guimarães P. Vieira	242
Parecer nº 69/06-PRODACE/PGE. Análise de pedido genérico de Revisão de Ofício. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres	249
Parecer nº 085/06-PRODACE/PGE. Pedido de exclusão de ex-sócios da lista de co-responsáveis tributários da CDA. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres	266
Parecer nº 01/06-PE/DF. Casa Civil. Aprovação de Minuta de Projeto de Lei que Dispõe Sobre a Competência do Estado do Amazonas	

APRESENTAÇÃO

Celebra a Procuradoria Geral do Estado neste 2007 o 35.º aniversário da Lei n.º 1.057, que a institucionalizou e lhe conferiu o *status* de órgão coordenador e diretor do *Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual*. Vêlo a PGE, então, tomar o lugar da Procuradoria Jurídica do Estado, criada em 1965 para substituir a anciã Procuradoria da Fazenda e desempenhar papel como aquele, o que nunca, entretanto, chegou a fazer.

No exercício da condição de órgão superior do Sistema em alusão – cujos integrantes, por explicitação contida na Lei n.º 1.639/83, são “os serviços jurídicos da Administração Direta, das autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” e “os serviços jurídicos das empresas públicas, das sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas com participação do Estado” –, a Instituição tem feito desta *Revista da Procuradoria Geral do Estado* o veículo por excelência de divulgação, em tal ambiente, dos entendimentos que sustenta nas lides judiciais ou por meio de pareceres e trabalhos doutrinários de seus membros.

Vem sendo, pois, cumprida fielmente a missão que o Regimento Interno da PGE concebe ao determinar que a publicação se destina à “divulgação de artigos, estudos e pesquisas de cunho jurídico elaborados no âmbito legislativo, administrativo e judiciário, peças e arrazoados forenses, pareceres e quaisquer outras matérias de interesse do Estado”.

Foi assim nos 28 números já levados à comunidade jurídica da Administração Estadual. Foi isso o que seu Conselho Editorial teve em conta na definição do conteúdo deste, no qual se vêem pronunciamentos emitidos em importantes casos do interesse do Estado nas áreas do Direito Constitucional, Administrativo, Trabalhista, Patrimonial Imobiliário e Fundiário,

Tributário e Processual, bem como trabalhos doutrinários desenvolvidos nos campos do Direito Internacional e Ambiental, dentre outros.

Sirvam-se, criticamente, os nossos leitores.

Manaus, no Ano XXXV da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

R. Frânio A. Lima
Procurador-Geral do Estado

PARECERES**PROCESSO N. 634/2006-PGE****INTERESSADO:** Secretaria de Estado de Administração e Gestão**ASSUNTO:** Consulta sobre a possibilidade de concessão de subsídio mensal a ex-governador do Estado (Manoel Henrique Ribeiro)**PARECER N. 40/2006-PA/PGE**

"EMENTA: CONSULTA. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DE SUBSÍDIO MENSAL A EX-GOVERNADOR DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE.

- A Emenda Constitucional n. 54, de 21 de dezembro de 2005, deu nova redação ao art. 278 da Constituição do Estado do Amazonas.

- Cessada a investidura nos cargos de Governador e Vice-Governador do Estado, quem tiver exercido em caráter permanente fará jus, a título de representação, no primeiro caso, a um subsídio mensal igual à remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, e, no segundo o correspondente a 95% daquele (art. 278 da Constituição do Estado do Amazonas, alterado pela Emenda Constitucional n. 04/2005).

- A Emenda Constitucional acima mencionada entrou em vigor na data de sua publicação (22/12/2005).

- O subsídio assegurado pela Emenda Constitucional n. 54/2005 não abrange situações de ex-vice-governadores, uma vez que não lhe foi dado efeito retroativo".

Senhora Procuradora Chefe:

Ailustre Secretária Executiva de Administração e Gestão do Estado do Amazonas, Senhora Ligia Abrahim Fraxe Licatti,

solicita a manifestação desta Casa a respeito do Parecer n. 228/2006-CJ/SEAD da lavra do Douto Consultor Técnico, Dr. Jairo Barroso de Santana, o qual foi de opinião favorável ao pagamento do subsídio mensal ao ex-Vice Governador do Estado, Senhor Manoel Henrique Ribeiro, com fundamento no art. 278 da Constituição do Estado do Amazonas (redação alterada pela Emenda Constitucional n. 54, de 21 de dezembro de 2005).

Na data de 30 de janeiro de 2006, o Senhor Manuel Henriques Ribeiro, ex-Vice-Governador do Estado, protocolou pedido de concessão do subsídio mensal concedido pela augusta Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas com a alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 54, de 21 de dezembro de 2005.

A Diretora do Departamento de Pessoal da SEAD, Senhora Eleonora Maria de Freitas Santos, solicitou orientação da Consultoria Jurídica do órgão com a seguinte justificativa:

“O requerente exerceu o Mandado de Vice-Governador no período de 15 de março de 1983 a 1987. A Emenda Constitucional acima referida entrou em vigor a partir da data da publicação, ou seja: 22 de dezembro de 2005. Assim sendo, solicitamos orientação da Consultoria Jurídica sobre a aplicabilidade da Emenda Constitucional no pleito do interessado”.

Por meio do Parecer n. 228/2006-CJ/SEAD, o douto Consultor Jurídico, Dr. Jairo Barroso de Santana, opinou favoravelmente ao pleito do interessado. Peço permissão para transcrever o seguinte:

“Pelo estudo da realidade processual, constata-se que o postulante pretende usufruir do benefício da Emenda Constitucional n. 54, de 21 de dezembro de 2005, publicada no Diário Oficial do Estado do dia seguinte.

Com a alteração feita através da referida Emenda ficou assim: Art. 2.º. O artigo 278 da Constituição Estadual passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 278. Cessada a investidura nos cargos de Governador e

Vice-Governador do Estado, quem os tiver exercido em caráter permanente fará jus, a título de representação, no primeiro caso, a um subsídio mensal igual à remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, e, no segundo o correspondente a 95% daquele.

Parágrafo único – Se, em cada caso, o beneficiário vier a exercer o cargo de Senador, Deputado Federal, Governador, Vice-Governador, Secretário de Estado ou Prefeito Municipal, ficará suspenso o pagamento da representação, reestabelecendo quando cessar a função”.

Consta dos autos o “ Termo de Posse e promessa do Vice-Governador” relativo ao requerente em cujo documento fica ressaltada a sua eleição para referido cargo o que leva à aplicação do texto legal sob enfoque.

Em face disso, entende-se como procedente o pleito pelo que cabe o seu deferimento”.

A ilustre Chefe da Consultoria, Dra. Vanderci Martins Valente, recomendou a oitiva desta Casa, recomendação esta devidamente aceita pela Secretária Executiva. Argumentou a chefia que:

“ Não obstante os seus jurídicos fundamentos, DEIXO DE ENDOSSAR o anexo PARECER n. 0228/2006-CJ/SEAD, da lavra do DR. JAIR BARROSO SANTANA, face a dúvida em relação aos beneficiários da norma: se é aplicável também aos agentes que exerceram a vice-governadoria antes da vigência da ECE n. 54/2005 ou somente aos vierem a exercê-la a partir dela.

Em vista disso, recomendo o encaminhamento do Processo à oitiva da PROCURADORIA GERAL DO ESTADO – PGE, em conformidade com o inciso V, do artigo 2.º, da Lei n. 1.639/83”.

Até aqui, apenas relatei. Passo a opinar.

A Emenda Constitucional n. 54, de 21 de dezembro de 2005, deu nova redação ao art. 278 de nossa Constituição

Estadual, para incluir a possibilidade de vice-governador receber o pagamento de subsídio após o término do respectivo mandato. Esta é a nova orientação constitucional:

"Art. 278. Cessada a investidura nos cargos de Governador e Vice-Governador do Estado, quem os tiver exercido em caráter permanente fará jus, a título de representação, no primeiro caso, a um subsídio mensal igual à remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, e, no segundo o correspondente a 95% daquele.

Parágrafo único – Se, em cada caso, o beneficiário vier a exercer o cargo de Senador, Deputado Federal, Governador, Vice-Governador, Secretário de Estado ou Prefeito Municipal, ficará suspenso o pagamento da representação, reestabelecendo quando cessar a função".

Requer o peticionário o pagamento de seu subsídio equivalente à 95% da remuneração conferida ao Desembargador por ter exercido a vice-governadoria no período de 1983 a 1986.

Sem entrar no mérito da modificação trazida pela emenda, inclusive por não ser este o questionamento formulado, penso que o pleito do interessado não pode ser concedido pela Administração Pública, tendo em vista os princípios que regem a aplicabilidade das normas constitucionais. Explico melhor.

Falando da aplicabilidade das normas constitucionais, Alexandre de Moares¹ relembra a tradicional classificação das normas constitucionais dada por José Afonso da Silva:

"Tradicional a classificação das normas constitucionais, dada por José Afonso da Silva em relação a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada.

São normas constitucionais de eficácia plena

"aquelas, desde que a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e

¹ Direito constitucional, 16. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2004, p. 43

situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular" ("por exemplos, os remédios constitucionais").

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas "que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restrita por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados" (por exemplo: art. 5.º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam "aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade" (por exemplo: CF, art. 37, VII: o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Essa previsão condiciona o exercício do direito de greve, no serviço público, à regulamentação legal. Ainda, podemos citar como exemplo o art. 7.º, XI da Constituição Federal, que prevê a participação dos empregados nos lucros, ou resultados da empresa, conforme definido em lei").

Da transcrição acima, entendo que as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata são aquelas que incidem de modo imediato, dispensando legislação complementar; as normas constitucionais de eficácia contida tem aplicabilidade direta, imediata, mas sujeitas a restrições por parte do legislador infraconstitucional e as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida dependem de emissão de lei orgânica ou complementar para serem aplicadas.

Uadi Lammêgo Bulos², por sua vez, leciona que:

"Na atualidade existe classificação de normas constitucionais, baseada nos diversos critérios classificatórios apontados pela

¹ Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9

doutrina. Para tanto, considera-se a questão da intangibilidade, bem como a produção dos efeitos concretos das normas constitucionais, distinguindo-as em: normas com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa a complementável ou dependentes de regulamentação.

a) Normas com eficácia absoluta

Essas normas são intangíveis, pois contra elas nem mesmo há o poder de emendar, contendo uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las.

Diferem das normas constitucionais de eficácia plena, à medida que são emendáveis, inobstante incidirem imediatamente sem a necessidade de legislação complementar posterior.

(...)

b) Normas de eficácia plena

São plenamente eficazes, desde a sua entrada em vigor, as normas constitucionais que forem idôneas, com vistas a disciplinarem as relações jurídicas ou processo de efetivação. Assim contêm todos os elementos imprescindíveis para que exista a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos. Também, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas.

(...)

c) Normas com eficácia relativa restringível

Trata-se daquelas normas de eficácia contida do publicista José Afonso da Silva, também cognominadas de normas de eficácia redutível ou restringível.

Tais normas seriam as que logram uma aplicabilidade imediata ou plena. Contudo, podem ter o seu alcance reduzido pela atividade legislativa.

(...)

d) Normas com eficácia relativa compatível ou dependente de complementação legislativa

Outras normas constitucionais têm aplicação diferida ou mediata, devido ao fato de dependerem de norma posterior, isto é, de

uma lei complementar ou ordinária, que lhes restitua a eficácia, tornando viável o exercício do direito ou benefício consagrado”.

Entendo que a emenda sob exame deve ser vista como uma norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, pois sua aplicação independe de qualquer legislação complementar. Tal classificação significa, ainda, que a mesma somente pode produzir efeitos práticos a contar de sua publicação. Este é o motivo pelo qual o próprio art. 3.º da referida emenda estabelece que:

“Art. 3.º Esta emenda entrará em vigor na data de sua publicação”.

Relembro que o tempo, na aplicação das leis, em geral, pode ser decomposto em três momentos distintos: 1. o pretérito. 2. o presente. 3. o futuro. Assim, a lei aplicar-se-á no tempo da seguinte maneira: retroativamente, referindo-se a passado. Efeito imediato: aplicando-se desde logo ao presente. Efeito diferido: aplicação para o futuro.

Analisando a legislação pátria, em face da Constituição e da Lei de Introdução ao Código Civil, concluo que a aplicação, com efeito retroativo da lei, é proibida.

O princípio da irretroatividade, no Brasil, está inscrito na Constituição de 1988 e insere-se entre as garantias fundamentais. Não se trata, pois, de mera proteção legal, conquanto a Lei de Introdução ao Código Civil também contenha essa norma, com a seguinte redação: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico, o direito adquirido e a coisa julgada”.

O inciso XXXVI, do artigo 5º, do Texto Maior de 1988, homenageia essa norma sacrossanta, assim dispondo: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Não é qualquer assentamento legal, como sói acontecer em alguns países, senão dura e inequívoca determinação constitucional, com sede no Título II que disciplina os direitos e garantias fundamentais. Vale dizer: nem emenda constitucional poderá suprimir esse princípio.

A Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, estabelece, como outro exemplo da irretroatividade das leis em nosso ordenamento jurídico, que:

"Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. (Parágrafo incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)

§ 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial' .(Parágrafo incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)".

Diante do princípio da classificação da emenda ora questionada e da irretroatividade das leis brasileiras, surge-me o seguinte questionamento: se a emenda entra em vigor na data de sua publicação, ela pode beneficiar ex-vice-governador do Estado que teve cessada a investidura de seu mandato em 1986, como pretende o interessado? Penso que não. A Emenda é muito clara e, para mim, não comporta outra interpretação: quando estabelece que cessada a investidura e quando determina que entrará em vigor na data de sua publicação, somente atingirá interessados que tenham exercido o mandato dali pra frente.

Luis Roberto Barroso³ enfrenta esta questão:

"b) Aplicação imediata, mas não retroativa, da Constituição nova. Já se deixou assentado, anteriormente, inexistir direito adquirido

³ Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 84

em face da nova Constituição. Todas as situações jurídicas incompatíveis com o novo texto devem curvar-se à sua supremacia. Não obstante, ficou igualmente assentado que, embora a nova Constituição possa, validamente, operar efeitos retroativos, terá de fazê-lo expressamente. O que é fora de dúvida é que a Constituição, uma vez promulgada, deve ter efeitos imediatos”.

Tratando das emendas constitucionais e sua aplicabilidade, o mesmo Autor⁴ leciona que:

“Ora bem: sobrevindo emenda constitucional, os dispositivos anteriores da Lei Fundamental que sejam com ela incompatíveis ficam revogados. É bem de ver, no entanto, que as emendas constitucionais devem reverência absoluta aos preceitos do Texto Constitucional acima noticiados. Se os violar, sujeitam-se ao controle da constitucionalidade e podem ter pronunciada sua invalidade. (...)

De todo modo, sendo a emenda constitucional formal e materialmente válida, tem vigência imediata e revoga as normas constitucionais precedentes que sejam com ela incompatíveis.

Aqui, ao contrário do que normalmente se passa com o advento de uma nova Constituição, não há descontinuidade de qualquer natureza, seja formal ou material. Tampouco há que se falar em revogação de sistema. A revogação aqui operada é limitada ao dispositivo substituído e às eventuais implicações sistêmicas que disso resultem”.

Com relação à aplicação imediata das emendas constitucionais, mas de efeitos não retroativos, encontrei diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, dos quais transcrevo os seguintes:

“ADI 2201 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. NELSON JOBIM

⁴ Obra já citada, p. 63.

Julgamento: 24/09/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJ 12-12-2003 PP-00062 EMENT VOL-02136-01
PP-00175

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROVIMENTO Nº 5 DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, DATADO DE 18/11/99, QUE SUSPENDE EFICÁCIA E CONSIDERA EXTINTOS OS EFEITOS JURÍDICOS DOS ATOS DE NOMEAÇÃO, POSSE OU EXERCÍCIO DE JUIZ CLASSISTA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, COM EFEITO RETROATIVO. ATO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 24, DE 9/12/99. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO RETROATIVIDADE DAS LEIS - ART. 5º, XXXVI, DA CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE."

"RE 100773 / PI – PIAUÍ - RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO Julgamento: 08/08/1986
Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Publicação: DJ 19-09-1986
PG-17143 EMENT VOL-01433-01 PG-00099

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ESCRIVENTE JURAMENTADA. EXERCÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO. ARTIGO 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REINTEGRAÇÃO: DIREITO INEXISTENTE. SE A SERVENTUARIA FOI AFASTADA DAS FUNÇÕES DE SUBSTITUIÇÃO DO TITULAR DO CARGO DE ESCRIVÃO, ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 22, DE 1982, NÃO TEM DIREITO A VOLTAR AO CARGO COM AMPARO NO ART. 208 DA LEI MAIOR, NA REDAÇÃO DA MENCIONADA EMENDA. É QUE O DIREITO NELE ASSEGURADO NÃO ABRANGE AQUELAS SITUAÇÕES DESCONSTITUÍDAS ANTERIORMENTE, JÁ QUE NÃO LHE FOI DADO EFEITO RETROATIVO. "

"Rp 9009 / BA - BAHIA REPRESENTAÇÃO Relator(a):
Min. SOARES MUNOZ Julgamento: 22/02/1978 Órgão Julgador:
TRIBUNAL PLENO Publicação: DJ 07-06-1970 PG

EMENTA: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N 3.075/72 DO ESTADO DA BAHIA QUE OFICIALIZOU CARTÓRIOS E SERVENTIAS JUDICIAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FUNDADA" A) EM USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DE INICIATIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO; B) EM VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA; C) EM OFENSA À GARANTIA DA VITALICIEDADE E A DIREITO ADQUIRIDO; D) POR ESTABELECEER DELEGAÇÃO VEDADA; E) POR ESTABELECEER VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO PROIBIDAS. IMPROCEDÊNCIA DE TAIS ALEGAÇÕES. ART. 206 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, COM A REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 7. EFEITO IMEDIATO MAS NÃO RETROATIVO DESSA REGRA, DE SORTE QUE SUBSISTEM AS OFICIALIZAÇÕES DE CARTÓRIOS E SERVENTIAS INSTITUÍDAS POR LEIS ANTERIORES, SEM A RESSALVA PREVISTA NAQUELA NORMA. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE."

"RE 61844/SP-SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. BARROS MONTEIRO Julgamento: 07/08/1968
Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: RTJ VOL-
46113-PG-***** DJ 06-09-1968 PG-03406 EMENT VOL-00737-
02 PG-00586 RTJ VOL-00046-01 PG-00113

EMENTA: LEI MUNICIPAL QUE AUMENTA TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS DE RODAGEM NO MESMO EXERCÍCIO. INAPLICABILIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N 7, DE 22/5/64, QUE NÃO TEM EFEITO RETROATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO."

Diante do exposto, sou pelo indeferimento do pedido formulado pelo ex-vice-governador do Estado, Senhor Manoel Henrique Ribeiro, tudo conforme fundamentação anterior.

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

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, em Manaus (AM),
15 de março de 2006.

GLÍCIA PEREIRA BRAGA E SILVA

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº634/2006-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Administração e Gestão
- SEAD

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de concessão de
subsídio mensal a ex-Vice-governador do Estado.

DESPACHO

A questão posta apresenta como ponto principal a análise da retroatividade das normas constitucionais, ou em outras palavras, a incidência no tempo da norma constitucional, conforme expõe a nobre parecerista. No caso em apreço, trata-se da Emenda Constitucional n. 54, de 21 de dezembro de 2005, que alterou a redação do Art. 278 da Constituição Estadual.

Cabe reafirmar que é princípio geral de direito e base do direito intertemporal o efeito imediato da lei. Significa dizer que assim que a lei esteja pronta e acabada, apta a ser levada ao conhecimento dos que devem obedecê-la, é eficaz. Aplica-se à norma constitucional o mesmo princípio, tanto à norma originária quanto à derivada. Assim leciona Pontes de Miranda:

"As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir".¹

¹ Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969, apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O Poder Constituinte, p. 189, Ed. Saraiva.

Com estribo no entendimento esposado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é de se ter presente que quando uma norma se torna eficaz ela incide no tempo e em face dela consideram-se três situações: **atos anteriores a ela** (*facta praeterita*); **atos que podem ocorrer do presente para o futuro** (*facta futura*); ou **atos que ocorreram no passado, mas ainda têm efeito a ocorrer no futuro** (*facta pendencia*).

Do efeito imediato da norma é de concluir pela incidência sobre os fatos futuros, jamais sobre os fatos passados. Quanto aos fatos pendentes, a norma não incidirá sobre o que já ocorreu, alcançando somente o que virá no futuro. Consagra-se, desse modo, irretroeficácia da norma constitucional. No entanto, se a Constituição, por provir de um Poder ilimitado, contiver permissão para a retroatividade, esta será aplicável. Somente por mandamento expresse a retroação será aceita, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. É o que se colhe da leitura do excerto:

“A Constituição tem eficácia imediata, alcançando os **efeitos futuros de fatos passados** (retroatividade mínima). Para alcançar, porém hipótese em que, no passado, não havia foro especial, que só foi outorgado quando o réu não era mais Prefeito — hipótese em que configura retroatividade média, por estar tramitando o processo penal -, **seria mister que a Constituição o determinasse expressamente**, o que não ocorre no caso.”²

Resta fixar-se o entendimento sobre a norma derivada, no caso em comento a Emenda Constitucional n. 54, ou seja, há de se perquirir acerca de sua eficácia retroativa. Para o respeitável autor, a conclusão fica a depender da Constituição. Confira-se:

“Se a Constituição proíbe a retroatividade, ou garante o direito adquirido, a norma derivada não pode colhê-los, nem ter efeito retroativo. Fruto de um Poder adstrito às limitações e condicionamentos postos pela Constituição, obviamente tem de observar o que esta preceitua quanto aos pontos assinalados:

² RE 168.618-PR, relatado pelo Min. Moreira Alves(RTJ, 159:1017, 1997)

irretroatividade ou respeito aos direitos adquiridos. Claro está que jamais se pode pressupor a retroatividade da norma derivada."³

Idêntico raciocínio se desenvolve no âmbito da Constituição Estadual, a qual deve estrita obediência à Federal, dela não podendo destoar, sob pena de invalidação da norma por vício de inconstitucionalidade.

Não se há, ademais, de confundir as noções de irretroatividade e de respeito aos direitos adquiridos, visto que a proteção ao direito adquirido é mais que a mera irretroatividade. Explica-se. A irretroatividade, menciona Manoel Gonçalves, consiste em não colher os *facta praeterita* ou a parte já ocorrida dos *facta pendencia*. Não exclui que a lei nova colha a parte futura destes *facta pendencia*. Preservar o direito adquirido é conservar o direito constituído, como ele é nos seus efeitos até o esgotamento destes. Assim, a nova lei assegura que a parte futura dos fatos pendentes não será alterada. Visa a impedir que o direito já perfeito venha a ser extinto. É mais que a mera irretroatividade.

Ao distinguir a produção de efeitos imediatos da produção de efeitos retroativos, Luís Roberto Barroso apóia-se em jurisprudência da Egrégia Corte Constitucional:

"Impossível confundir a aplicação imediata com a retroativa, a ponto de comprometer a tão almejada segurança jurídica, o que aconteceria caso viesse a ser admitido verdadeiro 'ressuscitamento' de demanda fulminada pela prescrição".⁴

O requerente ao pleitear a aplicação da Emenda Constitucional n. 54, com vistas à percepção das vantagens remuneratórias por haver exercido o mandato de Vice-governador do Estado, não demonstra seu direito adquirido. Nem poderia ser diferente, considerando que a cessação de sua investidura no cargo de Vice-governador ocorrera anteriormente à publicação da

³ O Poder Constituinte. p. 192.ed. Saraiva

⁴ RTJ, 143:1009, 1993 (AI 140.751 [AgReg]-RJ, rel. Min Marco Aurelio, apud Interpretação e Aplicação da Constituição, p.88, ed. Saraiva.

referida norma. Assim, é de se concluir que não há direito adquirido a proteger, uma vez que se trata de fato pretérito, não alcançável pela nova Emenda. O requerente não mais exercia o mandato quando da entrada da regra constitucional no ordenamento jurídico. Ao contrário, aplica-se ao caso o princípio da irretroatividade.

Reafirme-se, então, que no direito brasileiro, é entendimento pacífico que, acolhida a proteção ao direito adquirido, a norma constitucional derivada não pode jamais ter efeito retroativo, dada a impossibilidade de alcançar *facta praeterita* ou a parte passada dos *facta pendentia*. Esse caminho trilha a farta jurisprudência colacionada pela ilustre procuradora.

De todo o exposto e em consonância com as orientações doutrinárias e jurisprudenciais, cabem, reproduzindo os ensinamentos do ilustrado Manoel Gonçalves, as seguintes observações finais:

- a- a norma constitucional – originária ou derivada – como toda lei, tem efeito imediato, e **alcança os fatos para o futuro**;
- b- a norma constitucional não tem vocação retroativa. Em princípio não tem retroeficácia. Somente se a norma originária expressamente indicar no texto é que se admite a retroeficácia;
- c- a proibição da retroeficácia pode ser simples – caso de irretroatividade. Neste caso os *facta praeterita* estão fora do alcance da nova norma.

Pelas razões expendidas, acolho a bem lançada conclusão da Procuradora do Estado, Dr^a Glícia Pereira Braga e Silva, exarada no Parecer n. 40/2006-PA/PGE, no sentido de não admitir o pleito do requerente.

Encaminhem-se os autos ao gabinete do Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus, 16 de março de 2006.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefa

PROCESSO N. 929/2006-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado de Educação e Qualidade do Ensino – SEDUC

ASSUNTO: Consulta sobre o direito de preferência da Administração de que trata o artigo 27 da Lei nº 8.245/91.

PARECER Nº 64/2006-PA/PGE

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO. DIREITO DE PREFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DESAPROPRIAÇÃO.

O contrato de locação de imóvel urbano, sendo a Administração locatária, é regido pelo direito privado, com incursões do direito público.

É aplicável o artigo 27 da Lei nº 8.245/91 à hipótese de preferência da Administração como locatária para a aquisição do imóvel locado, nos termos ali dispostos.

Inexistindo interesse do Estado na aquisição do imóvel locado, deve a Administração providenciar a assinatura do Termo Aditivo ao Contrato de Locação, com as alterações e ratificações devidas. Tendo sido vendido o imóvel locado para terceiro sem a observância do direito de preferência, resta à Administração, se configurado seu interesse, a possibilidade de desapropriação do imóvel.

Senhora Procuradora-Chefa,

Secretaria de Estado de Educação e Qualidade do Ensino – SEDUC encaminha a esta Procuradoria consulta acerca do direito de preferência de que usufrui, à vista do disposto no artigo 27 da Lei nº 8.245/91, uma vez que o imóvel alugado para a Administração foi vendido para terceiro, sem que houvesse a devida comunicação por parte do locador.

Manifesta a Assessora da SEDUC, ao formular sua consulta, o interesse da SEDUC na *manutenção do ajuste até o final do ano escolar resguardando o direito à educação aos alunos daquela localidade.*

Em síntese, é o relatório. Opino a seguir.

Os pareceres administrativos, como bem sabemos, são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. Como esta Procuradoria Administrativa tem por competência opinar em todas as consultas formuladas pela Administração Pública Direta e Indireta no âmbito do Direito Administrativo, este é o motivo pelo qual os autos chegam a esta Especializada.

Estamos, portanto, diante do chamado controle interno dos atos administrativos. Para Hely Lopes Meirelles¹ *controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os seus órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo quê é um controle de legalidade e de mérito.*

Tecendo comentários a este respeito, Celso Ribeiro Bastos² afirma que *a Administração deve estar toda envolvida pela juridicidade, não somente para fazer valer os direitos individuais, motivo pelo qual freqüentemente os administrados insurgem-se perante a Administração, mas também para fazer valer os interesses da ordem jurídica e as prerrogativas do próprio Poder Público, que não fazem outra coisa que traduzir o interesse geral ou coletivo.*

Desta forma, o controle interno, buscado por este parecer, é a atividade que a Administração exerce sobre si mesma, para, ao final, conter a ação dos órgãos e agentes públicos no âmbito de suas respectivas competências.

O contrato de locação no qual figura a Administração como locatária é regido preponderantemente pelas regras de direito privado, com incursões das de direito público. É a posição dominante na doutrina, representada por Márcio dos Santos Barros³, quando afirma:

¹ Direito administrativo brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 574

² Curso de direito administrativo. Editora Celso Bastos, 1. ed. p. 468

³ Comentários sobre licitações e contratos administrativos, São Paulo: NDJ, 2005. p.3

"É evidente que, quando se tratar de imóvel de particular do qual pretende ser locatária e não locadora, deverá a Administração, após o competente procedimento licitatório, se for o caso, contratar com o terceiro de forma tradicional, sendo então perfeitamente aplicável o contrato civil de locação, com alguns coloridos de Direito Público (...)."

Assim, o artigo 27 da Lei nº 8.245/91 é aplicável à hipótese trazida à apreciação, que consiste na venda do imóvel locado, objeto de contrato de locação onde a Administração é locatária, para terceiro. Estabelece a disciplina legal:

"Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

(...)

Art. 28. O direito de preferência do locatário caducará se não manifestada, de maneira inequívoca, sua aceitação integral à proposta, no prazo de trinta dias."

A rigor, portanto, a locadora, antes de efetuar a venda do imóvel a terceiro, deveria ter comunicado seu interesse à Administração, a fim de possibilitar o exercício do seu direito de preferência à aquisição do imóvel locado.

Confrontando os autos, observo que a comunicação procedida foi posterior à venda, e objetivou cientificar à Administração da mudança de propriedade do imóvel, bem como do interesse da nova proprietária em manter o contrato de locação.

Embora não se tenha cumprido o dispositivo legal, entendo que o direito de preferência para a Administração, quando não exercido, **não ocasiona para ela prejuízo algum, se não houver o interesse na aquisição do imóvel por parte da Administração.**

Assim, configurada a decadência do direito de preferência, na forma do artigo 28 acima transcrito, constato a inexistência de prejuízo para a Administração, a uma porque, pelo teor da manifestação da Sr^a. Assessora da SEDUC, o interesse dessa Secretaria é de manter o contrato de locação até o final do ajuste, excluindo, desta forma qualquer intenção por parte da Administração em adquirir o imóvel; a duas, porque, segundo consta dos autos, a ex-proprietária do imóvel, ao comunicar sua venda, informou do interesse da nova proprietária em manter o contrato com o Estado.

Quanto a esta última circunstância, diga-se, por oportuno, que a conduta da nova proprietária não poderia ser diferente, uma vez que, consoante dispõe a Cláusula Oitava do Termo de Contrato de Locação nº 49/2005, *no caso de alienação onerosa ou gratuita do imóvel ora locado, fica o novo proprietário obrigado a respeitar a locação vigente até o término do prazo contratual.* (grifos não são do original)

Inexistindo, pois, interesse do Estado em adquirir o imóvel objeto do Termo de Contrato de Locação mencionado, deve providenciar a assinatura do Termo Aditivo do qual conste a alteração da identificação da Locadora, bem como a ratificação dos demais termos do Contrato.

Diversamente do que se depreende dos autos, caso sobeje interesse do Estado em adquirir o imóvel, nesta altura, quando o imóvel locado já foi alienado para terceiro, pode lançar mão de outro instrumento administrativo – a desapropriação.

Desapropriação, no dizer de José dos Santos Carvalho Filho⁴, *é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.*

No caso sob análise, a desapropriação seria justificada pela *utilidade pública*, cabendo na hipótese prevista no artigo 5º do Decreto-lei nº 3.365/41, de *exploração ou conservação de serviços públicos.*

⁴ Manual de direito administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 648

Entendo, entretanto, à vista da manifestação de fls. 16-PGE que solicita desta Especializada orientação para *manter o ajuste até o final do ano escolar*, que **não existe interesse da Administração em adquirir o imóvel locado, devendo a SEDUC, por conseguinte, providenciar, como dito acima, a assinatura de Termo Aditivo ao Contrato de Locação**, do qual conste a alteração da propriedade do imóvel e a ratificação das demais cláusulas contratuais.

Assim me parece. À consideração de V. S^a.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus (AM), 10 de abril de 2006.

ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA

Procuradora do Estado do Amazonas

PROCESSO nº 929/2006-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado de Educação e Qualidade do Ensino

ASSUNTO: Consulta sobre o direito de preferência da Administração de que trata o artigo 27 da Lei nº 8.245/91.

DESPACHO:

ACOLHO o Parecer n. 64/2006-PA/PGE, subscrito pela i. Procuradora do Estado, Dr^a Ellen Florêncio Santos Rocha, no qual conclui pela possibilidade de manutenção do contrato de locação do imóvel de propriedade da Sr^a Rosimar Fernandes Hipólito.

ENCAMINHE-SE à apreciação do Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 10 de abril de 2006.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora-Chefe

PROCESSO N. 929/2006-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado de Educação e Qualidade do Ensino

ASSUNTO: Consulta sobre o direito de preferência da Administração, na qualidade de locatária.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 64/2006-PA/PGE, da lavra da Procuradora do Estado Ellen Florêncio Santos Rocha, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, Dra. Heloysa Simonetti Teixeira.

ENCAMINHEM-SE os autos à Secretaria de Estado de Educação e Qualidade de Ensino-SEDUC, nos termos do aludido pronunciamento.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 17 de abril de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO: N. 868/2006-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ

ASSUNTO: Solicitação de Parecer Jurídico para atendimento às exigências da Resolução n.43, do Senado Federal e Portaria n. 4, da Secretaria do Tesouro Nacional.

PARECER N. 81 /2006-PA/PGE

EMENTA: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. EMPRÉSTIMO EXTERNO. PARECER JURÍDICO PARA ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS DA RESOLUÇÃO N.43, DO SENADO FEDERAL E DA PORTARIA N.4, DA SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL.

- A Lei n. 2.867, de 19.12.2003, que dispõe sobre o Plano Plurianual para o período de 2004/2007, contempla parcialmente o Programa Zona Franca Verde;
- A Lei n. 3.010, de 7.12.2005, autoriza expressamente o Poder Executivo a contratar empréstimo externo para a execução do Projeto de Desenvolvimento Regional;
- Atendimento aos limites impostos pela Resolução n. 43/2001 do Senado Federal e da Portaria n. 4/2002 da STN;
- Necessidade de inclusão dos recursos provenientes da operação de crédito pleiteada no orçamento, por meio de declaração do Chefe do Poder Executivo e do Secretário da Fazenda.

Senhor Procurador-Geral

Por meio do Ofício n. 171/GS, de 16.3.2006, recebido nesta Especializada em 22.3.2006, o Sr. Secretário de Estado da Fazenda encaminha, para apreciação e parecer, documentação referente ao empréstimo externo no valor de R\$228.000.000,00, a ser contraído junto ao Banco Mundial, para o desenvolvimento regional do Estado do Amazonas – Programa Zona Franca Verde.

Trata-se de solicitação formulada pela Secretaria do Tesouro Nacional/COPEM, vinculada ao Ministério da Fazenda, para prosseguimento da análise do pleito do Estado.

Instruídos os autos com os seguintes documentos: cópia da Lei n. 3.010, de 7 de dezembro de 2005; cópia das diretrizes para elaboração dos pareceres técnico e jurídico; Portaria n. 4, de 18 de janeiro de 2002, e Resolução n. 40, de 2001, do Senado Federal.

Inicialmente, por intermédio da Promoção n. 18/2006-PA-PGE, foi solicitado ao Senhor Procurador-Geral o encaminhamento de ofício à SEFAZ para juntada de documentação, com vistas a subsidiar a análise.

Esclareça-se que esta Procuradoria foi atendida apenas parcialmente, de acordo com a documentação apresentada informalmente. Carreados aos autos, por consequência, cópia do Relatório de Gestão Fiscal – Anexos I, II, IV, V, VI e VII.

Considerando a natureza do assunto e o tempo decorrido desde a solicitação desta Casa, faz-se imperioso apresentar a análise com base na presente instrução processual.

Estes os esclarecimentos iniciais. Passa-se às considerações técnicas.

O § 1º do art. 32 da Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), impõe os requisitos que antecedem a concessão de autorização de operação de crédito externo:

Art. 32. (...)

§ 1º. O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em **parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos**, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:
I – existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

II – inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

- III – observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal;
- IV – autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;
- V – atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição;
- VI – observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.(grifo não original)

Inicialmente, em atendimento ao preceito contido no §1º do art. 167 da Constituição Federal¹, verifica-se que a Lei n. 2.867, de 19 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o **Plano Plurianual para o período de 2004/2007 (DOE de 19.12.03) contempla os Programas: 3001 – Gestão da Política Agrícola – GEPA – Zona Franca Verde; 3000 – Desenvolvimento e Dinamização de Cadeias Produtivas da Agropecuária, Pesca e Aquicultura – Zona Franca Verde**, referente ao objeto da operação de empréstimo pretendida.

Observa-se, ainda, que os referidos Programas 3001 e 3000, ambos voltados para o setor agrícola, abrangem atividades de (a) apoio ao transporte, beneficiamento, Industrialização e armazenamento da produção agrícola (b) assistência técnica e extensão rural – ATER (c) capacitação de produtores rurais; defesa sanitária animal e vegetal (d) manutenção de mercados e feiras, manutenção de redes de comunicação rural (e) organização e dinamização da cadeia produtiva da aquicultura, da pesca, dos produtos de origem animal e dos produtos de origem vegetal.

A Lei autorizadora do empréstimo externo prevê:

Art. 2º Os recursos oriundos da operação de crédito prevista no artigo anterior serão destinados à execução do Projeto de Desenvolvimento Regional do Estado do Amazonas para o

¹ CF/1988, art. 167, § 1º: "Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade".

Programa Zona Franca Verde, empreendendo **ações coordenadas nas áreas de saúde, saneamento e desenvolvimento sustentável**. (grifo não original)

Nota-se, então, que a autorização legal abrange, de forma genérica, as áreas de saúde, saneamento e desenvolvimento sustentável, as quais encontram referência no PPA.

I – Do cumprimento dos requisitos da Lei Complementar n. 101/2000

Considera-se cumprida a exigência do inciso I do § 1º do Art. 32 da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), uma vez que a Lei n. 3.010, de 7 de dezembro de 2005 (DOE 7.12.2005) autoriza, expressamente, o Poder Executivo a contratar empréstimo externo.

Estabelece a sobredita lei, em seus arts. 1º e 2º:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a contratar com o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, nos termos e condições aprovadas pela Comissão Financiamentos Externos – COFIEX e mediante prévia autorização do Senado Federal, empréstimo externo até o valor de R\$ 228.000.000,00 (duzentos e vinte oito milhões de reais).

Art. 2º - Os recursos oriundos do empréstimo previsto no artigo anterior serão destinados ao Projeto de Desenvolvimento Regional do Estado do Amazonas para o Programa Zona Franca Verde, compreendendo as áreas da saúde, saneamento e desenvolvimento sustentável." (grifo não original)

Ao examinar-se a **Lei n. 2.962**, de 29 de julho de 2005 – Lei de Diretrizes Orçamentárias – Anexo I – vê-se que contempla o Programa Desenvolvimento e Dinamização de Cadeias Produtivas da Agropecuária, Pesca e Aquicultura Zona Franca Verde, Programa 3000, cujo objetivo é “promover o uso racional dos recursos naturais do Estado do Amazonas, mediante a formação de arranjos produtivos sustentáveis, com geração de

emprego e renda às populações rurais, assegurando condições necessárias à produção, comercialização e organização da comunidade". O Programa apresenta como público-alvo "agricultores, criadores, pescadores, aquícultores, extrativistas, assentados da reforma agrária e demais segmentos da sociedade civil". Do mesmo modo o Quadro de Detalhamento da Despesa, aprovado pelo Decreto n. 25.595, de 29.12.2005 (DOE de 29.12.2005), incorporou o Programa Desenvolvimento e Dinamização de Cadeias Produtivas da Agropecuária, Pesca e Aquícultura – Zona Franca Verde – Programa 3000.

No que pertine às operações de crédito, para cumprimento do inciso II do § 1º do Art. 32, da Lei Complementar 101/2000, conforme ensinam Edson Ronaldo Nascimento e Ilvo Debus² a comprovação da inclusão, no orçamento, dos recursos provenientes da operação pleiteada bem como da destinação da despesa original será verificada via declaração objeto do inciso VIII do art. 1º da Portaria n. 4, de 2002, da Secretaria do Tesouro Nacional, conforme Anexo VI. Ressalte-se que, nos termos do modelo atualizado constante do Anexo VI, esta declaração deverá ser assinada pelo Chefe do Poder Executivo e pelo Secretário de Estado da Fazenda. Esta comprovação deverá ser original ou fotocópia autenticada em cartório³. Na forma da orientação STN, item 9, fl.5-PGE, deverá ser informada a classificação orçamentária (rubrica contábil) tanto da receita quanto da despesa.

A determinação do **inciso V, do § 1º, do art. 32** da LRF, conforme se mencionou antes, a Lei n. 3.010, de 7.12.2005 (DOE 7.12.2005), autorizou expressamente o Poder Executivo a contratar empréstimo externo, mediante a abertura de crédito suplementar no valor de R\$228.000.000,00, com a finalidade precisa de prover o Programa Zona Franca Verde.

II – Comprovação de cumprimento dos limites estabelecidos nas Resoluções do Senado Federal n. 40/2001 e 43/2001

² In: Lei Complementar nº 101/2000: entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal - Brasília: ESAF, 2002.

³ Idem. p.78.

De acordo com o art. 52 da Constituição Federal de 1988, compete privativamente ao Senado Federal:

Art. 52. (...)

(...)

VII – dispor sobre limites globais e **condições para as operações de crédito** externo e interno da União, **dos Estados**, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

(...) (grifo não original)

Como forma de conferir efetividade ao comando constitucional transcrito, a Lei Complementar n. 101/2000 exigiu, como uma das condições para a contratação de operação de crédito, que o ente interessado formalize seu pleito fundamentando-o em parecer de seu órgão jurídico, demonstrando a observância dos limites e condições fixados pelo Senado federal (art. 32, § 1º, III).

Tais limites e condições encontram-se, atualmente, estabelecidos nas **Resoluções n. 40, de 20.12.2001**, e **n. 43, de 21.12.2001**, ambas do Senado Federal.

No presente caso, resta atendida a exigência do inciso I do art. 3º da Resolução n. 40, de 20.12.2001, do Senado Federal, que impõe a impossibilidade de a dívida consolidada líquida do Estado ultrapassar o limite de duas vezes a sua receita corrente líquida (art. 3º, I da Resolução 40/2001). Examinado o quadro de Demonstrativo da Dívida Consolidada Líquida do Estado do Amazonas, anexo II do Relatório de Gestão Fiscal fl. , até o 3º quadrimestre do exercício de 2005, comprova-se o pleno atendimento, visto que a DCL corresponde a R\$ 1.541.905 e o limite definido pelo Senado Federal (2 x RCL) atinge R\$ 8.588.781.

De outro lado, evidenciado o atendimento quanto ao montante global das operações realizadas, o qual não pode exceder 16% da receita corrente líquida, conforme art. 7º da Resolução n. 43/2001, do Senado Federal. Da análise do Quadro

Demonstrativo das Operações de Crédito do Relatório de Gestão Fiscal, comprova-se o perfeito ajustamento das operações, considerado o valor registrado para RCL de R\$4.294.390,00 correspondendo o limite a R\$687.102,00.

Importa alertar para a necessidade de juntada de um exemplar original do diário oficial ou fotocópia autenticada em cartório da publicação do Relatório de Gestão Fiscal, uma vez que não integrou os presentes autos.

III – LEI ORÇAMENTÁRIA DO EXERCÍCIO EM CURSO E EVENTUAIS LEIS E DECRETOS DE ABERTURA DE CRÉDITOS ADICIONAIS (INCISO XIV DO ART. 21 DA RESOLUÇÃO N. 43/2001)

Impende recomendar o encaminhamento ao Ministério da Fazenda de: (a) exemplar da publicação na imprensa oficial ou cópia autenticada em cartório da publicação; (b) Anexo 1 da Lei n. 4.320/64 (Adendo II – Portaria SOF n. 8, de 4.2. 1985) assinado pelo Chefe do Poder Executivo e pelo Secretário Estadual da Fazenda, listando todas as leis e decretos que alteraram a Lei Orçamentária Anual.

CONCLUSÃO

Após análise minudenciada dos dados trazidos, conclui-se pelo atendimento às determinações legais, recomendando-se a complementação da documentação conforme recomenda o inciso VIII do art. 1º da Portaria n. 4/2002, e o envio dos documentos indicados.

É o parecer. À sua apreciação.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA - PGE em Manaus
(AM), 18 de abril de 2006.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora do Estado

**CARLOS ALBERTO
DE M. RAMOS FILHO**
Procurador do Estado

PROCESSO: N. 868/2006-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ

ASSUNTO: Solicitação de parecer jurídico para atendimento das exigências da Resolução n.43 do Senado Federal e da Portaria n. 4, da Secretaria do Tesouro Nacional.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 81/06-PA/PGE, dos Procuradores do Estado da Procuradoria Administrativa-PA/PGE, Dr^a Heloysa Simonetti Teixeira e Dr. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho.

ENCAMINHEM-SE os autos à Secretaria de Estado da Fazenda-SEFAZ.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 27 de abril de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 1305/2006-PGE

INTERESSADO: Unidade de Gerenciamento do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus

ASSUNTO: Análise da minuta de termo de convênio

PARECER N. 83/2006-PA/PGE

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE MINUTA DE CONVÊNIO ENTRE UGPIE SUHAB. REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS AO FEH, REFERENTE AO PROGRAMA SOCIAL E AMBIENTAL DOS IGARAPÉS DE MANAUS-PROSAMIM.

- A descentralização de crédito orçamentário deve ser efetuada por meio de destaque, mediante portaria do órgão concedente ou termo de convênio.
- Transferências podem ser feitas diretamente à conta do Fundo Estadual de Habitação.
- Condições para o repasse devem ser objeto do plano de trabalho que acompanha o termo de convênio.

Senhor Procurador-Geral

Trata-se de análise de minuta de termo de convênio a ser celebrado entre a UGPI – Unidade de Gerenciamento do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus e a SUHAB – Superintendência Estadual de Habitação, com o objetivo de estabelecer as condições de aplicação dos recursos provenientes de empréstimo financeiro contraído junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID pelo Estado do Amazonas.

Autorizado pela Lei n. 2.785, de 12 de fevereiro de 2003, os recursos do empréstimo serão destinados ao Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus, compreendendo obras e serviços de infra-estrutura sanitária, recuperação ambiental e desenvolvimento institucional (art. 2º).

Posteriormente, a Lei n. 2.939, de 30 de dezembro de 2004, criou o Decreto Estadual nº 24.828, de 23 de fevereiro de 2005, regulamentou o Fundo Estadual de Habitação - FEH. Segundo previsão legal, o FEH é gerido por um Conselho Diretor composto pelos Secretários de Estado da Fazenda e da Infra-estrutura e pelo Diretor-Presidente da Superintendência Estadual de Habitação – SUHAB. (art. 2º da Lei), designada a SUHAB como seu órgão gestor (art. 3º).

Adite-se que o FEH compõe-se de recursos, entre outros, oriundos de “transferências provenientes de entidades públicas ou privadas, nacionais ou internacionais” (art. 4º. IV, da citada Lei).

A minuta de convênio acostada estabelece a celebração do ajuste entre a UGPI e a SUHAB, cujo objeto, de acordo com a Cláusula Segunda (fl.05-PGE), prevê a *“conjunção de recursos técnicos e financeiros dos partícipes para a implementação de ações e providências no sentido de assegurar as ações de reassentamento relativos a moradores dos igarapés de Manaus, Mestre Chico e Bittencourt, na área de intervenção do PROGRAMA, em observância às políticas do Governo do Estado, ao Plano Diretor de Desapropriação e Reassentamento do PROSAMIM e as políticas do BID.”*

Reunidos à apreciação os documentos relativos ao ajuste pretendido e o correspondente plano de trabalho.

São as informações preliminares, passo a tecer minhas considerações.

I – DA POSSIBILIDADE DO TERMO DE CONVÊNIO

Para o saudoso Hely Lopes Meirelles, *convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesses comum dos partícipes. Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes* (Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, Editora Malheiros, p. 354).

Diferente não poderia ser o entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior¹, ao afirmar que *no convênio, têm-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) que propugnam objetivos de interesses comuns (ambos os Municípios querem a demarcação dos limites municipais; ou Estado-Membro e União desejam trocar informações para fins tributários). Sendo assim, é natural que qualquer partícipe, a todo momento, pode denunciar o convênio e dele se retirar [...] O convênio pode ter objeto qualquer coisa (obra, serviço, atividade, uso de certo bem), desde que encarne um interesse público [...]. Pode ocorrer que o objeto, além de encarnar um interesse público, também sintetiza um interesse particular, como é o caso do convênio em que um dos partícipes é pessoa privada[...] O objeto deve atender a interesses iguais, comuns[...]. Nenhum deseja vantagens ou interesses opostos. Se pretenderem interesses contrapostos, não se tem convênio, mas contrato[...]*

Apenas para arrematar, lanço mão das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro² *"Pode-se dizer que, antes do interesse comum almejado no âmbito do convênio, os partícipes têm competências institucionais comuns. O resultado almejado insere-se dentro das atribuições de cada um dos partícipes. Outro indicador é a obtenção de um resultado comum, ou seja, de um estudo, de um ato jurídico, de um projeto, de uma obra, de um serviço técnico, de uma invenção etc., que serão usufruídos por todos os partícipes. Em todas as hipóteses há mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros. Não se cogita de preço ou de remuneração."*

Bem compreendidos o objetivo e a natureza dos convênios, diante dos abalizados entendimentos doutrinários. À primeira vista, poder-se-ia cogitar da possibilidade de se firmar ajuste dessa natureza para a cooperação que se deseja.

¹ Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 46

² Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 345 e seguintes

Entretanto, necessário se faz colacionar as disposições da Portaria Interministerial STN/SOF n. 163, de 4 de maio de 2002, que trata sobre as normas gerais de consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, **Estados**, Distrito Federal e Municípios, para se concluir pela possibilidade, ou não, de se transferir os recursos mediante convênio.

O art. 7º da citada norma prevê:

"A alocação dos créditos orçamentários na lei orçamentária anual deverá ser feita diretamente à unidade orçamentária responsável pela execução das ações correspondentes, ficando vedada a consignação de recursos a título de transferência para unidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social." (grifos não originais)

Importa adicionar a previsão do Art. 2º, item 10 da Portaria Interministerial n. 519, de 27 de novembro de 2001, cuja redação altera o Anexo II da Portaria anteriormente mencionada, nos seguintes termos:

"10 – Transferências Intragovernamentais

Despesas realizadas mediante transferência de recursos financeiros a entidades pertencentes à administração pública, dentro da mesma esfera de governo." (grifos não originais)

Da leitura dos dispositivos é possível inferir a **proibição de transferências intragovernamentais** entre unidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social **dentro da mesma esfera de governo**. Nesse passo, convém esclarecer quais unidades compõem os orçamentos fiscal e da seguridade, para se concluir se o termo de convênio é o instrumento mais apropriado, uma vez que este pressupõe o comprometimento prévio da despesa.

De citação imprescindível o inciso I do §5º do Art. 165, da Constituição Federal:

"Art. 165.

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;” (grifos não originais)

Em ensinamentos esclarecedores acerca da interpretação do inciso constitucional, o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Valdecir Pascoal (Direito Financeiro e Controle Externo, p. 44, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 2005) pontua ser “ o orçamento fiscal de toda a Administração Pública, Direta e Indireta (todos os Poderes, Ministério Público, Tribunal de Contas, órgãos, Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) englobando a despesa e a receita de toda a Administração Pública para um exercício financeiro, menos os investimentos de empresas estatais e as receitas e despesas relativas à seguridade social.”

No caso concreto, ao trazer tal interpretação para a Lei Orçamentária Anual do Estado do Amazonas (LOA), no que interessa a esta manifestação, verifica-se que **estão compreendidas, no orçamento fiscal, as despesas e receitas dos fundos e das autarquias**, nestas incluída a Superintendência Estadual de Habitação e, naqueles, o Fundo Estadual de Habitação e a UGPI, esta como órgão da administração direta, de acordo com a dicção de seu art. 14. Daí concluir-se a incidência da retro citada proibição sobre o convênio entre dois integrantes do orçamento fiscal da mesma esfera de governo, uma vez que este tipo de acordo pressupõe o empenho prévio da despesa.

Com vistas a solucionar impasses dessa ordem, no âmbito do Estado do Amazonas, o Decreto Estadual n. 22.459, de 16 de janeiro de 2002, disciplinou a **descentralização de crédito mediante destaque**, formalizado este por meio da celebração de convênio quando envolver receitas vinculadas e por portaria do gestor do órgão concedente, quando envolver recursos não vinculados (art. 1º, §1º).

Posteriormente, o Decreto n. 24.634, de 16 de novembro de 2004, revogou o anterior e passou a regulamentar a matéria.

A título de esclarecimento e para firmar entendimento consentâneo com a legislação pertinente, faz-se necessário citar o que se tem como receita vinculada. A doutrina especializada considera receita vinculada como especial ou de aplicação especial aquela que tem sua destinação previamente estabelecida na legislação pertinente³. É o caso dos empréstimos compulsórios, em que a aplicação dos recursos provenientes de sua cobrança é vinculada à despesa que fundamentou sua instituição (art. 148, parágrafo único, CF/1988).

Em consulta ao glossário da Secretaria do Tesouro Nacional⁴ confirma-se tal entendimento:

Receita vinculada: Receita arrecadada com destinação específica estabelecida na legislação vigente. Se a receita vinculada é instrumento de garantia de recursos à execução do planejamento, por outro lado, o aumento da vinculação introduz maior rigidez na programação orçamentária.

A Lei Complementar n.101/2000, de Responsabilidade Fiscal, ao disciplinar a execução orçamentária e o cumprimento das metas, prevê no parágrafo único do art. 8º que os recursos vinculados não podem ser gastos com despesas diferentes das destinadas por lei. Confira-se:

Art. 8º. (*omissis*)

Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

³ Alberto Deodato, Manual de ciência das finanças, p. 41; C. de Alvarenga Bernardes e J. Barbosa de Almeida Filho, Direito financeiro e finanças, p. 56; Cláudio Martins, Compêndio de finanças públicas, p. 85; Walter Paldes Valério, Programa de direito financeiro e finanças, p. 103.

⁴ http://www.tesouro.fazenda.gov.br/servicos/glossario/glossario - glossario_r.asp, acesso em: 3 maio 2006.

Não obstante o que se disse até aqui, a IN SEFAZ n. 001, de 16 de janeiro de 2002, que regulamentava o Decreto 22.459/2002, atualmente revogado, estabeleceu os procedimentos necessários à efetivação de operações de descentralização de crédito orçamentário mediante destaque, considerava o seguinte:

1.1.1 recursos vinculados – recursos do orçamento ou de exercícios anteriores (superávit), cuja aplicação tenha vinculação específica, **oriundos das fontes 127, 146, 230, 280, 285, 327, 346, 430, 480 e 485.**

1.1.2 recursos não vinculados – recursos do orçamento ou de exercícios anteriores (superávit), do tesouro estadual, bem como os arrecadados diretamente pelos órgãos da administração indireta, **oriundos das fontes 100, 115, 116, 121, 140, 145, 150, 155, 160, 170, 201, 210, 271, 275, 300, 315, 321, 340, 345, 350, 355, 360, 370, 401, 410, 471 e 475.**(grifados)

Assim, a Instrução Normativa consignou as fontes de recurso de acordo com o tipo. É de fácil percepção o tratamento mais rigoroso conferido aos recursos vinculados, ao se determinar a feitura de termo de convênio, o qual se sujeita aos controles do Tribunal de Contas do Estado, na forma da Resolução n. 03, de 10 de setembro de 1998.

Embora não mais em vigor, sua leitura serve para aclarar as dúvidas em relação ao atual Decreto, porquanto este não desce a minúcias na regulamentação da matéria.

Os recursos de que se trata – empréstimo externo para o PROSAMIM – Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus – estão na **fonte 275**, conforme informação do órgão interessado. Em sendo assim, deduz-se sua classificação como **recurso não vinculado, com base na instrução anterior.**

A Lei n. 2.785, de 12 de fevereiro de 2003, que autorizou o empréstimo financeiro com o BID, “vinculou”, em seu art. 2º, a utilização desses recursos somente para as ações do PROSAMIM:

Art. 2º Os recursos oriundos do empréstimo previsto no artigo anterior **serão destinados ao Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus**, compreendendo obras e serviços de infra-estrutura sanitária, recuperação ambiental e desenvolvimento institucional. (grifado)

Da redação legal, é indubitável que se cuida de recurso vinculado a uma específica ação governamental, ainda que ao termo "vinculado" aqui talvez não se permita atribuir acepção técnica. Ainda assim, não se pode olvidar o cumprimento do sobredito parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar 101, que, de uma forma ou de outra, impõe observância de utilização dos recursos à destinação dada em lei.

Contudo, de uma reflexão mais detida sobre o tema, embora importante o ponto tratado, entendo que mais relevante na discussão, a esta altura, é a possibilidade de a Consulente celebrar termo de convênio. Dizendo melhor, ainda que a legislação estadual, como fartamente demonstrado, permita procedimento mais simplificado para a hipótese, a intenção da UGPI é adotar o convênio para se concretizar o destaque orçamentário. Imprime-se, nessa hipótese, com absoluta certeza, maior controle e rigorismo ao acompanhamento dos gastos relativos aos recursos provenientes do BID.

De outro lado, vale argumentar, o atual Decreto regulamentador não faz qualquer referência ao instrumento a ser utilizado, de acordo com o art. 1º, §1º. Assim, não há vedação expressa a que se prefira o termo de convênio à portaria, razão pela qual não encontro óbice à celebração de termo de convênio para se efetivar o destaque orçamentário. O que não pode ocorrer, conforme já se disse, é o empenho de recursos.

Quanto aos procedimentos, listados no art. 2º, parágrafo único do Decreto n. 24.634, de 16 de novembro de 2.004, vê-se que este preconiza: o **destaque será proposto pelo interessado ao titular do órgão ou entidade responsável pelo programa, mediante apresentação de Plano de Trabalho**. Especifica, ainda, as providências em relação à efetivação do destaque.às hipóteses de portaria e de termo de convênio.

Parágrafo único - O plano de trabalho deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- I – razões que justifiquem o destaque de crédito orçamentário;
- II – descrição completa do objeto a ser executado;
- III – plano de aplicação dos recursos, para cada evento.

Art. 3º Os destaques poderão ser alterados também por portaria do concedente.

Portanto, recomenda-se a elaboração de plano de trabalho pelo proponente – SUHAB -, na qualidade de órgão gestor do Fundo Estadual de Habitação - adequado ao objeto, haja vista aquele pensado aos autos não se amoldar à situação.

II – DO FUNDO ESTADUAL DE HABITAÇÃO

Abre-se parêntese para abordar que apesar de o fundo especial, em geral, conforme ensina J. Teixeira Machado Jr⁵, não ser entidade jurídica, não ser órgão ou unidade orçamentária, e ser “

um conjunto de recursos financeiros destinados aos pagamentos de obrigações por assunção de encargos de várias naturezas, bem como por aquisições de bens e serviços a serem aplicados em projetos ou atividades vinculados a um programa de trabalho para cumprimento de objetivos específicos em uma área de responsabilidade e que a Contabilidade tem por função evidenciar, como é do seu próprio objetivo, através de contas próprias, segregadas para tal fim.”

não é o que ocorre em relação ao Fundo Estadual de Habitação, que possui inscrição junto ao cadastro de Pessoa Jurídica – CNPJ - e dotação orçamentária própria. Nessa situação, em consonância com o delineado até aqui, torna-se adequada a **elaboração de instrumento de convênio pela UGPI**, como órgão

⁵ A Lei 4.320 e a lei de responsabilidade fiscal comentada. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003. p.161

concedente, que preveja o repasse dos recursos diretamente ao Fundo Estadual de Habitação, adotadas as providências até aqui minudenciadas, e **publicado o extrato** no Diário Oficial do Estado, em estrito cumprimento ao art. 5º do Decreto c/c o art. 61, parágrafo único da Lei n. 8.666/93.

Sobreleva adicionar que outra razão pela qual o destaque haverá de ser efetuado diretamente à conta do Fundo Estadual de Habitação, gerido pela SUHAB, decorre de imposição prevista no art. 1º da Lei n. 2.939/2004, instituidora do FEH:

“Art.1º Fica instituído o Fundo Estadual de Habitação – FEH, com o objetivo de promover, incentivar, apoiar, custear ações na área de habitação desapropriar, indenizar, efetuar permutas de imóveis e financiar moradias de interesse social para a população residente na área de atuação do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus – PROSAMIM, e demais áreas assim consideradas, para fins de execução das ações relativas à Política Estadual de Habitação.” (grifado)

Combinado com o art. 2º da sobredita Lei, também mencionado alhures, pode o FEH receber as transferências de recursos financeiros, com respaldo no inciso IV, porquanto estas também compõem os recursos do FEH. Previsto no art. 4º, § 1º do Decreto n.24.828, o FEH tem contabilidade própria, com subtítulo específico no sistema contábil do Estado, conquanto seja a SUHAB a entidade jurídica responsável pela gestão do FEH, em cuja contabilidade deveria estar registrada conta destacada para esse fim.

Como se sabe, a **conta bancária do FEH deve ser especial**, cuja movimentação está sujeita aos controles legais para aferição da correta aplicação de seu saldo. Para o destaque de que se trata, não há obstáculo em se abrir conta específica, a exemplo do que ocorre com os convênios tradicionais, o que, vale dizer, é inteiramente recomendável.

III - DO PLANO DE TRABALHO

Refrise-se que o convênio referente ao destaque orçamentário deve ser precedido, como se deixou assente, de plano de trabalho, este com previsão no art. 116 da Lei n. 8.666/93, corroborado no art. 4º do Decreto n. 24.634/2004.

Convém sugerir elaboração de instrumento específico que contemple: as ações previstas, as razões que justifiquem a aplicação do crédito, a descrição completa do objeto a ser executado e o plano de aplicação, com finalidade de propiciar efetivo controle da destinação dos recursos. A adaptação do instrumento sob exame deve-se ao fato de que o atual não espelha as exigências legais, uma vez que está lacunoso e genérico, sem discriminação precisa dos tópicos que o compõem.

De toda sorte, os controles aos quais se submeterá a aplicação desses recursos decorrem de vários dispositivos legais, a exemplo do disposto do art. 8º do Decreto Estadual nº 22.459/2002, §3º do art. 4º do Decreto n. 24.828/2005, que aprovou o Regulamento do Fundo, além das cláusulas do Termo de Contrato de Empréstimo.

Acerca do mencionado contrato, não passa desconhecido que, no caso em apreço, o contrato de empréstimo dita regras especiais, na forma das disposições das **Normas Gerais do BID**. Essa possibilidade encontra arrimo no art. 42, §5º da Lei n. 8.666/93, cuja dicção transcreve-se:

"Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro internacional multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições internacionais aprovadas pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades,

inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior." (grifo não original)

Contudo, de se presumir que os regramentos citados não podem ir de encontro às normas de controle interno da Administração Pública, sobretudo quando se tem presente as negociações travadas anteriormente à assinatura do instrumento de contrato. Sublinhe-se que, apesar de não constar dos autos, colho junto ao arquivo da Especializada, que o sobredito acordo de empréstimo, no item 4.02 do Anexo Único, fixa condutas de controle a serem observadas pela UGPI, por ser o órgão gerenciador do Programa, entre as quais merece destaque – na alínea (g) - **a manutenção de contas bancárias específicas e separadas para a gestão de recursos do Programa relacionados com o financiamento do Banco e da contrapartida local**. Bem evidenciada a preocupação do agente financiador com os controles dos gastos.

Por fim, da análise efetuada, conclui-se que:

- a) não há proibição expressa à utilização do termo de convênio para se efetivar o destaque orçamentário;
- b) o destaque pode ser efetuado por meio de convênio para recebimento dos recursos pelo Fundo Estadual de Habitação (§ 1º do art. 1º, Decreto Estadual n. 22.459, de 16.01.2002);
- c) o repasse pode se efetivar diretamente à conta do FEH, dada sua peculiaridade;
- d) a solicitação para o destaque deverá partir do FEH, por meio de seu órgão gestor, SUHAB, à UGPI, órgão concedente, mediante apresentação de plano de trabalho;
- e) o plano de trabalho deverá contemplar as exigências da Lei n. 8.666/93 e a minuta apresentada deverá ser reformulada;

- f) as condições de cumprimento das obrigações, além de previstas no referido plano de trabalho, também já se constituem objeto de vários atos estaduais regulamentadores, superiores àquele;
- g) a minuta do instrumento de convênio juntada merece reparos.

Elevo à apreciação do Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus, 28 de abril de 2006.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora-Chefe

PROCESSO N. 1305/2006-PGE

INTERESSADO: Unidade de Gerenciamento do Programa Social
e Ambiental dos Igarapés de Manaus

ASSUNTO: Minuta de Convênio

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 083/06-PA/PGE, da Procuradora-
Chefe da Procuradoria Administrativa-PA/PGE, Dr.^a Heloysa
Simonetti Teixeira.

DEVOLVAM-SE os autos à UGPI.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 5 de maio de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 1.667/2006-PGE**INTERESSADO:** Secretaria de Governo**ASSUNTO:** Proposição de intervenção estadual no município de Novo Airão pelo Tribunal de Contas do Estado.**PARECER N. 104/2006-PA/PGE****EMENTA. CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.**

- A ausência de prestação de contas, na forma da lei, enseja a decretação de intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios.
- Previsão constitucional.
- A intervenção é ato político-administrativo, temporário e limitado.
- Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a eles poderão voltar, exceto se houver impedimento legal.

Senhor Procurador-Geral

Examina-se, nesta oportunidade, proposição do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Amazonas para intervenção estadual no Município de Novo Airão, fundamentada na ausência de apresentação de prestação de contas, no prazo legal, com fundamento nos artigos 128, II e 129, I, da Constituição Estadual c/c o artigo 35, II da Constituição Federal.

A proposta, formulada por meio do Ofício n. 128/GP, de 26 de maio de 2006, foi recebida pelo ilustre Secretário de Governo, que a despachou, para apreciação, a esta Procuradoria Geral.

É o breve relatório. Passo as minhas considerações, o que faço de modo sintético, haja vista a urgência que o caso requer.

1. DA NATUREZA DA INTERVENÇÃO

Segundo o bem conceituado José Afonso da Silva¹ a "intervenção é ato político que consiste na incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta." A intervenção é medida excepcional quando se trata de Estado Federal, como a República Federativa do Brasil. Neste, as entidades componentes caracterizam-se pela autonomia que lhe é conferida. Essa autonomia, prevista constitucionalmente, é exercida dentro dos limites traçados na Constituição, como forma de se permitir o equilíbrio federativo, levado a efeito por meio de mecanismos constitucionais.

Nesse ponto, destaca-se a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal e dos Estados nos Municípios, conforme prevêem os artigos 34 a 36 da Constituição Federal.

A intervenção, exatamente porque é antinomia da autonomia, só é admitida nas hipóteses enumeradas nos sobreditos dispositivos constitucionais, como medida excetiva ao princípio da não intervenção, o qual é abrigado pelo Estado Federal. Assim, a leitura das hipóteses de intervenção impõe seja feita de forma taxativa, e estas somente devem ser consideradas de modo estreito e adotadas quando absolutamente necessárias.

Por ser instituto típico da estrutura do Estado Federal, a intervenção tem como pressupostos de fundo situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional (art. 34, I, II, III, IV, da CF/88).

O enquadramento da situação de que se cuida pode ser tida com finalidade de defesa da ordem constitucional, prevista no art. 34, VII, para observância de princípios constitucionais, dentre os quais sobreleva o da prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta.²

¹ Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 483

² José Afonso da Silva. Op. Cit. p.484.

2. DA DECRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTADUAL

A intervenção estadual, seguindo os mesmos pressupostos da federal, é efetivada por meio de decreto do Governador do Estado, o qual especificará a sua amplitude, prazo e condições de execução e, se couber, nomeará um interventor (art. 36, §6º). Em sendo a citada intervenção no Poder Executivo Municipal é necessária a nomeação de um interventor para assumir as funções de prefeito. A previsão constitucional na esfera estadual encontra amparo no art. 129, I, da CE, cuja dicção merece transcrição:

Art. 129. A intervenção em Município se dará por decreto do Governador, observado o seguinte procedimento;

I – nas hipóteses dos itens I a III, do artigo anterior, a denúncia será apresentada ao Governador do estado por autoridade pública ou por qualquer cidadão.

A hipótese ventilada na proposição da Egrégia Corte de Contas autoriza a intervenção pela sua só ocorrência, ou seja, em se verificando a ocorrência dos motivos que a autorizam, a intervenção pode ser decretada – art. 35, II, da CF/88 e art. 128, II, da CE.

Não se poderia deixar de referir ao controle político da intervenção, que por isso mesmo necessita ter seu decreto autorizador submetido, no prazo de vinte e quatro horas, à apreciação da Assembléia Legislativa Estadual, que, se não estiver funcionando, será convocada extraordinariamente, para conhecer do ato interventivo.

Conforme a mais abalizada doutrina, a apreciação pela Assembléia Legislativa não se limita a tomar ciência da intervenção, ao contrário, submete-se o decreto interventivo a juízo de aprovação ou rejeição, na forma descrita no art. 28, VI, da Constituição do Estado do Amazonas.

Se a conclusão da Assembléia Legislativa se der no sentido oposto, ou seja, pela inadmissibilidade da intervenção, esta passará a ser ato inconstitucional, e deverá ser suspensa

imediatamente, pois sua manutenção constituir-se-á atentado contra os poderes constitucionais do Estado, caracterizando-se crime de responsabilidade do Governador do Estado previsto no art. 55, II da Constituição Estadual.³

3. DA CESSAÇÃO DA INTERVENÇÃO

A intervenção, justamente por ser ato temporário, ficará imediatamente suspensa se cessados os motivos ensejadores de sua decretação, e os titulares afastados de seus cargos retornarão a eles, salvo impedimento legal (art. 34, §6º da CF e art. 129, §3º, da CE)

Tal ocorre porque o afastamento dessas autoridades visa a permitir o retorno à normalidade constitucional. Portanto, em consequência, obtida a normalidade e cessados os motivos da intervenção, as autoridades só não poderão retornar a seus cargos se assim estiverem impedidos, por força de lei. Se ocorrer seu impedimento, deverão assumir aqueles previstos na Lei Orgânica do Município como sucessores.

CONCLUSÃO

A final, conclui-se no sentido de que se trata de hipótese de intervenção constitucionalmente prevista, permitido ao Chefe do Poder Executivo decretar a intervenção no Município de Novo Airão, por proposição do Tribunal de Contas do Estado, com fundamento no art. 128, II da CE c/c art. 33, II da CF.

É o parecer, que encaminho à apreciação do Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus, 29 de maio de 2006.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefa

³ Idem.

PROCESSO N. 1667/2006-PGE**INTERESSADO:** A Secretaria de Estado de Governo**ASSUNTO:** Intervenção estadual no Município de Novo Airão.
Proposta de Tribunal de Contas do Estado. Hipótese
do inciso II do art. 128 da Constituição Estadual.**DESPACHO**

APROVO o Parecer n.104/06-PA/PGE, da Srª Chefe da da Procuradoria Administrativa, Procuradora Heloysa Simonetti Teixeira, restando consubstanciado nele o entendimento da PGE a respeito.

ENCAMINHEM-SE os autos à Secretaria de Estado de Governo.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 29 de maio de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSION. 2.385/2006-PGE.

INTERESSADO: Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/AM.

ASSUNTO : Consulta acerca da possibilidade de pagamento por serviços prestados pela Torres Construções Ltda, sem a devida cobertura contratual.

PARECER N. 158/2006-PA/PGE

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSULTA. PAGAMENTO PELAREALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DIVERSOS DOS CONTEMPLADOS NO EDITAL DE LICITAÇÃO E NO CONTRATO ADMINISTRATIVO FORMALIZADO. POSSIBILIDADE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. INDENIZAÇÃO EQUIVALENTE AOS CUSTOS. APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS.

- Informada a Autoridade administrativa, ainda na fase inicial de execução do contrato, quanto à necessidade de modificação do projeto da obra e, por conseguinte, do próprio contrato e tendo ela optado por dar seguimento à obra, sem qualquer providência prévia, surge o dever de indenizar.

- Apurado que o administrador e o particular, cientes da irregularidade, deram andamento ao projeto, configurada fica a culpa concorrente e a indenização correspondente limitar-se-á a cobrir os custos da obra.

- Apuração da responsabilidade do agente administrativo pela violação à regra da licitação.

Ilustre Procuradora Chefe,

Trata-se de consulta formulada pelo DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO AMAZONAS – DETRAN sobre a possibilidade de se realizar o pagamento do valor de R\$ 1.194.462,96 (hum milhão, cento e noventa e quatro mil, quatrocentos e sessenta e dois reais e noventa e seis centavos),

à empresa TORRES CONSTRUÇÕES LTDA., pela realização de serviços complementares e essenciais, não previstos em contrato, relacionados à construção da sede da Comissão Especial de Direção Veicular – CEDV.

Questiona-se, igualmente, de que forma esse pagamento poderia ser feito, na hipótese de se opinar positivamente quanto à sua realização.

Informa o ente consulente que a elaboração do Projeto Básico e a fiscalização da obra foram feitas pela SECRETARIA ESTADUAL DE INFRA-ESTRUTURA – SEINF e que foi o corpo técnico desta que atestou a realização dos serviços complementares.

Anexa à consulta, entre outros, informação da SEINF atestando a realização das obras complementares, Termo de contrato n. 006/2005, Primeiro Termo Aditivo e Segundo Termo Aditivo.

A seguir, o ente consulente apresentou a esta Procuradoria Geral do Estado requerimento protocolado pela empresa TORRES CONSTRUÇÕES LTDA., no qual foram anexados, entre outros, orçamento sintético, ordem de serviço referente ao contrato, orçamento analítico para aditivo, termo de recebimento provisório pela SEINF, ofício da SEINF encaminhando ao DETRAN Projeto Básico referente à ampliação das obras para fins de realização de licitação.

Por fim, a SEINF encaminhou ofício n. 3844/2006, no qual declara que o projeto básico ficou aquém das reais necessidades e que o DETRAN-AM não aguardou a sua revisão, tendo determinado a realização das obras nos novos moldes.

É o relatório.

A contratação de bens e serviços pelo poder público é, em regra, precedida da realização de procedimento licitatório (CF, art. 37, XXI), do qual a Administração só se exime nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa contempladas em lei.

Da análise dos documentos carreados ao processo administrativo, percebe-se que houve a realização de licitação para construção da sede da Comissão Especial de Orientação Veicular e, neste certame, a empresa TORRES CONSTRUÇÃO LTDA. sagrou-se vencedora.

Em 23.07.2005, as partes contratantes firmaram o primeiro termo aditivo do contrato, que se limitou a ampliar os prazos contratuais originais. Seguiu-se, em 13.09.2005, a assinatura do segundo termo aditivo do contrato, com majoração do valor originário em 24,72% (vinte e quatro inteiros e setenta e dois centésimos por cento).

Em 05.05.2006, a SEINF enviou ao DETRAN-AM novo projeto básico, contemplando a necessidade de realização de serviços prévios, não contemplados no Edital ou no contrato, indispensáveis ao cumprimento deste.

A apreciação da presente questão, cuja complexidade é evidente, deve partir da consideração de que as obras e serviços pelos quais a empresa TORRES ENGENHARIA LTDA. está pleiteando pagamento são sempre descritas, nos diversos expedientes da SEINF, como essenciais ao cumprimento do contrato celebrado.

Como efeito, por ocasião do início das obras licitadas, percebeu-se a imprescindibilidade de realização de serviços prévios, o que pôs às claras que o projeto básico que norteou o procedimento padecia de falhas patentes, precisando, pois, ser modificado, com reflexos diretos sobre os serviços licitados.

Segundo atesta a SEINF, a empresa Interessada, informou desse fato a Direção do DETRAN/AM, a fim de que fosse providenciada a modificação do projeto executivo. Ainda segundo a SEINF, a referida autarquia, no entanto, se limitou a determinar a realização da obra nos novos moldes, ignorando a necessidade de prévia alteração contratual ou de realização de nova licitação.

É que o art. 6.º, inc. IX, alínea "b", da Lei n. 8.666/93 consigna que o projeto básico deverá conter, entre outras exigências, "soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto e de realização das obras e montagens".

Segundo destaca FLORIANO P. AZEVEDO MARQUES NETO¹ "se a lei elege uma diretriz para os projetos básicos de

¹ BLC, São Paulo, ano 14, n. 2, p. 98-99, fev. 2001.

modo a que eles sejam feitos com a maior precisão, reduzindo a necessidade de reformulação, deduz-se que a possibilidade de alteração é albergada na lei, ainda que indesejada – o que se depreende do desiderato de redução da necessidade.” E prossegue:

“Colhe-se ainda que o legislador, ciente das vicissitudes da execução de obras públicas, anteviu a possibilidade de alterações não só na fase de elaboração do projeto executivo como também na própria execução dos cometimentos citados. Não fosse o dispositivo citado, e socorreria a admissibilidade de alteração do projeto após a contratação (por ocasião do preparo do projeto executivo – o que, repetimos, pode ser feito após a adjudicação – ou mesmo quando da execução da obra) a própria previsão contida no art. 57, § 1º, inc. I, ou no art. 65, inc. I, “a”, que aludem expressamente à possibilidade de modificação do projeto no curso da execução contratual.

13. Parece-nos portanto fora de dúvida que o regime legal vigente admite – após a contratação – alterações no projeto básico de modo a adequá-lo à realidade e aos problemas técnicos surgidos do exame mais detalhado que tem lugar quando do preparo do executivo ou mesmo de modo a escoimá-lo de erros ou deficiências – compreensíveis em sede do preliminar projeto básico – de estimativas havidas no preparo do projeto original.”

Essa modificação no projeto básico geraria, por necessário, a necessidade de alteração do contrato administrativo, mas isso não despertaria maiores dificuldades, mesmo diante da circunstância de essa alteração praticamente dobrar o preço da obra contratada.

É que a Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 65, inciso I, alínea “a”, expressamente prevê a realização de alteração contratual “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos.”

Conforme destaca MARÇAL JUSTEN FILHO², o preceito legal em questão "compreende as situações em que se constata supervenientemente a inadequação da concepção original, a partir da qual se promovera a contratação", mesmo "para respaldar modificações derivadas de situações preexistentes, mas desconhecidas por parte dos interessados. O grande exemplo é o das 'sujeições imprevistas', expressão clássica no Direito francês e que indica eventos da natureza ou fora do controle dos seres humanos, existentes por ocasião da contratação mas cuja revelação se verifica apenas por ocasião da execução da prestação. O grande exemplo é o da falha geológica do terreno, que impede a implantação da obra tal como inicialmente prevista."

Sucede que, segundo informado nos autos, a Direção do DETRAN/AM fez a opção por executar os serviços sem realizar as alterações que se faziam necessárias e a TORRES ENGENHARIA LTDA., ainda que soubesse das irregularidades ocorridas, cumpriu as determinações do ente público e deu andamento aos trabalhos, tudo sob a fiscalização do corpo técnico da SEINF.

Nesse interim, o Ente contratante se limitou a providenciar a realização de pequenos aditivos de prazo e um de valor, com acréscimo limitado a 24,72% (vinte e quatro inteiros e setenta e dois centésimos por cento), isto é, já muito próximo do limite contemplado no art. 65, § 1.º, da Lei n. 8.666/93.

Está claro, pois, que a realização de serviços sem cobertura contratual, ainda que considerado o aditivo de valor, configura nítida irregularidade, sendo ato passível de invalidação por burla à exigência constitucional de prévia licitação para a contratação com o Poder Público.

Sucede que, mesmo que se invalide o ato, da sua supressão surge a necessidade de restituir as partes ao "status quo ante", o que se faz, em linha de princípio, mediante a integral restituição das prestações já realizadas. Diante dos casos de

² Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 539

impossibilidade de retorno das partes ao estado anterior, como na espécie, tem-se defendido, em diversos pareceres desta especializada – já referidos no requerimento da Interessada –, o direito do particular à percepção de uma indenização, como forma de se impedir o enriquecimento sem causa da Administração.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³, refletindo posição amplamente acolhida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, tem defendido que o Poder Público não pode restar beneficiado pelos bens fornecidos, pela obra realizada e pelos serviços prestados, sem indenizar o particular pelo seu equivalente em dinheiro.

Sucedo que, como destaca o referido mestre, esse entendimento só se aplica até quando não há elementos que permitam afastar a presunção de boa-fé do administrado. Segundo ele, “o certo é que não se pode admitir que a Administração se locuplete à custa alheia e, segundo nos parece, o enriquecimento sem causa – que é um princípio geral do Direito – supedaneia, em casos que tais, o direito do particular indenizar-se pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração, ainda que a relação jurídica se haja travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita, inclusive a ser depreendida do mero fato de havê-la boamente incorporado em seu proveito, salvo se a relação irrompe de atos de inquestionável má-fé, reconhecível no comportamento das partes ou mesmo simplesmente do empobrecido”.

Ainda que se entenda que esse dever de indenizar só se faz presente quando fica provado que o fornecimento do bem ou a realização da obra ou serviço o foram com a autorização do ordenador de despesa do ente ou órgão, o requisito estaria satisfeito na espécie. É que a aquiescência da Sra. Diretora do DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN/AM é expressamente afirmada pelo titular da pasta da SEINF, na qualidade de órgão fiscalizador da obra.

³ O Princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. In: Revista Diálogo Jurídico, v. 1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

Reconhecido tal direito, cumpre perquirir o que deverá ser indenizado ao particular. Neste ponto, pertinente a lição de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR⁴:

"Frise-se que o parágrafo alude a 'dever de indenizar' e, não, a dever de remunerar. Entenda-se por indenizar o pagamento tão-só do custo do que foi executado pelo contratado, excluída a parcela remuneratória que compõe o preço avençado. A satisfação do custo da prestação afasta o enriquecimento ilícito da Administração; a exclusão do valor da remuneração acompanha o caráter de sanção inerente à nulidade.

Ordinariamente, haverá presunção de concorrência de culpas na geração do vício apenado com nulidade, já que, em matéria de contrato, o encontro de vontades inclui o dever, para ambas as partes, de examinar as cláusulas e condições do que estão a contratar, sendo, em princípio, inescusável para ambas a presença de vício.

Excepcionalmente, demonstrada a culpa exclusiva da Administração Pública, o contratado terá o direito ao pagamento do preço integral (custo mais remuneração) do que houver executado."

Diante de tal posicionamento, os elementos constantes do processo administrativo dão a entender que ambos os contratantes conheciam os vícios e resolveram assumi-los, para, a despeito deles, dar andamento à obra. Isso atrai a aplicação da regra geral acima citada, para que o particular seja ressarcido tão-somente pelos custos com a obra realizada.

Desse modo, deve-se apurar o real custo das obras que ultrapassaram o objeto contratado, cujo valor deverá representar a indenização a ser paga ao particular.

Ponto a que não se pode fugir no presente parecer versa sobre a responsabilização do agente administrativo responsável pelas irregularidades ocorridas, sugerindo-se, quanto à matéria,

⁴ "Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública". 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 613-614.

a instauração do competente procedimento administrativo para apuração dos fatos e a remessa de fotocópia do presente parecer à Controladoria Geral do Estado.

Ante o exposto, opina-se no sentido de que seja deferido, em parte, o pleito formulado pela Interessada, a fim de que a ela seja paga uma indenização representativa dos custos incorridos na realização da parte da obra desprovida de cobertura contratual, excluída, portanto, a parcela de lucro que se encontra embutida na planilha de preços apresentada.

Opina-se, ainda, no sentido de que seja recomendada a apuração da responsabilidade dos servidores e demais pessoas envolvidas na ampliação da prestação dos serviços sem a devida cobertura contratual, inclusive mediante a extração de cópia do presente e sua remessa à Controladoria Geral do Estado.

É o parecer.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA (PA/PGE),
Manaus, 07 de agosto de 2006.

INGRID MONTEIRO

Procuradora do Estado do Amazonas

PROCESSO N. 2.385/2006-PGE

INTERESSADO: Departamento Estadual de Trânsito– DETRAN/AM

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de pagamento por serviços prestados pela empresa Torres Construções Ltda, sem a devida cobertura contratual.

DESPACHO

A tese esposada pela Procuradora do Estado, Dr^a Ingrid Monteiro, foi objeto de artigo doutrinário por mim subscrito, intitulado "Responsabilidade da Administração Pública diante de contratos nulos"¹, no qual analisei a atuação da Administração em situações como a que ora se examina.

¹ RPGE, Manaus, ano 19, n. 25, p. 491-498, 2000. Anual.

O objeto da consulta revela infringência, inicialmente, a dois dispositivos legais do normativo que rege as licitações e os contratos administrativos, (a) quando da celebração de um contrato verbal e (b) por ocasião da autorização de acréscimo de serviços de engenharia além do limite de 25%, previstos nos art. 60, parágrafo único e art. 65, parágrafo 1º, respectivamente, ambos da Lei n. 8.666/93.

Acerca do assunto, no citado artigo, assim sustentei entendimento:

"Convém reconhecer que a contratação realizada nesses moldes, embora infringindo os normativos que regem a matéria, gerou uma relação jurídica.

Ao tratar do contrato nulo, a Lei de Licitações dispensou tratamento cuidadoso em seu art. 59, parágrafo único, de modo a evitar o enriquecimento sem causa do Estado, à vista do prejuízo que sofreria o particular diante do inadimplemento por parte da Administração. Di-lo o susomencionado dispositivo: 'a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.' Essa disposição legal prestigia os princípios da Teoria Geral do Direito, os quais vedam o enriquecimento sem causa, isto é, proíbe que alguém enriqueça às custas da miséria de outro, sem motivo. [...]

O locupletamento pressupõe o enriquecimento de alguém, o empobrecimento de outrem, sem existir motivo justo que o justifique. Exemplo prático ocorre diante de situação em que a Administração firma contrato ilegal, sabendo-o, e não efetua os pagamentos pelos serviços prestados ao contratado, dando como motivo de seu inadimplemento a nulidade do ajuste. O Direito não poderia albergar esse tipo de proposição, eis que totalmente contrária aos princípios de Direito. [...]"

Após citar diversas posições doutrinárias em idêntico sentido, arrematei:

"Pacífica, portanto, a responsabilidade do Poder Público de ressarcir os danos causados em face de um termo contratual inquinado de nulidade. Como demonstrado, a responsabilidade da Administração, nesses casos, não é contratual, mas extracontratual. Resta-nos, assim, determinar qual o quantum para o pagamento, ou melhor, quais os valores envolvidos diante de um contrato executado, porém considerado nulo.

A questão é complexa, porquanto a praxe administrativa é o pagamento total do valor global, como se válido fosse o contrato, sem considerar-se que a natureza do referido pagamento é a de recompor apenas os custos com a execução do contrato, acrescidos dos encargos legais, se for o caso, e não de remuneração. O pagamento previsto no art. 59 não confere direito ao particular, em princípio, aos lucros cessantes, mas tão-somente aos danos emergentes."

Estribada nos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Junior, também referido pela parecerista, reafirmei o entendimento ao citar Santiago Dantas, cujo estudo bem distinguiu **obrigação e responsabilidade**:

"... os atos ilícitos constituem uma das fontes da obrigação, mas não se poderá dar um passo na dogmática civil se não se fizer uma distinção muito clara entre o conceito da obrigação e o conceito da responsabilidade...

A primeira diferença que se tem de fazer é que **em toda obrigação há um dever jurídico originário**, e na **responsabilidade se tem um dever jurídico sucessivo**, conseqüente à violação do primeiro.

Um homem toma emprestado de outro uma quantia, constituindo-se, portanto, seu devedor. Tem-se uma obrigação. O devedor tem o dever de pagar e o credor, o direito de receber; esse dever jurídico, que pesa sobre o devedor, é uma obrigação, porque é um dever jurídico originário. Formou-se, em conseqüência deste contrato, que foi o mútuo.

Outro exemplo: um homem oferece seus serviços profissionais a outro, que os contrata. Existe aí uma obrigação de fazer e

essa obrigação é um dever jurídico originário. Esse homem, porém, que tinha de prestar os seus serviços, não cumpre a sua obrigação; viola o dever jurídico originário. Que acontece? Surge daí um outro dever jurídico, que é o dever jurídico de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. O devedor será o mesmo, mas em vez do dever a que anteriormente estava adstrito – o trabalho, ele passa a dever uma nova coisa: a composição do prejuízo... Este segundo dever é sucessivo; toma o lugar do primeiro. Diz-se, então, que isto não é uma obrigação; é uma responsabilidade.

Pode-se, na prática baralhar os termos e chamar a ambos obrigação ou a ambos responsabilidade. É preciso, porém que esteja bem claro que a obrigação é um dever jurídico originário e que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo."

Do cotejo entre o dispositivo legal (art.59) e o entendimento doutrinário, parece que a Lei quis dizer é que haverá **ressarcimento**, portanto, somente **dos custos** decorrentes da execução do contrato tido como inválido, ou seja, **o dispositivo refere-se à responsabilidade do Poder Público pelos atos de seus agentes**. Trata-se, então, de um **dever jurídico sucessivo**, porquanto o particular executou contrato considerado nulo por infringência legal, não cabendo o pagamento da remuneração como forma de penalidade. Cabe aqui realçar que uma vez nulo o contrato, não se pode pretender pagamento idêntico como se regular fosse. O Estado atuará como responsável por atos de seus agentes e não como contratante, caso em que estaria obrigado a cumprir sua parte na avença.

Outro ponto que impende ser considerado em relação ao caso concreto, é que a lei faz referência a prejuízo, o que deixa nítida a característica de dano emergente, e realça a natureza de ressarcimento, não se referindo a lucros cessantes. Estes últimos caberiam se o pagamento decorresse de uma obrigação e não de uma responsabilidade.

Remarque-se, por fim, que no caso de que os autos cuidam, houve, como se disse antes, desobediência flagrante ao art. 65, §1º, que impõe o limite de 25% para os acréscimos

posteriores à celebração do contrato, não efetivado formalmente, o que gerou o contrato verbal, de igual modo proibido, nessa situação.

Ao particular cumpre o dever de conhecer a lei, sobretudo em se tratando de contratação com a Administração Pública, haja vista explícita **exigência constitucional (art. 37, inc. XXI, CF)**. A Lei n. 8.666/93 não se dirige somente à Administração Pública, mas ao administrado que com ela contrata. Ambos se submetem às normas e sua inobservância inquina de vício a relação jurídica dela resultante.

Adicione-se, ainda, que sobreleva alertar para o fato de o **Administrador não dever permanecer inerte** diante de falhas da espécie, cabendo-lhe apurar a falta cometida, assegurado ao servidor investigado o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de omissão ou condescendência punitiva do administrador, em relação ao delito funcional cometido, além das penalidades eventualmente impostas pelas Cortes de Contas.

Como última providência, ao decidir pelo pagamento dos custos, deverá a Interessada providenciar termo de confissão dívida, no qual deverá restar expressa a quitação geral do valor a ser pago ao Contratado.

Imprescindível afirmar que a matéria aqui tratada deve ser sempre estudada considerando-se o caso concreto, uma vez que, casos há em que resta comprovada a culpa exclusiva da Administração, cabendo o pagamento integral ao contratado.

À conclusão, acolho o Parecer n. 158/2006, da lavra da Procuradora do Estado, Dr^a Ingrid Monteiro, por entender que, de acordo com a instrução processual, restou comprovada a culpa concorrente dos interessados (Contratante e Contratado).

Encaminhem-se os autos ao gabinete do Senhor. Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em
Manaus, 8 de agosto de 2006.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefe

PROCESSO N. 2385/2006-PGE**INTERESSADO:** Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas**ASSUNTO:** Consulta sobre pagamento de serviços prestados sem cobertura contratual.**DESPACHO**

APROVO o Parecer n. 158/06-PA/PGE, da Procuradora do Estado Indrid Monteiro, acolhido com a manifestação da Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa-PA/PGE, Dr^a Heloysa Simonetti Teixeira.

ENCAMINHEM-SE os autos ao Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas-DETRAN-AM

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 10 de agosto de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 2384/06-PGE

ASSUNTO: Minuta de Lei que dispõe sobre a criação das Unidades de Saúde – Criação de Cargo Comissionado

INTERESSADO: Casa Civil

PARECER N. 168/2006-PA/PGE

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO ELEITORAL. APROVAÇÃO DE PROJETO DE LEI. CRIAÇÃO DE UNIDADES DE SAÚDE E DE CENTROS DE ESPECIALIDADES MÉDICAS.

- Caracterizado aumento de despesa. Necessidade de observâncias das disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal. Requisitos destacados.

- A Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, ao dispor sobre as normas para as eleições, estabelece, na seção das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais, as proibições deste período”.

Senhora Procuradora-Chefe:

Retorna a esta Especializada o processo em epígrafe, no qual a douta Procuradora do Estado, no exercício da Chefia da Consultoria Técnico-Legislativa do Gabinete do Governador do Estado, Dra. Indra Mara Bessa, ao aprovar a Promoção n. 346/2006-CTL, solicitou a manifestação desta Casa a respeito da possibilidade de criação de cargos comissionados em decorrência do que dispõe a Lei Complementar n. 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para justificar o pedido, disse o ilustre Assessor Técnico-Legislativo que:

“Trata-se de Ofício, datado de 20 de junho de 2.006, no qual o Secretário de Estado da Saúde, Dr. Wilson Duarte Alecrim, encaminha minuta de Projeto de Lei que dispõe sobre a criação de Unidades de Saúde, na estrutura organizacional da SUSAM.

Pretende a criação de 2 unidades de Urgência e Emergência, sendo uma Tipo "I" e a outra Tipo "II" e dois Centros de Especialidades Médicas, sendo um "Tipo II" e um "Tipo III".

Ocorre que além da instituição das referidas Unidades, e em decorrência disso, a minuta de Lei também prevê a criação de 14 (quatorze) cargos de Direção e Chefia, todos de provimento em comissão, com vencimentos fixados no próprio Anexo Único da Minuta.

A Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 – LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – na Subseção dedicada “ao controle de despesa total com pessoal” prevê, mais especificamente no parágrafo único do artigo 21, o seguinte:

(...) Neste sentido, considerando que o pleito da SUSAM, em última instância teria repercussão financeira, ensejando aumento de despesa com pessoal, e ainda, levando-se em conta que o prazo para a vedação contida no dispositivo supramencionado encerrou-se em 30 de junho do ano corrente, sugiro a remessa dos autos à Procuradoria Geral do Estado acerca da matéria."

Não é a primeira vez que me manifesto nos autos. Por meio da Promoção n. 58/2006-PA/PGE solicitei o seu envio à Procuradoria do Pessoal Estatutário por entender que se tratava de matéria afeta àquela Especializada.

Neste momento, o processo administrativo em epígrafe retorna com o Despacho de fls. 17-PGE, subscrito pela Douta Procuradora do Estado Chefe da PPE, Dra. Isabela Pêres Russo Andrade com a seguinte observação:

"O processo foi primeiramente distribuído a essa Especializada, havendo a douda Procuradora encarregada do feito, Dra. Glícia Pereira Braga e Silva, encaminhado o assunto à apreciação desta PPE, em razão do teor da promoção exarada pela Consultoria Técnico-Legislativa.

Ocorre que a criação dos cargos elencados na minuta é uma medida decorrente, na realidade, da criação das unidades de saúde. E se é assim, a análise do assunto pertinente a pessoal estatutário só haverá de ser feita se a PA entender que não há impedimento para criar esses órgãos durante o período eleitoral".

Conforme orientação da Chefia desta Casa, a análise dos autos será feita em tese, haja vista a ausência de documentos que comprovem o cumprimento das disposições legais.

Até aqui, apenas o relatório. Passo a opinar.

Penso que o exame da questão posta nos autos passa, necessariamente, pelo exame da lei de responsabilidade fiscal e pela legislação eleitoral, tendo em vista o período em que nos encontramos.

A minuta apresentada pela Secretaria de Estado da Saúde dispõe sobre a criação das Unidades de Saúde e Centro de Especialidades Médicas na estrutura organizacional da Administração Pública, acarretando, conseqüentemente, aumento de despesa com a criação de "órgãos" e de cargos comissionados.

O art. 165 da Constituição de 1988 indica como instrumentos normativos do sistema orçamentário: 1) o Plano Plurianual (PPA); 2) a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); e 3) a Lei Orçamentária Anual (LOA), que é o orçamento propriamente dito, o qual por sua vez, subdivide-se em três peças: a) orçamento fiscal referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta; b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta e indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e c) o orçamento da seguridade social.

O Plano Plurianual é o instrumento legal no qual constarão as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, conforme previsto no art. 165, §1.º da CF, definindo, portanto, o planejamento das atividades governamentais.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, por sua vez, apresenta as seguintes finalidades: 1) estabelecer as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente; 2) orientar e dispor sobre a elaboração da lei orçamentária anual; 3) dispor sobre as alterações na legislação tributária; e 4) estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A Lei Orçamentária Anual conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, pois é com base nas autorizações da LOA que as despesas do exercício serão executadas.

Aqui, então o **primeiro requisito** para a criação das unidades e dos centros de medicina: previsão na lei orçamentária anual.

De acordo com o art. 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101-, serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendem o disposto nos arts. 16 e 17, *in verbis*:

“Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§1.º. Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II – compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§2.º. A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§3.º. Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§4.º. As normas do caput constituem condição prévia para:

I – empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II – desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3.º do art. 182 da Constituição.

Comentando os dispositivos acima, Flávio C. de Toledo Jr. e Sérgio Ciqueira Rossi¹ lecionam que:

“Mais ação governamental gera, quase sempre, despesa adicional. Por visar, prioritariamente, o equilíbrio entre receitas e despesas, a LRF não se furtaria à imposição de cautelas quanto a esse tipo de crescimento do gasto público.

(...) Os ordenadores de despesa informarão que o novo projeto tem, no orçamento corrente, dotação específica e suficiente, e mais, a nova despesa contará com suporte de caixa, com remuneratório; este, não precisa necessariamente existir no momento da declaração, mas haverá sólida expectativa de arrecadação respaldada na programação financeira (art. 8.º).

De igual modo, declarar-se-á que o gasto está conforme aos objetivos e metas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias, instrumentos que, mister ressaltar, podem ser legalmente aditados ao longo período em que são executados.

(...) Assim, o objeto do art. 16, a criação, expansão ou aprimoramento da ação de governo, relaciona-se, num primeiro momento, ao conceito de projeto; depois, claro, ao da atividade, visto que indispensável operar e manter o produto criado pelo projeto, seja uma escola, um posto de saúde ou instalação da Guarda Municipal”. Grifei.

Segundo e terceiro requisitos: a) apresentação de estimativa do impacto orçamentário-financeiro da nova despesa;

¹ Lei de responsabilidade fiscal, 3. ed. São Paulo: NDJ, 2005. p.139

e b) apresentação de declaração do ordenador da despesa sobre a compatibilidade do novo gasto com os três planos orçamentários.

Relembro, por entender pertinente, **as vedações gerais ao Agente Público previstas na legislação tratada:** 1) é vedado o aumento de pessoal sem autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art.21, I, LRF c/c art. 169, §1.º, II CF); 2) aumentar despesa de pessoal sem atender o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo (art. 22, II); **3) aumentar despesa de pessoal 180 dias antes do final do mandato (art. 21, parágrafo único);** e 4) exceder a despesa total com pessoal a 95% dos limites da LRF (art.22,parágrafo único).

Analisada, então, a lei de responsabilidade fiscal.

A Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, ao dispor sobre as normas para as eleições, estabelece, na seção das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais, que:

"Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais

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

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

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

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

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

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

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

e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.

VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos.

(...)

Art. 75. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos.

(...)

Art. 77. É proibido aos candidatos a cargos do Poder Executivo participar, nos três meses que precedem o pleito, de inaugurações de obras públicas.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro."

O capítulo acima, abrangendo os arts. 73 a 78, visa proteger e tornar eficaz o princípio igualitário entre partidos e candidatos, bem como resguardar a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, a normalidade e a legitimidade das eleições.

Assim, em face dos princípios a que está jungido o administrador público aliados aos fins expressos consignados na lei em exame, parece-me que, juntamente com aquelas enumeradas no artigo 73 da Lei n. 9.504/97, estão vedadas também outras condutas que tendam a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos.

Destacada a legislação eleitoral.

Em síntese, o aumento da despesa com a criação de órgãos deve ser precedida de previsão orçamentária, na forma indicada.

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

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, em Manaus (AM),
27 de julho de 2006.

GLÍCIA PEREIRA BRAGA E SILVA

Procuradora do Estado

PROCESSO N. 2384/06-PGE

ASSUNTO: Minuta de Lei que dispõe sobre a criação das
Unidades de Saúde – Criação de Cargo Comissionado

INTERESSADO: Casa Civil

DESPACHO:

Acolho o Parecer n. 168/06-PA /PGE da lavra da Dra.
Glícia Pereira Braga e Silva, por seus jurídicos fundamentos.

Encaminhem-se os autos ao gabinete do Senhor
Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE em Manaus,
28 de julho de 2006.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

Procuradora-Chefe

PROCESSO N. 2384/06-PGE

ASSUNTO: Análise de minuta de lei

INTERESSADO: Casa Civil

DESPACHO:

APROVO o Parecer n. 168/06-PA/PGE, da Procuradora do Estado Glicia Pereira Braga e Silva, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa-PA/PGE, Dra. Heloysa Simonetti Teixeira.

Ressalto, a propósito, a necessidade de previsão orçamentária para a criação de Unidades de Saúde e Centro de Especialidades Médicas, haja vista implicar aumento de despesa.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 3 de agosto de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 4366/06-PGE**INTERESSADA: CGL****ASSUNTO:** Consulta acerca da extensão de sanção administrativa a ente diverso do que a aplicou.**PARECER N. 259/06-PA/PGE**

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO DE SUSPENSÃO DE LICITANTE APLICADA EM ÂMBITO MUNICIPAL AO ESTADUAL. POSIÇÕES DISSONANTES NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1- A doutrina não é unânime ao tratar da extensão dos efeitos de punição aplicada em âmbito municipal ao estadual.

2 – Alguns autores entendem que não estender a punição para os demais entes federativos é diminuir a efetividade da suspensão aplicada.

3 – A posição ampliativa da suspensão é a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça;

4 – O TCU, ao revés, entende que é ilegal a extensão de punição aplicada por um ente a outro;

5 – Recomenda-se a aplicação da posição ampliativa em atenção aos princípios que norteiam a Administração Pública, em especial o princípio da supremacia do interesse público.

Senhora Procuradora-Chefa:

O Presidente da COMISSÃO GERAL DE LICITAÇÃO DO ESTADO DO AMAPÁ, Dr. Epitácio de Alencar e Silva Neto, solicita-nos, através do Ofício nº3472/2006-GP/CGL, manifestação acerca da situação que expõe:

“Em 20 de outubro do corrente, a Secretaria Municipal de Educação – SEMED, protocolizou junto a esta Comissão Geral de Licitação – CGL documento requerendo a inclusão da empresa

BRODON COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA no rol daquelas que estão impedidas de participar de licitação nesta CGL, em razão de estar a mesma cumprindo sanção aplicada pela SEMED.

Com base no requerido por aquela Secretaria, e considerando que, de acordo com o art. 4º, XII, da Lei Delegada nº 004, de 13 de junho de 2005, a autoridade superior competente para aplicar a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a **Administração Estadual** é o Presidente desta Comissão Geral de Licitação, questiono:

1. A sanção aplicada pela Prefeitura Municipal de Manaus – Secretaria Municipal de Educação – SEMED é válida no âmbito estadual?

2. A Comissão Geral de Licitação deverá, com base na Declaração de Suspensão e Inidoneidade, manter a suspensão da referida empresa, impedindo-a de participar das licitações de nossa competência?

3. Em caso negativo dos questionamentos 1 e 2, qual a medida que esta CGL deverá tomar para desconstituir o ato praticado pela Secretaria Municipal de Educação – SEMED?"

É o relatório. Passo a opinar.

A Lei nº 8.666/93, nos incisos de I a IV, do art. 87, faculta à Administração a aplicação das seguintes sanções ao contratado, em razão da inexecução total ou parcial do contrato:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a

reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A questão aqui posta pela CGL cinge-se ao alcance da sanção estabelecida no inciso III, do art. 87, da Lei nº 8.666/93, se apenas no âmbito da entidade que aplicou a sanção, ou se a mesma se estende a toda a Administração Pública.

Marçal Justen Filho¹, ao estabelecer uma distinção entre as sanções estabelecidas nos incisos III e IV, assim se posiciona a respeito do assunto:

A distinção entre os pressupostos da suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e da declaração de inidoneidade (inc. IV) não é simples. Ambas as figuras importam retirar do particular o direito de manter o vínculo com a Administração. O que se pode inferir, da sistemática legal, é que a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar – logo, pressupõe-se que aquela é reservada para infrações dotadas de maior reprovabilidade do que esta. Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo “Administração”, enquanto o inc. IV contém “Administração Pública”. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da “suspensão de participação de licitação” a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que

¹ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 623.

o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar "suspense". A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.

Para Jessé Torres Pereira Júnior², os efeitos da suspensão são restritos ao local em que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; enquanto os efeitos da inidoneidade são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar, conforme se infere do texto abaixo:

Segundo o art. 87, III, a empresa suspensa do direito de licitar e de contratar com a "Administração" está impedida de fazê-lo tão-somente perante o órgão, a entidade ou a unidade administrativa que aplicou a penalidade, posto que esta é a definição que a lei adota. O mesmo art. 87, IV, proíbe a empresa declarada inidônea de licitar e contratar com a "Administração Pública", vale dizer, com todos os órgão e entidades da Administração pública brasileira, posto ser esta a definição inscrita no art. 6º, XI. Tanto que o art. 97 tipifica como crime "admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo", o que abrange todo o território nacional dada a competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF/88, art. 22, I). E não há crime em admitir à licitação ou contratar empresa suspensa.

Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui penalidades em gradação, da mais leve (advertência) à mais severa (declaração de inidoneidade). Os efeitos da suspensão são restritos ao local em que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas previstas na Lei nº 8.666/93, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar.

² Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 791.

Eduardo Dias Rocha³ filia-se aos ensinamentos de Jessé Torres Pereira Júnior, senão vejamos:

“Aos argumentos lembrados pelo referido autor, merece ser acrescentado o seguinte: contém a Lei 8.666/93 diversas normas consideradas “gerais”. Por normas gerais se entendem aquelas que disciplinam princípios da licitação e direitos fundamentais de licitantes e contratados decorrentes da Constituição. São normas nacionais, de observância obrigatória por todas as esferas de governo, como leciona o Professor Eros Roberto Grau (1995:9-13). As normas definidoras de sanções e infrações, na medida em que se relacionam com princípios fundamentais da Constituição de 1988 (legalidade e moralidade na Administração Pública, a supremacia do interesse público, observância do contraditório e ampla defesa em matéria punitiva etc.) podem ser caracterizadas como normas gerais. Daí, por que, por um lado, não podem Estados e Municípios prever em suas legislações específicas sanções diversas daquelas relacionadas na Lei 8.666/93 e, por outro, a sanção de declaração de idoneidade produz efeitos com relação a todas as esferas de governo. A norma Geral da Lei 8.666/93, ao se referir a idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o critério genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas do governo. Essa também é a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

As empresas e profissionais que tenham tido suspenso seu direito de licitar e contratar com a Administração ou sido declarados inidôneos não poderão, portanto, ser admitidos ao certame. (...)”. (grifei).

Eduardo Dias Rocha⁴ cita, outrossim, várias posições doutrinárias que sustentam a não extensão da punição a outros entes: Carlos Ari Sundfeld, Hely Lopes Meirelles, Toshio Mukai.

³ Idem.

⁴ Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. 1 ed. São Paulo: Dialética, 1997.

Por outro lado, o mesmo autor⁵ menciona outros renomados juristas que apresentam posição contrária, são eles: Márcia Batista dos Santos, Floriano Azevedo Marques Neto e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

O entendimento adotado pela jurisprudência também não é unânime, conforme se extrai das decisões abaixo transcritas⁶:

Suspensão – efeitos

STJ decidiu: - É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação em licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

Fonte: STJ. 2ª Turma. RESP. 151.567/RJ.DJ 14 abr. 2003.p. 208.

Suspensão – efeitos alcançam toda a Administração Pública
TRF/1ª R. Decidiu: não há sentido em circunscrever os efeitos da "suspensão de participação de licitação" a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar "suspensa". A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa. (...)"

Fonte: TRF/1ª R. 5ª Turma. AMS nº 2001.34.00.001228-5/DF. DJ 25 nov. 2003. p. 52.

⁵ Idem.

⁶ In Vademecum de licitações e contratos. Legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices/Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum: 2004, p.732/733.

Suspensão – efeitos só no órgão

TCU recomenda: não mais inclua nos editais de licitação cláusula que inabilite empresa por ter sido penalizada por outro órgão com a sanção prevista no art. 87, inc. III, da Lei nº 8666/93, tendo em vista que o procedimento afronta o princípio constitucional da isonomia.

Fonte: TCU. Processo nº 017.801/95-8. Decisão nº 352/1998 – Plenário.

Verifica-se, assim, que existem duas posições igualmente defensáveis em relação à extensão dos efeitos da penalidade de suspensão de participação em licitação. Sendo, assim, penso que a escolha da melhor solução para o caso em exame deve recair naquele posicionamento que melhor atenda aos princípios administrativos.

Essa, inclusive, foi a orientação traçada pela colega Procuradora, Dr^a Raquel Bentes Rodrigues, mediante Parecer nº 199/2005-PA/PGE, ao analisar consulta formulada pela Comissão Geral de Licitação, através do Processo nº 2732/2005-PGE. Naquela oportunidade, a colega parecerista constatou a divergência de entendimentos na doutrina e na jurisprudência, tendo concluído que a corrente que sustenta os efeitos extensivos da suspensão a outros entes é a que melhor se adequa à defesa do interesse público e às competências legislativas constitucionalmente delimitadas. Confirma-se trecho do retro citado parecer, que abaixo se transcreve:

A corrente que sustenta os efeitos extensivos da suspensão a outros entes possui certa adequação à defesa do interesse público e as competências legislativas constitucionalmente delimitadas, já que sanções administrativas são normas gerais, a serem utilizadas em caráter nacional. Se um ente da administração, observando todos os requisitos do ato administrativo, o contraditório e ampla defesa, aplica penalidade a um particular, deve a punição se estender a qualquer procedimento licitatório. Reduzir-se a extensão da punição, é deixar margem para que o particular volte a agredir a

administração, e, em última análise, o próprio interesse público que lhe é atávico, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. Esta é a recente posição do STJ:

ADMINISTRATIVO. **SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.**

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido. REsp 174274 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1998/0034745-3. **Relator(a):** Ministro CASTRO MEIRA (1125). T2 - SEGUNDA TURMA. 19/10/2004.

Com efeito, Helly Lopes Meirelles⁷ ensina que, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público a Administração Pública não pode dispor do interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mormente porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.

Prosseguindo em seus ensinamentos, Helly Lopes Meirelles⁸, discorrendo acerca dos poderes e deveres do administrador público, afirma que "o poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de *dever* para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas".

Ora, se a Secretaria Municipal de Educação - SEMED, observando todos os requisitos do ato administrativo, o contraditório e ampla defesa, aplicou penalidade a um particular, por descumprimento contratual, deve essa punição se estender a qualquer procedimento licitatório. Ao reduzir a extensão da

⁷ Direito administrativo brasileiro. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95/96.

⁸ Ob. Cit., p. 97/98.

punição, o administrador público estará faltando com o poder dever inerente ao cargo que exerce, posto que estará deixando margem para que o particular volte a transgredir o contrato firmado com a administração, e, como via de consequência, o próprio interesse público.

Diante de todo o exposto, concluo que a punição aplicada pelo ente Municipal (SEMED) deve ser respeitada pela CGL, devendo esta manter a suspensão da referida empresa, impedindo-a de participar das licitações de sua competência, por ser esta a decisão que melhor se coaduna com os princípios que norteiam a Administração Pública, em especial o princípio da supremacia do interesse público.

É o meu entendimento, que submeto à sua superior apreciação.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PGE, em Manaus (AM), 09 de novembro de 2006.

NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES PINHEIRO
Procuradora do Estado

PROCESSO N. 4.366/2006-PGE

INTERESSADO: Comissão Geral de Licitação

ASSUNTO: Consulta acerca da extensão de sanção administrativa a ente diverso do que a aplicou.

DESPACHO

O posicionamento adotado por esta Casa tem sido, de fato, no sentido de estender os efeitos das sanções aplicadas a toda a Administração Pública, consoante Parecer n. 199/2005-PA-PGE, exarado em consulta formulada pelo mesmo órgão interessado.

Na hipótese cuidada nestes autos, cumpre-me tão-só alertar para o fato de que não foi juntada a cópia da publicação do ato no Diário Oficial do Município, procedimento este obrigatório

diante da previsão constitucional do princípio da publicação dos atos administrativos (art. 37, caput, da CF/88). Considerando a unanimidade doutrinária nesse sentido, é aconselhável providenciar a juntada de cópia do extrato da referida publicação, uma vez que todos os atos, contratos e instrumentos jurídicos devem ser publicados porque, como diz Hely Lopes Meirelles, pública é a Administração que os pratica. A publicação escrita já foi objeto de apreciação do STF ao julgar o RE 71.652(RDA, 111:145) que decidiu *ser a publicação do órgão oficial aquela necessária a surtir os efeitos desejados*, não considerando a mera notícia veiculada pela imprensa falada, escrita ou televisiva, do ato administrativo¹.

De outro lado, a publicação possui como conseqüências (a) dar ciência aos administrados e (b) conferir eficácia ao ato, ou seja, permite que o ato surta efeitos perante terceiros.

Por essa razão, acolho o Parecer n. 259/2006-PA/PGE, subscrito pela Procuradora do Estado, Dr^a Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro, com a observação, diante da instrução dos autos, sobre a necessidade de publicação do ato que aplicou a sanção administrativa.

Encaminhem-se os autos ao gabinete do Senhor Procurador-Geral.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA/PGE, em Manaus, 16 de novembro de 2006.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA
Procuradora-Chefe

PROCESSO N. 4366/06-PGE

INTERESSADA: Comissão Geral de Licitação-CGL.

ASSUNTO: Consulta sobre a extensão de sanção administrativa.

DESPACHO:

APROVO o Parecer n. 259/06-PA/PGE, da Procuradora do Estado Neusa Dídia Brandão Soares Pinheiro, com

¹ Gasparini, Diógenes. Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.11

as considerações acrescidas pela Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa/PGE, Dra. Heloysa Simonetti Teixeira.

DEVOLVAM-SE os autos à interessada, nos termos dos aludidos pronunciamentos.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 20 de novembro de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 0722/2006-PGE**INTERESSADO:** Secretaria de Governo - SEGOV**ASSUNTO:** Incorporação de supostas perdas salariais decorrentes da conversão para URV, em relação aos servidores do Poder Executivo estadual.**PARECER N. 04/2006-PJC/PGE**

PERDAS SALARIAIS DECORRENTES DA CONVERSÃO PARA A URV. INEXISTÊNCIA EM RELAÇÃO AOS SERVIDORES DO PODER EXECUTIVO. INCORPORAÇÕES DE URV NO ÂMBITO DA SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. ORDEM JUDICIAL APENAS QUANTO À INCORPORAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. PAGAMENTO DE DIFERENÇA ACUMULADA INDEVIDA. RESSARCIMENTO. JUCEA. PAGAMENTO POR MEIO DE TRANSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DA DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO.

Não ocorreram perdas salariais decorrentes da conversão para a URV, em relação aos servidores do Poder Executivo. As incorporações *ex nunc*, eventualmente levadas a efeito no âmbito da Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SDS, decorreram de ordem judicial. O pagamento das diferenças acumuladas, contudo, não é devido antes: (i) do trânsito em julgado da ação mandamental, e; (ii) da expedição de Precatório, após regular execução nos termos da Lei n.º 5.021/66. Não houve trânsito em julgado da ação, estando pendente a admissão dos recursos especial e extraordinário. O Estado pode buscar ressarcimento do que foi pago indevidamente. A JUCEA, tendo personalidade jurídica própria, poderá pleitear judicialmente a anulação do ato jurídico, por ilicitude do objeto, nos termos do art. 486 do Código de Processo Civil.

I - RELATÓRIO

A Secretaria de Governo - SEGOV remete a essa Procuradoria Geral do Estado, para análise e avaliação, a resposta

dada pelo titular da Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SDS ao Ofício Circular n.º 01/2006-GAB/SEGOV.

No referido Ofício Circular, o Secretário de Governo encaminha aos chefes das pastas estaduais Nota Técnica elaborada pela PGE, para ampla divulgação, respeitante à questão das supostas perdas salariais decorrentes da conversão da moeda para a URV, onde se demonstra de forma sucinta o seu não reconhecimento aos servidores do Poder Executivo, na esteira de diversas manifestações jurisprudenciais, desde o Supremo Tribunal Federal até o Tribunal de Justiça do Amazonas.

Ao encaminhar expediente à SEGOV, a SDS informa que, em relação aos seus servidores, chegou a realizar o pagamento das perdas acumuladas. Por isso, vêm os autos da SEGOV em consulta, uma vez que essa não é a diretriz do Governo estadual, em razão do entendimento a respeito da matéria.

Antes de avançar na análise do presente processo, constatamos a existência do processo n.º 4054/2005-PGE, formado a partir de consulta da própria SDS, indagando sobre as providências administrativas cabíveis em relação ao pagamento da URV a seus servidores, amplamente noticiado na imprensa local. Nesses autos, foram colhidas informações processuais sobre a ação que determinou o pagamento da suposta perda para os servidores da Secretaria (Mandado de Segurança n.º 2003.002645-2, impetrado por ARNOLDO SEBASTIÃO DO CARMO VELLOSO E OUTROS), bem como, outros elementos de instrução, embora não tenham sido atendidas as solicitações de informações complementares, através dos Ofícios n.ºs 009/2006-GPGE e 150/2006-GPGE. Nesses mesmos autos, em função da identidade de matéria e da exploração do assunto na mídia, foram colhidas informações a respeito do acordo de pagamento da difenteça da URV celebrado entre Junta Comercial do Estado do Amazonas – JUCEA e seus servidores, nos autos do Mandado de Segurança n.º 2003.002305-4, impetrado por ALDEMIRA PINHEIRO PEREIRA E OUTROS.

Sendo assim, trata-se, no presente parecer, da matéria pertinente ao órgão e à autarquia estadual.

Recebidos os autos nesta Procuradoria, e constatado que esses atos administrativos foram praticados à revelia da Procuradoria-Geral do Estado, determinou o Excelentíssimo Senhor Subprocurador-Geral Adjunto do Estado a elaboração de Parecer, no estado do processo.

É o relatório.

II – INEXISTÊNCIA DE PERDA SALARIAL EM RAZÃO DA INDEXAÇÃO, PARA OS SERVIDORES DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Para que fique extirpada de dúvidas, cumpre inicialmente reforçar que os servidores do Poder Executivo não fazem jus à incorporação de supostas perdas salariais decorrentes da conversão de seus salários para a URV, como assentado na pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores e do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Com efeito, a estes não sobreveio perda salarial. A Medida Provisória n.º 434, de 27 de fevereiro de 1994, posteriormente convertida na Lei n.º 8.880/94, criou dois critérios diversos para a conversão dos salários em URV: uma para os servidores públicos civis e militares (trabalhadores em geral), outra para os servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, e Ministério Público.

Os Tribunais têm baseado seu posicionamento no entendimento de que esses últimos servidores estão submetidos, em matéria de conversão, a regime jurídico diverso do aplicável aos servidores vinculados ao Poder Executivo.

O reconhecimento de eventuais diferenças em favor dos servidores do Poder Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público, decorreu da interpretação de que o critério aplicável aos mesmos, segundo os preceitos da Lei 8.880/94, era o previsto no seu art. 19:

Art. 19. Os salários dos **trabalhadores em geral** são convertidos em URV no dia 1º de março de 1994, observado o seguinte:

- I – dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV na data do efetivo pagamento, de acordo com o Anexo I desta Lei; e
- II – extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

Dessa forma, a média aritmética continha defasagem econômica porque foi superior ao valor efetivamente recebido pelo repasse do art. 168 da CF/88, sem considerar, portanto, o valor já inflacionado até o dia do mês do pagamento, gerando uma perda financeira.

Ocorre que, para os servidores vinculados ao poder Executivo, o critério de conversão utilizado pela Lei n.º 8.880/94 foi outro, especificado no seu art. 22:

- Art. 22. Os valores das tabelas de vencimentos, soldos e salários e das tabelas de funções de confiança e gratificadas **dos servidores públicos civis e militares**, são convertidos em URV em 1º de março de 1994, considerando o que determinam os arts. 37, XII, e 39, § 1º, da Constituição, observado o seguinte:
- I – dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta Lei, independentemente da data do pagamento;
 - II – extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

Nesse cálculo, se leva em conta o valor do salário em cruzeiros reais do último dia do mês, sendo que os servidores do Poder Executivo estadual recebem o pagamento até essa data.

Assim, os servidores do Poder Executivo, diferentemente dos servidores vinculados ao Legislativo, Judiciário e Ministério Público, que são remunerados por verbas que compõem os duodécimos (art. 168, CR/88), não têm direito à conversão de seus vencimentos e proventos pela sistemática do art. 19 da

Lei 8.880/94, já que, quanto a eles, a lei é clara e explícita ao determinar a incidência da sistemática do seu art. 22, e não do art. 19.

Portanto, com fundamento na Lei n.º 8.880/94 e interpretação uníssona dos tribunais pátrios, afirma-se não haver perdas salariais na conversão da URV, razão pela qual nada é devido aos servidores do Poder Executivo.

III – O PAGAMENTO REALIZADO EM FAVOR DOS SERVIDORES DA SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - SDS

III.a) Substrato material

Conforme se apura nos autos do Mandado de Segurança n.º 2003.002645-2, impetrado por ARNOLDO SEBASTIÃO DO CARMO VELLOSO E OUTROS, todos servidores da SDS, houve pedido de incorporação da supostas perdas salariais decorrentes da conversão para a URV. Nesse *mandamus*, ainda em curso, ocorreram, até o presente momento, os seguintes andamentos:

(i) Os impetrantes ajuizaram a ação em 13.10.2003, com pedido de liminar;

(ii) Em 28.10.2003 o Relator, Desembargador Francisco das Chagas Auzier Moreira, denegou a liminar por entender que a mesma implicaria satisfatividade com envolvimento de verba pública;

(iii) Recebido o Ofício solicitando informações, foram estas prestadas em 03.12.2003;

(iv) Em 26.05.2004, foi proferido acórdão, concedendo a segurança pleiteada;

(v) Em 24.06.2004, diante do suposto descumprimento da decisão do Tribunal de Justiça pelo Secretário de Estado da Administração, que não fez a incorporação determinada pelo acórdão, os impetrantes ajuizaram Reclamação, a qual foi atendida, através de decisão de 25.06.2004, que por sua vez determinou o cumprimento da segurança no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de incorrer a autoridade impetrada em crime de desobediência;

(vi) Contra essa decisão, o Estado interpôs o Mandado de Segurança n.º 2004.002449-5, em 16.07.2004, requerendo liminar para suspender a decisão. O pedido de liminar foi ainda reiterado, sem que tenha sido atendido. Por outro lado, apresentou também pedido de reconsideração, também sem lograr êxito;

(vii) Quando da publicação do acórdão concessivo da segurança, houve interposição de embargos declaratórios, os quais foram rejeitados;

(viii) Em 23.11.2005 foi proferido acórdão no Mandado de Segurança impetrado pelo Estado, por meio do qual foi negada a concessão da medida;

(ix) Em 13.12.2004 e 26.12.2004, respectivamente, foram interpostos pelo Estado do Amazonas Recurso Ordinário, contra o acórdão denegatório da segurança por si impetrada, e os recursos especial e extraordinário, contra o acórdão concessivo de mérito, os quais aguardam despacho de admissão.

Tem-se, pois, que a imediata incorporação, *ex nunc*, ou seja a partir de agosto de 2004, do percentual indicado na inicial, à remuneração dos servidores, não decorre de decisão político-administrativa, mas de ordem judicial onde não se logrou êxito de reforma.

Entretanto, o pagamento das diferenças retroativas à data da impetração, ou à data da conversão da moeda, não são devidas, pois o processo não se encontra em fase de execução, única hipótese em que se poderia cogitar de pagamento retroativo.

A decisão do Tribunal de Justiça importa em aumento de vencimentos – acréscimo na folha de pagamento, estando, portanto, sujeita às restrições impostas pelas Leis n.º 4.348/64, 5.021/66 e 9.494/97. Concedida a segurança, a execução de parcelas devidas a partir da impetração, e somente a partir de então (art. 1.º da Lei n.º 5.021/66) apenas é possível após o trânsito em julgado da ação:

Lei n.º 4.348/64:

Art. 5.º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação

de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Lei n.º 9.494/98:

Art. 2.º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Ora, a ação não transitou em julgado, estando pendentes de apreciação os recursos especial e extraordinário interpostos pelo Estado que, pela sistemática da legislação a respeito, têm efeito suspensivo, naturalmente impedindo a execução da sentença concessiva:

Lei n.º 4.348/64:

Art. 7.º O recurso voluntário ou *ex officio* interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Com efeito, não há ordem judicial determinando que se indenize os servidores públicos através de pagamento de perdas acumuladas. Tal providência, por sinal, é inerente ao processo de execução de sentença, que no presente caso não pode ser proposta - como de fato não foi - porque a decisão não transitou em julgado.

Contudo, se houve pagamento retroativo, no âmbito da SDS, de supostas diferenças decorrentes da conversão para URV, seja até a data da impetração, seja até o mês de março de 1994, tal pagamento foi indevido, e enseja a repetição do indébito. Isso porque, se não era devido no âmbito judicial, muito menos o era no âmbito administrativo, pelo que se tem a absoluta ausência

de amparo legal para a prática do ato, que ensejou prejuízo ao Estado do Amazonas, até pela possibilidade razoável de reforma do acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas nos tribunais superiores.

III.b) Providências cabíveis

Sendo assim, ou seja, partindo-se do pressuposto de que houve o pagamento noticiado, inobstante não tenha sido o fato confirmado pela Secretaria de Estado, entendemos que tem o Estado do Amazonas interesse indisponível na repetição do que desembolsou indevidamente, através de qualquer forma legítima de ressarcimento, seja pela via administrativa, seja pela via judicial.

Considerando a irregularidade no pagamento de diferenças retroativas, nada obsta que o Estado do Amazonas, através de gestões da SDS nesse sentido, procure obter administrativamente o ressarcimento do dano. O art. 87 da Lei n.º 1.762/86 prevê a possibilidade de desconto na remuneração do servidor público nos casos de reposição ou indenização devidos à Fazenda Pública, desde de que, segundo o art. 88, esse valor não exceda à décima parte do valor da remuneração e seja feito em no máximo seis meses:

Art. 87. O vencimento, as gratificações e os proventos não sofrerão descontos além dos previstos em lei, nem serão objeto de arresto, seqüestro ou penhora, salvo quando se tratar de:

- I – prestação de alimentos determinada judicialmente;
- II – reposição ou indenização devida à Fazenda do Estado.

Art. 88. As reposições e as indenizações à Fazenda do Estado serão descontadas em parcelas mensais e sucessivas, aquelas não excedentes à décima parte do valor da remuneração e as outras, em no máximo seis vezes.

Todavia, não sendo possível o desconto, por impossibilidade de adequação às condições legais ou qualquer razão que o inviabilize, vislumbramos ainda a possibilidade de

exigir o valor através de ação judicial própria, de repetição de indébito, pelo procedimento comum ordinário, onde se pretenderia a declaração de inoccorrência de perdas salariais decorrentes da conversão da URV, e a condenação dos servidores a ressarcir a Fazenda.

A medida processual deve ser autônoma e não pode ser adotada nos autos da ação mandamental atualmente em curso porque possui objeto distinto, causa de pedir diversa e procedimento incompatível com o Mandado de Segurança.

Para tanto, seria necessário que a SDS informasse com precisão a qualificação completa dos servidores beneficiados, os valores recebidos e a data de pagamento, essa para efeito de contagem de correção monetária e juros, comprovando o fato através das fichas financeiras individuais do mês ou meses em que ocorreu o pagamento.

IV – O PAGAMENTO REALIZADO EM FAVOR DOS SERVIDORES DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO AMAZONAS – JUCEA

IV.a) Substrato material

A JUCEA, por ser uma autarquia estadual, possui personalidade jurídica própria, razão pela qual, embora não orientada pelo órgão consultivo máximo da Administração Estadual, celebrou acordo com seus servidores para o pagamento da URV com fundamento em sua autonomia administrativa.

Impetrado o Mandado de Segurança n.º 2003.002305-4, por ALDEMIRA PINHEIRO PEREIRA E OUTROS, contra o Diretor Presidente da Junta Comercial do Estado, este fez editar a Portaria n.º 070/2003-GP-JUCEA, de 15 de dezembro de 2003, reconhecendo administrativamente o pleito dos impetrantes e, em 20.12.2003 as partes autoras e a autoridade coatora celebraram acordo, segundo o qual a JUCEA reconheceu a perda salarial de 16,78% verificada no mês de março de 1994. Esse

acordo foi homologado pelo Desembargador Relator em 01.06.2004, tendo sido o processo extinto, com fundamento no art. 269, III, do Código de Processo Civil.

Considerando todos os aspectos jurídicos já declinados quando da exposição da questão relativamente à SDS, sustentamos, mais uma vez, que os servidores beneficiários dos pagamentos realizados pela JUCEA não fazem jus à reposição salarial decorrente da indexação da moeda através da URV.

Nesse caso, porém, houve celebração de acordo e este foi homologado judicialmente. A questão se torna mais complexa, porque houve reconhecimento do fato na via administrativa e transação homologada na via judicial, o que demandaria ação anulatória de ato jurídico com objetivo de desfazer a decisão de extinção do processo.

IV.b) Providências cabíveis

Não se descarta, nesse caso, a via administrativa de ressarcimento do pagamento indevido, nos termos dos citados arts. 87 e 88 da Lei n.º 1.762/86. Contudo, a existência de título judicial poderá tornar a via impossível, eis que se dependeria de consentimento dos servidores para se operar a devolução.

Ainda que se buscasse fundamento no art. 54 da Lei n.º 9784/99 e na Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal, o desfazimento do ato administrativo da incorporação de supostas perdas e a cobrança administrativa das parcelas retroativas poderia gerar fundamento para uma nova ação mandamental, no sentido de viabilizar, por parte dos servidores, o argumento da violação à coisa julgada e do ato jurídico perfeito, embora em essência não o seja.

Na realidade, o acordo foi um ato jurídico eivado pelo vício da ilicitude do objeto (art. 104, II, do Novo Código Civil – art. 82 CC/1916). Por conseguinte, todos os atos dele decorrentes, inclusive a homologação judicial, compadecem do mesmo vício pois o mesmo contamina todos os acessórios.

Sendo assim, na via judicial é possível argüir a nulidade e pleitear o desfazimento do ato homologatório, nos termos do art. 486, do Código de Processo Civil:

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

A propósito, confira-se a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE NOS AUTOS DE CONCORDATA PREVENTIVA. INVALIDAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. ART. 486 DO CPC. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. ARTS. 54 DA LEI N.º 9.784/99 E 2º DO DECRETO N.º 20.910/32. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.º 211/STJ. ART. 557, § 2º, DO CPC. MULTA. EXCLUSÃO.

I - A ação ordinária anulatória, prevista no art. 486 do CPC, é a sede própria para a invalidação de acordo homologado judicialmente, oportunidade em que poderão ser discutidos os vícios do ato objeto da **anulação**. Precedentes.

(...)

V - Recurso especial conhecido em parte e provido." (STJ – 1.ª Turma – Resp 693.960/RJ – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 17.11.2005 – DJ 28.11.2005).

Elege-se comumente a inexistência de julgamento de mérito como requisito da ação prevista no art. 486 do CPC. Mas, embora a decisão a ser objurgada tenha julgado extinto o processo nos termos do art. 269, não há óbice à ação anulatória, pois a ação rescisória somente é cabível quando ocorre análise de mérito da lide, o que não é o caso da decisão homologatória querelada pois, em verdade, a menção ao mérito se presta ao mero enquadramento do tipo legal aplicável.

Como a querela se volta contra o ato de disposição em si, ou seja, o próprio acordo, e não contra a decisão homologatória, é cabível a *querela nulitatis*:

"Tratando-se de sentença simplesmente homologatória da vontade das partes, que extinguem a lide por disposição daqueles

direitos no processo controvertidos, cabível é a ação anulatória do art. 486 do CPC, pois a parte se insurge contra o próprio ato de disposição, alegando vícios que invalidam os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil. A ação rescisória, do art. 485, VIII, do CPC é admissível contra sentença proferida em jurisdição contenciosa em que a transação, o reconhecimento do pedido, a renúncia ou a confissão servem como fundamento do *decisum*, influenciando no conteúdo do comando judicial" (STJ – 4.^a Turma – REsp 13.102/SP – Rel. Min. Athos Carneiro – j. 02.02.1993 – DJ 08.03.1993).

Resta, portanto, à JUCEA, apresentar em juízo sua pretensão de anulação do acordo celebrado nos autos, através da ação anulatória movida em nome próprio.

V - CONCLUSÃO

Do que foi exposto, tem-se como conclusão que: (i) não houve perda salarial decorrente da conversão da moeda para a URV, para os servidores do poder Executivo; (ii) a incorporação do percentual de 11,98% à remuneração dos servidores da Secretaria do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SDS decorreu de ordem judicial não revertida; (iii) o pagamento de parcelas retroativas referentes às supostas perdas da URV, aos servidores da mesma SDS não encontra suporte legal, tendo sido indevido; (iv) pode o Estado do Amazonas repetir o que pagou indevidamente, pela via administrativa ou pela via judicial; (v) a solução precedente é aplicável também em relação à Junta Comercial do Estado do Amazonas – JUCEA, que deverá agir em juízo em nome próprio, nos termos do art. 486 do CPC.

É o nosso parecer, s.m.j., consignando que foi lavrado no estado em que se encontra o processo.

PROCURADORIA JUDICIAL COMUM - PJC/PGE, em Manaus (AM), 31 de março de 2006.

LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH

Procurador-Chefe da PJC

ROCESSO N. 0722/2006-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Governo

ASSUNTO: Incorporação de supostas perdas salariais decorrentes da conversão para URV, em relação aos servidores do Poder Executivo Estadual. Consulta.

DESPACHO

APROVO o despacho à fl. PGE-46, do Subprocurador-Geral-Adjunto/Seção I, Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, que acolheu o Parecer n. 04/2006-PJC/PGE, do Procurador do Estado Leonardo de Borborema Blasch.

ENCAMINHEM-SE os autos à Secretaria de Governo, nos termos do aludido pronunciamento.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, 7 de abril de 2006.

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

PROCESSO: 0102/2005-PGE (AO n.º 012.10.13217-3)

INTERESSADO: Carlos Arimar Barroso da Silva.

ASSUNTO: Consulta a respeito de pedido administrativo para pagamento de salários atrasados, devidos em função de decisão judicial.

PARECER N.º 05/2006-PJC/PGE

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE PAGAMENTO DE SALÁRIOS DESDE A EXPULSÃO ATÉ A DATA DA REINTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXECUÇÃO E EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO.

Não transitada em julgado decisão que determina a reintegração de servidor público, a execução do *decisum* em relação à reintegração não importa no pagamento de salários em atraso. Estes devem ser postulados em juízo na regular ação de execução, de forma a se submeter ao regime de precatório.

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Estado de Administração e Gestão – SEAD, no interesse do Processo Administrativo n.º 10.438/05-SEAD, no qual figura como requerente o interessado, solicitando o pagamento de todos os salários devidos, desde a data de sua expulsão, revertida judicialmente, até a data de sua reintegração aos quadros policiais.

Consta do processo que o Estado do Amazonas, mediante o Decreto datado de 24/11/04, devidamente publicado no Diário Oficial da mesma data, atendendo ordem judicial, reintegrou o interessado no quadro de servidores efetivos da Polícia Civil do Estado do Amazonas.

Compulsando os autos, oriundos do serviço de apoio jurídico daquela Pasta Política, apura-se que a consultoria, acautelando-se frente à situação, opinou pelo envio dos autos à Procuradoria Geral do Estado, para dirimir dúvida quanto ao eventual pagamento dos salários do período de afastamento, que

de acordo com o memorial de cálculo elaborado pela Polícia Civil, importa num montante de R\$ 111.814,60 (cento e onze mil oitocentos e quatorze reais e sessenta centavos). Após, vieram-nos os autos para manifestação.

É o relatório. Passamos a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Ressalta-se, inicialmente, que a sentença que determinou a reintegração do interessado no serviço público estadual foi confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça, estando, até a presente data, aguardando o julgamento do recurso especial interposto pelo Estado do Amazonas.

A reintegração do policial foi obtida em execução provisória de sentença, e o mesmo, com fulcro na ausência de efeito suspensivo do recurso, pretende o pagamento imediato dos salários devidos desde sua expulsão até a data de sua reintegração.

Procede a cautela quanto a questão posta sob consulta, na medida em que, embora não dotado de efeito suspensivo o recurso pendente de julgamento, evidentemente não houve trânsito em julgado da ação.

Em verdade, a sentença apenas foi exeqüível no que diz respeito à reintegração do interessado no serviço público porque, nessa parte, constitui obrigação de fazer sujeita apenas às medidas práticas que lhe assegurem o resultado. O próprio art. 520, VII, do CPC garante apenas o efeito devolutivo ao recurso interposto contra sentença que confirma antecipação de tutela.

O pagamento de salários atrasados, contudo, constitui obrigação de dar – consubstanciada em dever de indenizar, que apenas se consagra com o trânsito em julgado da ação. Sem a coisa julgada não há título executivo hábil contra a Fazenda Pública no que respeita a pagamento de créditos, pois contra a mesma não cabe execução provisória dado o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

Por isso, impossível a aplicação do art. 588 do Código de Processo Civil, diante da definição de execução provisória fornecida pelo art. 587 do mesmo diploma legal.

Não sendo ainda devido judicialmente o pagamento, com muito mais razão não pode ser feito administrativamente. As parcelas vencidas anteriormente à reintegração do interessado devem ser objeto de discussão em processo de execução. Essa fase é propícia à discussão do *quantum debitoris* e do pedido de compensação de valores, assim como, é necessária à observância do regime de precatórios estabelecido pelo art. 100 da Constituição da República.

Isso porque, em observância aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade (CR/88, art. 37, *caput*), à Administração não é dada a faculdade de escolher, dentre seus credores, aqueles aos quais deseja efetivar o pagamento de suas dívidas.

A Carta Magna, em seu art. 100, impõe – salvo aos créditos de pequeno valor, assim legalmente definidos (em 20 salários mínimos, no caso da Lei Estadual n.º 2.748, de 04.09.2002), a cogente observância do concurso de credores da Fazenda Pública, mediante o regime constitucional dos precatórios:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Certamente o pagamento de salários atrasados configura indenização. Contudo, mesmo que se considere que esse pagamento tenha natureza alimentar, ainda assim deve haver expedição de precatório, como ressalta a Súmula 655, do STF:

"A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância de ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza."

Considerando que o precatório corresponde à fase final da execução contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil, conclui-se que apenas após o trânsito em julgado da ação e a expedição de precatório poderá ocorrer o pagamento pretendido pelo interessado.

III – CONCLUSÃO

Ante aos fatores esposados na fundamentação, somos de parecer que o pagamento somente poderá ocorrer quando o *quantum* for liquidado e executado judicialmente (art. 604 c/c art. 730, ambos do CPC), com atendimento ao regime de precatório.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA JUDICIAL COMUM - PJC/PGE, em Manaus (AM), 28 de março de 2006.

LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH

Procurador do Estado

PROCESSO: 0102/2005-PGE

INTERESSADO: Carlos Arimar Barroso da Silva.

ASSUNTO: Consulta a respeito de pedido administrativo para pagamento de salários atrasados, devidos em função de decisão judicial.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 05/2006-PJC/PGE, do Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial Comum, Dr. Leonardo de Borborema Blasch.

DEVOLVAM-SE os autos à Secretaria de Estado de Administração e Gestão-SEAD.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 30 de março de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 2702/2005-PGE

INTERESSADO: Exmo. Sr. Comandante Geral da Polícia Militar
do Estado do Amazonas

ASSUNTO: Consulta – sobre aplicabilidade imediata da Lei
1.154/75 aos impetrantes do MS n.º 2005.002188-9

PARECER N. 06/2006-PJC/PGE

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. POLICIAIS MILITARES. TRANSFERÊNCIA PARA RESERVA REMUNERADA. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. LIMINAR CONCEDIDA. DECISÃO DENEGATÓRIA. REVOGAÇÃO IMEDIATA DA LIMINAR. INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS ORDINÁRIOS AINDA NÃO ADMITIDOS.

- Denegado o mandado de segurança fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária. Inteligência da Súmula 405, do STF.
- Possibilidade de prosseguimento do processo administrativo de transferência dos impetrantes para a reserva remunerada até eventual atribuição de efeito suspensivo ao(s) recurso(s) ordinário(s) interposto(s).

I - Relatório

O Ilmo. Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Amazonas, Cel. Wilson Martins de Araújo, formulou a presente consulta na qual solicita informações sobre a situação dos militares CEL. QOPM Edson Paulo Ramos, CEL. QOPM Armando Maurillo Torres e MAJ QOAPM Pedro Viana de Matos quanto à aplicabilidade das regras insculpidas na Lei n.º 1.154/75 – Estatuto dos Policiais Militares Estaduais do Amazonas.

Infere-se dos autos que os militares acima apontados são impetrantes do Mandado de Segurança Preventivo n.º 2005.002188-9 por meio do qual os mesmos insurgem-se contra ato do Comandante-Geral da Polícia Militar que estaria

providenciando suas transferências *ex officio* para a reserva remunerada, sem que os mesmos preenchessem os requisitos necessários para tanto.

Muito embora tenha sido concedida medida liminar, o Tribunal de Justiça do Amazonas, ao julgar o mérito do processo, negou a segurança pleiteada, com revogação expressa da liminar, nos termos do acórdão, cópia nos autos.

Diante de tal situação, a i. advogada dos impetrantes protocolou, junto ao Comando-Geral da Polícia Militar, requerimentos informando sobre a interposição, junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Amazonas, de um Recurso Ordinário endereçado ao Superior Tribunal de Justiça e outro ao Supremo Tribunal Federal, objetivando a sustação do Procedimento Administrativo de transferência dos Impetrantes para a reserva remunerada, com o pedido de atribuição de efeito suspensivo para tais recursos.

Assim, o Comandante-Geral da Polícia Militar dirige o seguinte questionamento a essa Casa de Procuradores:

"A Administração Pública Militar, face ao Acórdão em referência, pode de imediato aplicar as regras fixadas pela Lei n.º 1.154/75 – Estatuto dos Policiais Militares Estaduais do Amazonas, no que diz respeito à transferência para a inatividade dos impetrantes, bem como os referidos Recursos Ordinários possuem efeitos suspensivos que possam obstar tal medida?"

Vieram-me os autos para análise.

É o relatório, em síntese.

II – Dos efeitos do Recurso Ordinário

Diz a Carta da República de 1988:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – *omissis*;

II – julgar em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

(...)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – *omissis*;

II – julgar em recurso ordinário:

a) *omissis*;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;"

O recurso ordinário é regulado infraconstitucionalmente pelos artigos 539 e 540 Código de Processo Civil, na redação que lhes deu a Lei n.º 8.950, de 13 de dezembro de 1994.

Os dois incisos do art. 539 repetem a Constituição quanto às hipóteses de cabimento do recurso ordinário. Aliás, nem poderia ser diferente, sob pena de inconstitucionalidade.

Determina, ainda, a norma adjetiva civil, a aplicação ao recurso ordinário do mandado de segurança das regras de admissibilidade e procedimento no juízo de interposição do recurso de apelação, desta forma:

"Art. 540. Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos."

Assim, temos que, no silêncio da lei, os recursos ordinários serão processados com os mesmos efeitos da apelação - **devolutivo e suspensivo**.

Para José Horácio Cintra Gonçalves Pereira¹, citando Vicente Greco Filho, o efeito do recurso ordinário é amplo nos

¹ Em Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.454.

mesmos moldes da apelação. Lembrando Barbosa Moreira, diz ainda aquele autor que *"no silêncio da lei, deve-se admitir que tenha, igualmente, efeito suspensivo, de acordo com o princípio geral (...). O efeito suspensivo assume aqui escassa relevância, dada a natureza da decisão recorrida (denegatória da ordem em mandado de segurança), meramente declaratória.*

No mesmo sentido, diz Cassio Scarpinella Bueno², *in verbis*:

"Como não existe qualquer regra em sentido contrário, os recursos ordinários serão processados com os mesmos efeitos que a apelação (devolutivo e suspensivo), aplicando-se a eles, portanto, as considerações do título seguinte."

De acordo com a doutrina pátria, o **efeito devolutivo** é aquele que "devolve" ou, mais propriamente, transfere a matéria impugnada para reexame pelo órgão competente para apreciação do recurso (no caso do recurso ordinário, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, que funcionarão como Cortes de 2.º Grau).

O **efeito suspensivo**, por sua vez, é aquele que impede o início da eficácia da decisão recorrida até que o recurso seja julgado ou até que transcorra integralmente o prazo para sua interposição.

Dessarte, temos que, **via de regra, o recurso ordinário será recebido no duplo efeito, quando a decisão for denegatória**, o que significa dizer que, em princípio, a decisão sujeita a esse recurso não poderá produzir qualquer de seus efeitos.

Quando, entretanto, a **decisão for concessiva da segurança, a regra geral é de que o recurso somente será recebido em seu efeito devolutivo**, uma vez que o suspensivo seria contrário ao caráter urgente e auto-executório da decisão mandamental. A Lei n.º 4.348/64 contempla exceção a essa regra,

² Mandado de segurança: comentários às Leis n.º 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002. p.105.

no caso dos recursos contra decisões concessivas de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, vencimentos e vantagens, casos em que impõe efeito suspensivo (art. 5.º e 7.º)

Situação que merece considerações, todavia, é aquela em que foi concedida medida liminar em sede de mandado de segurança que teve, a final, decisão denegatória da ordem vindicada.

É sabido que o proferimento da decisão final do mandado de segurança – seja a sentença ou o acórdão, em se tratando de mandado de segurança de competência originária dos Tribunais) substitui anterior decisão liminar. Trata-se de consequência lógica e inarredável do sistema processual uma vez que a decisão fundada em cognição exauriente substitui a decisão anterior, fundada em cognição sumária.

É nesse sentido a idéia consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula 405 que diz:

“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”

É exatamente esta a situação dos autos: **a medida liminar inicialmente concedida foi substituída pela decisão meritória que denegou a segurança.**

Os recursos ordinários interpostos pela causídica dos impetrantes encontram-se nas Câmaras Reunidas do E. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas aguardando a remessa para a Divisão Judiciária e conclusão ao MM. Presidente do TJ/AM.

Há quem defenda a idéia de que o efeito suspensivo a que está sujeito o recurso ordinário impede a produção imediata dos efeitos da decisão, mesmo antes de interposto o recurso. A decisão, segundo José Carlos Barbosa Moreira³ *“pelo simples fato de estar-lhe sujeita (de recurso), é ato ineficaz, e a interposição*

³ Comentários ao Código de Processo Civil, v.5, p. 255

apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso”.

Ouso, entretanto, discordar de tal entendimento doutrinário que é, ressalte-se, minoritário, consoante interpretação literal da já citada súmula 405 do STF.

Assim, filio-me ao entendimento majoritário no sentido de que a medida liminar inicialmente concedida foi instantaneamente substituída pela decisão denegatória da segurança. Por essa razão, o procedimento administrativo levado a cabo no âmbito do Comando-Geral da Polícia Militar, que objetivava a transferência dos impetrantes para a inatividade, poderá retomar seu curso normal, até que sobrevenha eventual atribuição de efeito suspensivo ao(s) recurso(s) ordinário(s) interposto(s).

III - Conclusão

Por tudo isto posto, concluo que, diante da decisão denegatória da segurança, **a Administração Pública Militar, poderá aplicar, de imediato, as regras fixadas pela Lei n.º 1.154/75 – Estatuto dos Policiais Militares Estaduais do Amazonas, no que diz respeito à transferência para a inatividade dos impetrantes, até que sobrevenha decisão atribuindo efeito suspensivo ao(s) recurso(s) ordinário(s) interposto(s).**

É o parecer sub censura.

PROCURADORIA JUDICIAL COMUM – PJC/PGE em
Manaus (AM), 03 de abril de 2006.

KALINA MADDY MACÊDO COHEN

Procuradora do Estado do Amazonas

PROCESSO N. 2702/2005-PGE (2005.002188-9)

INTERESSADO: Exmo. Sr. Comandante Geral da Polícia Militar
do Estado do Amazonas

ASSUNTO: Consulta sobre aplicabilidade imediata da Lei
1.154/75.

DESPACHO

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 006/06-PJC/PGE, da lavra da ilustre Procuradora do Estado Dra. Kalina Maddy Cohen.

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

PROCURADORIA JUDICIAL COMUM/PGE, Manaus,
03 de abril de 2006.

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR

Procurador-Chefe da PJC, em exercício

PROCESSO N. 2702/2005-PGE

INTERESSADO: Exmo. Sr. Comandante Geral da Polícia Militar
do Estado do Amazonas

ASSUNTO: Consulta – sobre aplicabilidade imediata da Lei
1.154/75 aos impetrantes do MS n.º 2005.002188-9

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 006/06-PJC/PGE, da Procuradora do Estado Kalina Maddy Macêdo Cohen, acolhido pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial Comum/PGE, em exercício, Dr. Clóvis Smith Frota Júnior.

ENCAMINHEM-SE os autos à Polícia Militar do Estado do Amazonas-PMAM.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 7 de abril de 2006.

PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO

Procurador-Geral do Estado, em exercício

PROCESSO Nº 1394/2006 – PGE (1377/2006-CASA CIVIL – 2005.2.01557-AMAZONPREV – 34590/2004-SEDUC)

INTERESSADO: Flora de Oliveira Barros

ASSUNTO: Aposentadoria por idade. Aplicação do Decreto nº 16.472/95 após o advento da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004.

PARECER Nº 191/06-PPE/PGE

APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 16.472/95 APÓS O ADVENTO DA MP Nº 167, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.887/2004, QUE DISPÕE SOBRE A APLICAÇÃO DE DISPOSIÇÕES DA EC Nº 41/2003.

- O artigo 1º do Decreto nº 16.472, de 22 de fevereiro de 1995, estabelece que “os atos de aposentadoria dos servidores civis e de transferência para a reserva remunerada e de reforma de militares deverão consignar o valor dos proventos com a discriminação das parcelas que os compõem expressas em símbolos percentuais e valores monetários, com a indicação do fundamento legal de cada uma.”

- Com o advento da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004, o cálculo dos proventos de aposentadoria deixou de tomar por base a remuneração do cargo efetivo em que se desse a inativação e passou-se a considerar as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de Previdência Geral e/ou Próprio.

- Em razão do que dispõe o artigo 1º da Lei nº 10.887/2004, o Decreto nº 16.472/95 só será aplicado aos casos em que o cálculo de aposentadoria for feito de acordo com a legislação vigente até a data da publicação da referida Lei, não se aplicando às hipóteses em que o cálculo tiver de ser feito de acordo com a média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor.

Senhor Procurador-Geral

Flora de Oliveira Barros, Auxiliar de Serviços Gerais do Quadro da Secretaria de Estado de Educação e Qualidade de

Ensino, lotada na Escola Estadual Vicente Geraldo de Mendonça Lima/Itacoatiara-AM, solicitou sua aposentadoria por idade por meio do requerimento de fl. PGE-4, protocolizado na referida Pasta no dia 22 de julho de 2004.

Os autos foram instruídos e encaminhados ao AMAZONPREV, cuja Gerência Jurídica opinou pelo deferimento do pedido (fls. PGE-47/49). O ato de aposentadoria foi minutado (fl. PGE-50) e encaminhado à Casa Civil, para decisão final do Chefe do Executivo (fl. PGE-52).

Por meio da promoção de fls. PGE-55/56, a Consultoria Técnico-Legislativa da Pasta determinou a devolução dos autos ao AMAZONPREV, para que discriminasse as parcelas componentes dos proventos da Interessada, apresentando os cálculos de cada uma delas e os respectivos valores monetários correspondentes, em razão do que estabelece o artigo 1º do Decreto nº 16.472/95 (fl. PGE-54).

No Parecer de fls. PGE-60/62, a Gerência Jurídica daquele Fundo esclareceu que no decreto aposentatório da Interessada não poderiam ser discriminadas as parcelas e os valores monetários correspondentes porque seus proventos foram calculados de acordo com o artigo 1º da Lei nº 10.887/2004, que manda considerar, para efeito de cálculo de proventos de inativação, a média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor.

A Consultoria Técnico-Legislativa da Casa Civil pede, então, que esta PGE se manifeste "acerca da necessidade ou não de discriminar os valores no decreto aposentatório, bem como da questão da média aritmética simples para apuração do valor da aposentadoria" (fls. PGE-65/66).

É o Relatório. Passo a opinar.

De acordo com a redação original do artigo 40 da Constituição Federal de 1988, para fazer jus ao benefício da aposentadoria bastava que os servidores cumprissem determinados pressupostos de invalidez, de tempo de serviço ou de idade. Transcrevo, a seguir, o dispositivo em questão:

"Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando

decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

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

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Pode-se dizer, em linhas gerais, que o regime previdenciário do Serviço Público tinha as seguintes características: a

aposentadoria tinha o caráter de prêmio, pois o regime não era contributivo; o tempo de serviço ficto era aceito para fins de concessão de benefícios; os proventos eram calculados com base nas parcelas da remuneração incorporáveis, acrescidos das vantagens deferidas após a aposentadoria; existia paridade entre vencimentos e proventos e eram beneficiários dessas regras servidores titulares de cargos efetivos e comissionados.

Eis os tipos de aposentadoria então existentes: voluntária com proventos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço; voluntária por idade com proventos proporcionais ao tempo de serviço; invalidez com proventos integrais ou proporcionais; compulsória.

A partir da promulgação da Emenda à Constituição Federal de nº 20/98, o regime previdenciário dos servidores públicos passou a ser contributivo, tendo a aposentadoria deixado de ser um prêmio para se tornar uma contraprestação ao recolhimento de contribuições previdenciárias.

O tempo de serviço ficto deixou de ser computado para fins de concessão de benefícios, o servidor titular de cargo comissionado deixou de ser beneficiário do regime próprio dos servidores públicos, a paridade entre vencimentos e proventos foi mantida e estes passaram a ser calculados com base na remuneração do cargo em que se desse a aposentadoria.

O artigo 40 da CF passou a ter a seguinte redação:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I - 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, especificadas em lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido

ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

§ 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

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

§ 11 Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12 Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 13 Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

§ 14 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem

concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16 Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.”

Passaram a existir, desde então, os seguintes tipos de aposentadoria: voluntária por idade e tempo de contribuição com proventos integrais; voluntária por idade com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; invalidez com proventos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição; compulsória.

Quanto aos servidores que ingressaram regularmente em cargo efetivo até a data da promulgação da EC nº 20/98, tiveram seus direitos assegurados nos seguintes termos:

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

§ 1º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal.

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço já exercido até a data de

publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente.

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

“Art. 8º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta

por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no parágrafo anterior, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que, após completar as exigências para aposentadoria estabelecidas no "caput", permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal."

A partir da promulgação da Emenda à Constituição Federal de nº 41/2003, o regime previdenciário do servidor público permaneceu com caráter contributivo, mas passou a ser também solidário, inclusive em relação aos inativos e pensionistas. Foi dada ao artigo 40 da Carta a seguinte redação:

"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas

suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: I - 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;

.....

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

.....

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

.....

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

.....
§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X."

Os tipos de aposentadoria permaneceram os mesmos, mas os proventos passaram a ser calculados de duas formas: 1) se implementados os requisitos até 19/02/2004 (data da publicação da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004), os cálculos serão feitos com base na legislação vigente até esse dia; 2) para os servidores que implementaram os requisitos a partir de 20/02/2004, os cálculos serão feitos com base na média aritmética das remunerações que serviram de base para as contribuições previdenciárias aos regimes próprio e/ou geral. Reproduzo, a seguir, o dispositivo que contém a regra em tela:

"Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência."

Além disso, a paridade entre vencimentos e proventos acabou, estando estes sujeitos apenas a correção estabelecida em lei.

Os servidores que ingressaram em cargo efetivo até a data da publicação da EC nº 20/1998, os que cumpriram os requisitos para aposentadoria até a data da publicação da EC nº 41/2003 e os que ingressaram no Serviço Público até a data da publicação desta emenda também tiveram seus direitos assegurados. Eis os dispositivos em questão:

"Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput*, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um

abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.
§ 6º As aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal".
(regra para os servidores que ingressaram em cargo efetivo até a data da publicação da EC nº 20/1998)

"Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

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

(regra para os servidores que implementaram os requisitos para aposentadoria até a data da publicação da EC nº 41/2003)

"Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à

totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria."

(regra para os servidores que ingressaram no Serviço Público até a data da publicação da EC nº 41/2003)

"Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei."

Por fim, com a publicação da EC nº 47/2005, cujos efeitos retroagiram à data da vigência da EC nº 41/2003, foi estabelecida mais uma regra de transição para os servidores que ingressaram no Serviço Público até a data da publicação da EC nº 20/98:

"Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou

pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único - Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo."

Diante do que foi dito até aqui, conclui-se que coexistem atualmente as seguintes situações:

1) a dos servidores que cumpriram os requisitos para aposentadoria até 16/12/98 (promulgação da EC nº 20/98);

2) a dos servidores que cumpriram os requisitos para aposentadoria entre 16/12/98 (promulgação da EC nº 20/98) e 31/12/2003 (promulgação da EC nº 41/2003);

3) a dos servidores que ingressaram regularmente em cargo efetivo até 16/12/98 (promulgação da EC nº 20/98) e no Serviço Público até 31/12/2003 (promulgação da EC nº 41/2003), mas que não cumpriram os requisitos para a obtenção da aposentadoria pelas regras então vigentes;

4) a dos servidores que ingressaram e que virão a ingressar em cargo efetivo após a publicação da EC nº 41/2003.

Vê-se, então, que nos dias de hoje não se pode generalizar qualquer aspecto relacionado a aposentadoria de servidor público, uma vez que as peculiaridades de cada caso devem ser observadas à luz da respectiva legislação aplicável.

Nesse contexto, passo a discorrer sobre a questão levantada nestes autos, qual seja, a aplicação do que estabelece o Decreto nº 16.472/95 aos atos de inativação editados no âmbito do Estado do Amazonas.

Diz o artigo 1º do referido decreto estadual:

“Art. 1º Os atos de aposentadoria dos servidores civis e de transferência para a reserva remunerada e de reforma de militares deverão consignar o valor dos proventos com a discriminação das parcelas que os compõem expressas em símbolos percentuais e valores monetários, com a indicação do fundamento legal de cada uma.”

Entendo que, na prática, a partir de 20/02/2004 (dia em que foi publicada a MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004) as exigências do Decreto nº 16.472/95 só poderão ser atendidas nos casos em que os proventos forem calculados de acordo com a legislação vigente até essa data. É que nas hipóteses em que os proventos forem calculados de acordo com a Lei nº 10.887/2004, ou seja, considerando a média aritmética simples das remunerações utilizadas como base para as contribuições previdenciárias do servidor aos regimes geral e/ou próprio, o valor dos proventos não terá resultado da soma de várias parcelas, mas da média de um determinado número de remunerações, consideradas como um todo, sem distinção desta ou daquela parcela que as tenham integrado.

Dito isso, passo a analisar o caso concreto dos presentes autos.

A Interessada completou 60 anos de idade no dia 11/05/2003 e conta, até 31/12/2003, com 27 anos, 4 meses e 26 dias de tempo de serviço, sendo mais de 10 anos no Serviço Público e mais de 5 anos no cargo efetivo de Auxiliar de Serviços

Gerais, em que se dará a inativação (certidão de fls. PGE-9/10). Enquadra-se, portanto, nas regras de aposentadoria por idade com proventos proporcionais ao tempo de contribuição previstas no artigo 40 da CF, com a redação dada pela EC nº 41/2003.

E por ter implementado os requisitos para tal tipo de aposentadoria antes de 20/02/2004, data da publicação da MP nº 167, seus proventos deverão ser calculados de acordo com a remuneração do cargo de Auxiliar de Serviços Gerais.

Assim, apesar de a Interessada fazer jus a aposentadoria de acordo com as regras estabelecidas pela EC nº 41/2003, seus proventos não devem ser calculados considerando a média aritmética das remunerações que serviram de base para suas contribuições previdenciárias porque os requisitos exigidos pela CF foram atendidos antes da publicação da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004.

Nesse caso específico, então, o Decreto nº 16.472/95 deve ser aplicado.

Diante de todo o exposto, opino pela devolução dos autos ao AMAZONPREV, para:

1) elaboração de nova certidão de tempo de serviço, cujo termo final de contagem será o dia 19/02/2004;

2) elaboração de novos cálculos dos proventos da Interessada, levando-se em conta a remuneração do cargo efetivo em que se dará a inativação;

3) elaboração de nova minuta de decreto de aposentadoria, observando-se as determinações do Decreto nº 16.472/95.

Após essas providências, os autos devem seguir para decisão final do Chefe do Executivo.

Recomendo, finalmente, para adequar a edição dos atos de inativação no âmbito do Estado do Amazonas às alterações sofridas pelo regime previdenciário dos servidores públicos ao longo dos últimos anos, que esta Procuradoria, na condição de órgão superior do Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual, encaminhe ao Chefe do Executivo, oportunamente, minuta de decreto revogando o Decreto nº 16.472/95 e dando nova disciplina ao assunto. Explico.

No ano seguinte à edição do referido decreto, foi publicada a Lei nº 2423, de 10 de dezembro de 1996 – Lei Orgânica do TCE/AM, exigindo que nos atos de aposentadoria de servidores fossem discriminadas as parcelas componentes dos proventos, com a indicação do fundamento legal de cada uma delas. Transcrevo, abaixo, o dispositivo em questão:

"Art. 31 -

[...]

§ 2º - A fixação dos proventos bem como as parcelas que os compõem com a indicação do fundamento legal de cada um, deverão ser obrigatoriamente publicados no Diário Oficial do Estado."

Como se vê, a Lei Orgânica do TCE/AM passou a exigir menos que o Decreto nº 16.472/95 no que diz respeito ao conteúdo dos atos de inativação de servidores civis e de militares do Estado do Amazonas, uma vez que não condicionou a legalidade do ato aposentatório à indicação dos valores monetários de cada parcela integrante dos proventos.

Faz-se necessária, assim, a edição de novo decreto revogando o de nº 16.472/95 e estabelecendo que quando os proventos forem calculados de acordo com as regras vigentes anteriormente à data da publicação da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004, nos atos de inativação serão discriminadas as parcelas integrantes dos proventos, acompanhadas apenas do respectivo fundamento legal. Quando, entretanto, os proventos forem calculados de acordo com as regras da Lei nº 10.887/2004, os atos de inativação apenas indicarão o valor total dos proventos, sem discriminar quaisquer parcelas.

É o Parecer.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO –
PPE/PGE, em Manaus - AM, 1º de junho de 2006.**

ISABELA PÉRES RUSSO ANDRADE
Procuradora-Chefe, em exercício

PROCESSO N.º 1394/2006-PGE

INTERESSADO: Flora de Oliveira Barros

ASSUNTO: Aposentadoria por idade. Aplicação do Decreto nº 16.472/95, após o advento da MP nº 167.

DESPACHO

APROVO o Parecer nº 191/06-PPE/PGE, da Procuradora-Chefe, em exercício, da Procuradoria do Pessoal Estatutário-PPE/PGE, *Dr.ª Isabela Péres Russo Andrade*.

DEVOLVAM-SE os autos à Casa Civil.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 2 de junho de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 3470/2006-PGE

INTERESSADA: Secretaria de Estado da Administração e Gestão
- SEAD

ASSUNTO: Consulta acerca da acumulação de cargos públicos de investigador e professor.

PARECER Nº 302/2006-PPE/PGE

**CONSULTA. INVESTIGADOR DE POLÍCIA. PÚBLICO.
ACÚMULO COM CARGO DE PROFESSOR.
ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL.**

- Na forma fixada pela Constituição Federal, poderá haver cumulação de um cargo técnico ou científico com um de professor, sejam estes ativos ou inativos, desde que haja compatibilidade de horários.

- O cargo de Investigador de Polícia, em razão da qualificação exigida e das atribuições determinadas pela Lei nº 2875/04, enquadra-se no conceito constitucional de cargo técnico, pois exige de seu titular nível superior e conhecimentos especializados para o seu exercício.

- Diante do enquadramento do cargo de Investigador de Polícia como cargo técnico, mostra-se constitucional, respeitada a compatibilidade de horários, seu acúmulo remunerado com um cargo de professor.

Senhora Procuradora-Chefe,

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Estado da Administração e Gestão, no sentido de apurar a constitucionalidade do acúmulo remunerado dos cargos de Investigador de Polícia e Professor. Tal indagação tem origem no entendimento desta Especializada exposto pelo Parecer nº 073/98-PPE/PGE e nas novas exigências de escolaridade conferidas ao cargo de Investigador de Polícia pela Lei nº 2.875/04.

Com efeito, anteriormente, o cargo de Investigador de Polícia era acessível aos portadores de Diploma de Nível Médio e, nos termos da Lei nº 2.875 passou a ser a graduados em nível superior. Através do entendimento firmado no Parecer nº 073/98-PPE/PGE, a Douta Parecerista considerou a impossibilidade de acúmulo constitucional pelos Investigadores de Polícia, por considerar que o mesmo não se tratava de cargo técnico, uma vez que não exigia conhecimentos ou treinos especializados em ciência ou artes particulares a uma profissão.

Vieram os autos a esta Procuradoria para análise e emissão de Parecer, por determinação da Douta Secretária Executiva da Administração e Gestão.

É o relatório. Passo a opinar.

A Constituição Federal veda a acumulação de cargos públicos, trazendo como ponto central a remuneração percebida, *verbis*:

“Art. 37 – (omissis)

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

- a) a de dois cargos de professor;**
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;**
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas.”**

Constata-se, portanto, que o legislador constituinte proibiu a acumulação remunerada de cargos públicos e isto inclui os ativos e inativos, pois ambos percebem remuneração pelo respectivo cargo.

Assim, somente nas exceções constitucionalmente estabelecidas pode-se cogitar de acúmulo de cargos públicos, desde que verificada a compatibilidade de horários. Como sabido, as exceções devem sempre ser interpretadas restritivamente, não podendo o intérprete ampliar o rol previamente estatuído pelo legislador.

In casu, deve-se analisar se o cargo de investigador de polícia se enquadra na hipótese de cargo técnico ou científico mencionado pelo legislador constituinte.

No parecer anterior, consolidou-se o entendimento de que cargo técnico ou científico, *"nos termos da disposição constitucional vigente, não exige, necessariamente, qualificação profissional de grau superior de ensino ou conhecimento desse nível. Basta, portanto, que o cargo tenha o caráter burocrático e para o seu desempenho o titular coloque em prática conhecimentos especializados com a utilização de métodos organizados que dependam de conhecimento científico."* (fl. PGE-08)

Atualmente, com o advento da Lei nº 2875/04, que instituiu o novo Plano de Cargos e Carreiras da Polícia Civil, o cargo de Investigador de Polícia se tornou privativo para portadores de nível superior e abrange dentre suas atribuições, listadas no Anexo III do referido diploma legal, algumas atribuições onde se verifica a necessidade de conhecimentos técnicos específicos, conforme exemplos a seguir:

1. auxiliar do ponto de vista técnico de investigação policial ao delegado de polícia e Comissário de Polícia;
2. realizar investigações;
3. distinguir as diversas infrações penais, a fim de aplicar as medidas preventivas ou repressivas no trato diário com a população etc.

Neste diapasão, constata-se que o cargo de Investigador de Polícia, nos termos da Lei nº 2875/04, exige especialização proveniente de nível superior e, ainda, exerce atribuições próprias daqueles que detêm conhecimentos técnicos especializados, pelo que se verifica seu grau técnico.

Ex positis, conclui-se pelo enquadramento constitucional do cargo de Investigador de Polícia como técnico, de modo que mostra-se perfeitamente aceitável, desde que exista compatibilidade de horários, seu acúmulo remunerado com um cargo de professor.

É o parecer, que ora submeto à vossa superior consideração.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO –
PPE/PGE**, em Manaus - AM, 27 de setembro de 2006.

TATIANNE VIEIRA ASSAYAG

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 3470/06 – PGE (6648/05-SEAD)

INTERESSADO: Secretaria de Estado da Administração e Gestão
- SEAD

ASSUNTO: Acumulação de cargos públicos. Enquadramento do
cargo de Investigador de polícia como de natureza
técnica. Consulta.

DESPACHO

Aprovo o Parecer retro, de nº 302/06-PPE/PGE, por meio do qual a Parecerista conclui que, a partir do advento da Lei nº 2.875/04, enquadra-se na definição de técnico o cargo de Investigador de Polícia, sendo possível, portanto, sua acumulação remunerada com um cargo de Professor, desde que existente a compatibilidade de horários.

De se registrar, por oportuno, que, devido à falta de precisão, o conceito de cargo técnico tem provocado, ainda hoje, algumas dúvidas na Administração. O Decreto Federal nº 39.956/54 estabeleceu, no seu art. 3º, que cargo técnico ou científico é aquele para cujo exercício seja indispensável e predominante a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior de ensino. De igual modo, o Órgão Central do SIPEC, por meio da Orientação Normativa nº 43/79, firmou entendimento no sentido de que “Todo cargo para cujo provimento se exija grau superior de escolaridade se inclui no conceito de técnico-científico a que alude a legislação concernente à acumulação.”

Tal definição, entretanto, relativa à exigência de formação de nível superior, evidentemente superada pelo tempo pela multiplicidade das funções emergentes de novas tecnologias e

das modificações no sistema de ensino, há muito já não serve como requisito essencial para caracterização do cargo técnico, sendo necessário encontrar outros elementos conceituais que se mostrem idôneos à sua identificação.

Dessa forma, em razão da escassez doutrinária acerca da matéria, penso que, para efeitos do que dispõe o art. 37, XVI, 'b' da CF, é de ser considerado como técnico todo cargo, emprego ou função, de nível médio ou superior, aos quais se atribuam atividades de natureza executiva, de média ou alta complexidade ou especialidade, ficando definitivamente afastada a exigência de nível superior de ensino como requisito essencial para a caracterização do cargo de natureza técnica. Em suma, para essa caracterização, é indispensável analisar o conteúdo ocupacional do cargo. Somente com o exame das atribuições do cargo, definidas na lei local, será possível concluir que determinadas funções, para serem desenvolvidas, exigem a aplicação de conhecimentos especializados.

Dessa forma, e porque com o advento da Lei nº 2.875/04, além da exigência, para a titularização do cargo de Investigador de Polícia, de formação em curso de nível superior completo, consta, da parte que define a natureza do referido cargo, *"trabalho profissional qualificado que consiste em supervisionar, coordenar e controlar investigações de natureza policial, bem como outras operações policiais..."*, tendo como atribuições, dentre outras, *"auxiliar, do ponto de vista técnico de investigação policial ao delegado de polícia e comissário de polícia; realizar investigações; distinguir as diversas infrações penais, a fim de aplicar as medidas preventivas ou repressivas no trato diário com a população..."* — o que leva à ilação de que tais atribuições exigem a aplicação de conhecimentos especializados —, deve o referido cargo ser considerado como técnico, para fins da acumulação permitida pela CF/88.

Devolvam-se os autos à SEAD, observado o disposto no item II da Portaria nº 086/02-GPGE.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,
em Manaus, 29 de setembro de 2006.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe, em substituição

**PROCESSO N. 4223/06-PGE (Carta nº 4553/2006-GEJUR/
AMAZONPREV)**

INTERESSADO: O Diretor Presidente do Fundo Previdenciário do Estado do Amazonas - AMAZONPREV.

ASSUNTO: Base de cálculo do adicional de "quintos" dos militares e atualização da vantagem. Consulta.

PARECER Nº 316/06-PPE/PGE

BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE QUINTOS DOS MILITARES. ATUALIZAÇÃO DA VANTAGEM. CONSULTA.

- Somente a partir da edição da Lei nº 1.869, de 07.10.88 — cujos efeitos, de acordo com o disposto no seu art. 22, retroagiram a 01.10.08 —, os militares estaduais que contassem com seis ou mais anos, consecutivos ou não, até dez, de exercício de cargos em comissão ou funções de confiança, passaram a fazer jus à incorporação de um quinto, por ano, da função gratificada ou da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo de que fossem titulares (leia-se soldo do posto ou graduação), sendo possível computar, entretanto, para esse fim, o tempo de exercício anterior à edição da Lei nº 1.869/88.

- Para os militares que percebam qualquer parcela de "quintos" em razão do exercício de função gratificada na Casa Militar do Gabinete do Governador, o cálculo dessa vantagem, com fundamento no art. 3º da Lei nº 1.971/90, só poderá levar em consideração o soldo (= a vencimento) e nunca os vencimentos (que englobam o soldo mais a gratificação de tropa), devendo ser considerada, para fins de concessão da vantagem, a patente que o militar possuía à época do exercício.

- As parcelas relativas aos "quintos" percebidos pelos militares não poderão ser atualizadas com base na Lei Delegada nº 53/05, na Lei nº 2.986/2005 ou qualquer outro diploma legal posterior à data da publicação da Lei nº 2.531/99 já que, a partir daquela data, i.e., 20.04.99, o que

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

Por meio da Carta nº 4553/2006-GEJUR/AMAZONPREV o Diretor Presidente do Fundo Previdenciário do Estado do Amazonas - AMAZONPREV solicita a esta Procuradoria Geral manifestação acerca da forma de concessão e atualização da vantagem de “quintos” dos militares estaduais.

Ao justificar a consulta, informa que o art. 19 da Lei nº 1.869, de 07.10.88, previu a concessão, aos militares estaduais, da vantagem de “quintos” instituída pelo art. 82 da Lei nº 1.762/86 – Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas —, data aquela a partir da qual os militares passaram a fazer jus à referida vantagem.

Informa, também, que, a despeito de a Lei nº 2.531/99 haver extinguido a referida vantagem, desatrelando-a do cargo ou função que a gerou e sujeitando-a exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais, a Polícia Militar do Amazonas vem expedindo certidões atestando que “o valor referente à gratificação de quintos teria sido atualizado, conforme Lei Delegada n. 53, de 29 de junho de 2005” (...), calculando-se a vantagem sobre a Gratificação de Tropa da graduação, em razão do que dispõe a Lei nº 1.971/90.

Diz ainda o Diretor Presidente daquele Fundo Previdenciário que “existem diversos casos em que foram considerados períodos anteriores à vigência da Lei, ou seja, a Lei nº 1.869, de 07.10.88 (que concedeu a vantagem aos militares) deveria regular os eventos a partir de então, sendo considerados, para efeito de concessão dos “quintos”, apenas os períodos de exercício em cargo ou função de confiança a partir da data de sua vigência, o que, s.m.j., não ocorreu.”

É o relatório.

A matéria destes autos haverá de ser examinada sob os seguintes aspectos:

1. Data a partir da qual é devida a vantagem de "quintos" aos militares e qual o período a ser considerado para cômputo do tempo de exercício de cargos em comissão ou função de confiança;
2. Cálculo da vantagem com fundamento no que dispõe a Lei nº 1.971/90 e;
3. Forma de atualização da vantagem a partir da edição da Lei nº 2.531/99, que extinguiu a vantagem dos "quintos".

Vejamos, então, pela ordem.

I – DATA A PARTIR DA QUAL É DEVIDA A VANTAGEM DE “QUINTOS” AOS MILITARES ESTADUAIS E QUAL O PERÍODO A SER CONSIDERADO PARA O CÔMPUTO DO TEMPO DE EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA.

Conforme já referido, o adicional pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança – “quintos” – instituído pelo art. 82 da Lei nº 1.762/86 para os servidores civis, foi estendido aos militares pelo art. 19 da Lei nº 1.869, de 07.10.88, cabendo ressaltar que, de acordo com o art. 22 da mesma Lei, seus efeitos retroagiram a 01.10.88.

Assim, somente a partir de 01.10.88, os militares estaduais que contassem com seis ou mais anos, consecutivos ou não, até dez, de exercício de cargos ou funções de confiança, passaram a fazer jus à incorporação de um quinto, por ano, da função gratificada ou da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo de que fossem titulares.

Para os civis, o Decreto regulamentador da vantagem estabelecia regra no sentido de que os “quintos” adquiridos pelo exercício de cargo e/ou função de confiança por seis ou mais anos anteriores à edição da Lei nº 1.762/86, deveriam ter por

base, unicamente, o cargo ou a função de maior valor, desde que lhe correspondesse o exercício mínimo de 1 (um) ano.

De se ressaltar, por oportuno, que tal disposição legal se deu em razão do entendimento firmado por esta PGE acerca da matéria, nos seguintes termos:

"Então, se a lei estadual não prevê outra situação à qual aplicar-se aquela norma, como se deverá proceder na concessão da vantagem a quem já conta, sete ou mais anos de cargo ou função de confiança? Afinal, o EF, em algum momento, vedou a concessão em casos que tais?, ou melhor, em algum momento a Lei 1762 estabeleceu que, para aquisição dos quintos só valeriam os cargos ou funções de confiança exercidos a partir de sua vigência? Ora, "quando a lei quer, fala..." (in despacho do Procurador-Geral no Processo nº 166/87-PGE).

Ora, se para os beneficiários da vantagem que foi estendida aos militares, era possível computar o tempo de exercício de cargo em comissão ou função de confiança anterior à edição da Lei nº 1.762/86, o mesmo raciocínio é de ser aplicado aos militares, vale dizer, o tempo de exercício de cargo em comissão ou função de confiança anteriores à edição da Lei nº 1.869/88 é de ser computado para fins de percepção da vantagem, esta que só poderia haver sido concedida a contar de 01.10.88.

Diante do exposto, a primeira conclusão que firmo é no sentido de que **somente a partir da data da publicação da Lei nº 1.869/88 — cujos efeitos, de acordo com o disposto no seu art. 22, retroagiram a 01.10.88 — os militares estaduais que contassem com seis ou mais anos, consecutivos ou não, até dez, de exercício de cargos em comissão ou funções de confiança, passaram a fazer jus à incorporação de um quinto, por ano, da função gratificada ou da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo de que fossem titulares (leia-se soldo do posto ou graduação), sendo possível computar, entretanto, para esse fim, o tempo de exercício anterior à edição da Lei nº 1.869/88.**

II – CÁLCULO DA VANTAGEM COM FUNDAMENTO NO QUE DISPÕE A LEI Nº 1.971/90.

O art. 3.º da citada Lei nº 1.971/90, que fixa a remuneração do pessoal da Polícia Militar do Estado do Amazonas e dá outras providências, possui a seguinte redação:

“Art. 3º - Os policiais militares em exercício na Casa Militar do Gabinete do Governador perceberão uma gratificação equivalente a um (01) vencimento fixado para a respectiva graduação.”

Evidentemente, não será necessário discorrer sobre a diferença entre vencimento, no singular, e vencimentos, no plural. Mas será necessário dizer, com fundamento no sempre festejado Hely Lopes Meirelles, que vencimento (no singular) corresponde ao padrão do cargo público fixado em lei, e vencimentos são representados pelo padrão do cargo (vencimento) acrescidos das demais vantagens (Direito Administrativo Brasileiro, 26. ed., p. 444).

A Lei nº 1.762/86 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas) faz claramente essa distinção nos incisos I e II do seu art. 80.

Quanto aos militares, sua remuneração atual, regulamentada pela Lei nº 2.986/2005, é composta de soldo mais gratificação de tropa. O soldo equivale ao vencimento, no singular, de que fala o art. 3.º da Lei nº 1.971/90. O soldo mais a gratificação de tropa equivale aos vencimentos, no plural.

Tanto é assim que, conforme se verifica do documento de fls. PGE-09, a própria PM diz que, de acordo com o que estabelece o § 1º do art. 52 da Lei nº 1.154/75, os policiais militares na ativa perceberão remuneração constituída pelas seguintes parcelas: vencimentos (no plural), compreendendo soldo e gratificações. De igual modo, o art. 3º da Lei nº 1.502/81, estabelece que a remuneração do policial militar na ativa compreende vencimentos (no plural), quantitativo mensal em dinheiro devido ao policial militar na ativa, compreendendo o soldo e as gratificações.

Portanto, ainda que o militar faça jus a qualquer parcela de “quintos”, pelo exercício de função na Casa Militar do Gabinete do Governador, esse cálculo só poderá levar em consideração o soldo (= vencimento) e nunca os vencimentos, que englobam o soldo mais a gratificação de tropa.

E mais: para a concessão da vantagem com fundamento no art. 3º da Lei nº 1.971/90, é de ser considerada, para esse fim, a patente que o militar possuía à época em que exerceu a multicitada função gratificada na Casa Militar.

Diante do exposto, firmo nova conclusão, a segunda, no sentido de que, **para os militares que percebam, com fundamento no art. 3º da Lei nº 1.971/90, qualquer parcela de “quintos” em razão do exercício de função gratificada na Casa Militar do Gabinete do Governador, o cálculo dessa vantagem só poderá levar em consideração o soldo (= vencimento) e nunca os vencimentos (que englobam o soldo mais a gratificação de tropa), devendo ser considerada, para esse fim, a patente que o militar possuía à época do exercício.**

III – FORMA DE ATUALIZAÇÃO DA VANTAGEM A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI Nº 2.531/99, QUE EXTINGUIU A VANTAGEM.

O conhecido adicional de “quintos” foi extinto pelo art. 1º da Lei nº 2.531/99 e o art. 82 do Estatuto Geral, que instituiu a vantagem, bem como as demais regras similares do ordenamento jurídico estadual, foram expressamente revogados pelo art. 30 da mesma Lei. Vejamos o que dizem os referidos dispositivos legais:

“Art. 1º – Fica extinto o adicional pelo exercício de cargo ou função de confiança instituída pelo artigo 82 da Lei n.º 1.762, de 14 de novembro de 1986, e previsto nas Leis n.ºs 1.778, de 08 de janeiro de 1987, 2.271, de 10 de janeiro de 1994, e **1869 de 07 de outubro de 1988.**

Parágrafo único – A importância relativa ao adicional de que trata o caput deste artigo, adquirida e/ou incorporada na forma desta Lei até a data da publicação deste diploma, passa a constituir vantagem individual nominalmente identificada, **sujeita**

exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais, sendo sua percepção incompatível com o exercício de cargo ou função de confiança, salvo se o servidor optar pela remuneração do cargo efetivo por ele ocupado.

(...)

Art. 30 – Revogadas as disposições em contrário, especialmente os artigos 82, 90, III, 94 e 139, da Lei 1.762, de 14 de novembro de 1986, e as demais regras similares do ordenamento jurídico estadual, esta lei entra em vigor na data de sua publicação.” (grifei).

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

Assim, a partir da data da publicação do referido diploma legal, o que a Lei passou a considerar foi o valor então correspondente aos “quintos” a que fazia jus o servidor ou o militar, ou seja, a importância em dinheiro percebida ou de seu direito naquela data, desatrelando-a do cargo ou função que a gerou e sujeitando-a exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais.

Em recente manifestação sobre o caso específico do Estado do Amazonas, relativamente à atualização do adicional de “quintos”, o STF confirmou o entendimento acima, decidindo que:

“STF - RE 437.328 / AM
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a) Min. - CARLOS BRITTO

DJ 16/12/2004 P - 00163

Julgamento

24/11/2004

Partes

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 437.328-9

PROCED.: **AMAZONAS**

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

RECTE.(S): **ESTADO DO AMAZONAS**

ADV.(A/S): **PGE-AM – ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA**

RECD.O.(A/S): ROSITA MENDES DE CASTRO

ADV.(A/S): HELCIO RODRIGUES MOTTA

(...)

2. O aresto recorrido, confirmando a decisão de primeiro grau, concedeu a segurança impetrada, para garantir a pensionista de servidor público o direito de receber o benefício com base na remuneração atual do cargo em que se deu a aposentadoria — cuja nova nomenclatura é Inspetor Fiscal, Classe Única, Referência Salarial II —, incluídas todas as vantagens peculiares a este cargo, mais a representação correspondente ao símbolo AD-2, referente ao cargo comissionado que o servidor incorporou aos proventos quando da passagem para a inatividade (em 1967) e que também teve seu valor e nomenclatura modificados por norma posterior.

3. O recorrente aponta violação aos artigos 40, § 8º, e 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, ambos da Carta de Outubro.

4. O apelo extremo merece **acolhida parcial**, haja vista que o acórdão vergastado está em **confronto com a jurisprudência desta colenda Corte**, pelo menos em parte.

5. De início, registre-se que a norma inserta no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, não passou pelo crivo da Corte de origem, menos ainda segundo o enfoque abordado nas razões recursais, qual seja: o da inconstitucionalidade do decreto que majorou o valor da gratificação AD-2 (Decreto 18.082/97). Por outro lado, também não foram opostos os competentes embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação do Tribunal a respeito. Logo, o recurso carece do indispensável prequestionamento, no aspecto (Súmula 282).

6. No mérito, tem-se que a decisão atacada destoa do entendimento assente neste excelso Tribunal, que reconhece a legitimidade da desvinculação da chamada "estabilidade financeira" dos vencimentos do cargo em comissão que o servidor tenha ocupado na ativa. O fundamento central desse entendimento está em que, muito embora ao servidor seja garantida a estabilidade financeira, não tem ele direito adquirido à preservação do regime legal de atrelamento do valor dessa vantagem ao vencimento do cargo em comissão respectivo. Isso porque não há direito adquirido a regime jurídico de fixação e reajuste de vencimentos, consoante a repisada jurisprudência desta Casa Maior de Justiça.

7. A propósito, consulte-se o RE 226.462, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa, no ponto ora sob exame, tem o seguinte teor (grifos acrescentados): "(...) II. "Estabilidade financeira": inexistência de direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste de vantagem correspondente. 1. Pacífico no STF a inexistência de conflito entre a chamada "estabilidade financeira" e o art. 37, XIII, CF, que proíbe vinculação entre vencimentos (cf. precedentes citados), daí não se segue, contudo, o direito adquirido do servidor beneficiário da vantagem à preservação do regime legal de atrelamento do valor dela ao vencimento do respectivo cargo em comissão: donde a legitimidade e a aplicabilidade imediata da lei que desvincule o reajuste futuro da vantagem àqueles vencimentos do cargo em comissão, submetendo-a aos critérios das revisões gerais dos vencimentos do funcionalismo. (...)"

9. Assim, frente ao art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento parcial ao recurso para declarar que a impetrante não tem direito de receber o novo valor atribuído ao cargo em comissão incorporado aos proventos de seu falecido marido e majorado por norma posterior à aposentadoria, cujo símbolo atual é AD-2, ficando a segurança denegada neste ponto." (grifei).

Dessa forma, firmo aqui como terceira conclusão, e com fundamento na decisão do STF acerca da matéria, que as

parcelas relativas aos quintos percebidos pelos militares, não poderão ser atualizadas com base na Lei Delegada nº 53/05, na Lei nº 2.986/2005 ou qualquer outro diploma legal posterior à data da publicação da Lei nº 2.531/99, já que, a partir daquela data, *i.e.*, 20.04.99, o que a Lei passou a considerar foi o valor então correspondente aos "quintos" a que fazia jus o servidor, ou seja, a importância em dinheiro percebida ou de seu direito no dia da publicação da referida Lei, desatrelando-a do cargo ou função que a gerou e sujeitando-a exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais.

Diante do exposto, sendo este o entendimento da Procuradoria Geral do Estado a respeito da matéria dos autos, recomendo ao Diretor-Presidente do AMAZONPREV que faça encaminhar cópia deste Parecer à Polícia Militar do Amazonas a fim de que aquela Corporação, doravante, passe a expedir as correspondentes certidões de acordo com o que restou definido aqui, uma vez que, de acordo com o que dispõe o *caput* do artigo 3º da Lei nº 1639/83 "*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*".

É o parecer.

Devolvam-se os autos ao AMAZONPREV, observado o disposto no item II da Portaria nº 086/02-GPGE.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO/PGE,
em Manaus, 19 de outubro de 2006.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe, em substituição

PROCESSO N. 1341/2006-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado de Educação e Qualidade de Ensino

ASSUNTO: Contratação de Professores em caráter de urgência

PARECER Nº 16/2006-PPT/PGE

EMENTA – PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA SOB A ÉGIDE DA LEI 2.607, de 24.06.2000 – IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE CANDIDATOS NÃO CLASSIFICADOS POR NÃO ATENDEREM AS CONDIÇÕES EXIGIDAS NO EDITAL.

A Contratação de servidores para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, de que trata o inciso IX, do art. 37, da CF/88, é disciplinada no Estado do Amazonas pela Lei nº 2.607, de 28 de junho de 2000, que exige a realização de processo seletivo simplificado, que visa comprovar a capacidade profissional do candidato. A contratação de candidatos não classificados no processo seletivo simplificado, por não terem atendido às exigências do edital não pode ser efetuada, pois foge da finalidade do certame, que é selecionar os mais aptos, diante das exigências constantes da norma editalícia, que tem efeito de lei entre as partes.

O Processo Seletivo Simplificado poderá ser dispensado, nas hipóteses previstas no parágrafo 1º, do art. 3º, da Lei 2.607/00, por ato fundamentado do órgão ou entidade interessada e mediante expressa autorização do Chefe do Poder Executivo.

Sra. Procuradora Chefe:

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Educação e Qualidade de Ensino - SEDUC, através do Ofício nº 1055-GS/SEDUC, sobre a possibilidade de contratar professores nas áreas de Ensino Fundamental, Médio e Tempo de Acelerar, em caráter de urgência, para contratação temporária nos termos das leis 2.607, de 28.06.00 e 2.616, de 26.09.00.

Informa a Secretaria interessada, que o quantitativo de profissionais classificados no último processo seletivo simplificado realizado para contratação temporária, não contemplou a sua necessidade.

Justifica a urgência, o fato de que as aulas na rede estadual de ensino já se iniciaram e que a deficiência de professores está sendo cobrada pela comunidade escolar para regularização dos conteúdos programáticos.

Diante disso, pretende a Secretaria contratar professores que se inscreveram no processo seletivo simplificado, mas que não foram classificados por não satisfazerem as exigências do Edital, publicado no DOE em 20.01.2006.

Sucintamente, é o relatório.

O Processo Seletivo Simplificado visa selecionar os mais aptos, mediante a comprovada análise da capacidade profissional dos candidatos, conforme dispõe o § 3º, do art. 3º, da Lei 2.607/00.

Se o Edital do Processo Seletivo Simplificado impõe determinadas condições para a referida comprovação da capacidade profissional dos candidatos, e tendo tal norma força de lei entre as partes, a contratação posterior de candidato não classificado, que não atendeu a tais condições, não encontra qualquer amparo legal, pois foge à própria finalidade do certame.

Diante de tais circunstâncias, concluo de início, pela impossibilidade de se contratar candidatos não classificados no certame.

Por outro lado, a contratação para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, permitida pelo inciso IX, do art. 37, da Constituição da República e disciplinada em nosso Estado pela retro mencionada lei 2.607/00 que, ao dispor sobre a realização do processo seletivo simplificado, admite a dispensa desse procedimento nas hipóteses previstas nos parágrafos 1º e 2º, do art. 3º, a saber: a contratação para atendimento a situações de calamidade pública, combate a surtos endêmicos e nas hipóteses dos incisos III e VI, do art. 2º.

Os incisos III e VI, do art. 2º, referem-se a contratação para serviços de natureza técnica e científica e de professores para Centro de Excelência.

Para que a contratação temporária seja levada a efeito dentro dos limites da legalidade, que é uma das regras constitucionalmente imposta ao administrador público, no exercício de sua atividade, deve observar a existência de quatro requisitos fundamentais: a existência de lei disciplinando a matéria; a necessidade temporária, o interesse público excepcional e a contratação por prazo determinado.

A análise desses elementos fáticos que justificam a contratação temporária de servidores, deve ser analisada pelo próprio administrador público, por se encontrar na seara de sua competência discricionária, cabendo a esta Procuradoria apenas a análise de questões jurídicas que envolvem a situação apresentada.

Entretanto, ressalte-se que essa contratação temporária deve ater-se aos termos da lei, porque esta limita a atuação do administrador público, mesmo na atuação do poder discricionário.

Importante, nesse instante, transcrever a lição do ilustre autor Celso Antonio Bandeira de Melo, em sua obra "Curso de Direito Administrativo, *verbis*:

"Ato vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Ato discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita a lei reguladora da expedição deles.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de

critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar. " (Malheiros ed. 19ª edição, p. 401).

A regra para a investidura em cargos ou empregos públicos é através do concurso público, mas permite-se a contratação temporária para atender aos casos de excepcional interesse; portanto, a escolha da forma de admissão ou contratação incumbe ao Administrador Público, que deverá adequar a norma ao caso concreto, sendo certo, que a ele, também, incumbe a responsabilidade pela escolha que adotar em desacordo com o disposto nos incisos I e II do art. 37, da Constituição Federal, conforme previsão no parágrafo 2º, do mesmo dispositivo.

Incumbe, portanto, ao Administrador Público verificar se os requisitos que justificam a contratação temporária encontram-se presentes no caso concreto, pois a ele incumbirá a responsabilidade pelo desatendimento às regras constitucionais previstas para a contratação de servidores.

É certo que a educação como direito do cidadão e dever do Estado, elevada pelo art. 205, da Constituição Federal à categoria de serviço público essencial, deverá ser efetivada mediante a garantia, dentre outros, do ensino fundamental obrigatório e gratuito e progressiva universalização do ensino médio, constituindo o acesso ao ensino obrigatório um direito público subjetivo do cidadão (art. 208, § 1º, da CF), importando o não oferecimento do ensino obrigatório ou sua oferta irregular em responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 1º e 2º, da CF).

Sendo a educação um dever do Estado, deve o administrador público adotar as providências necessárias para a prestação desse serviço público essencial, mediante a realização do concurso público com a necessária antecedência, para o provimento dos cargos de necessidade permanente, ou se for o caso, do processo seletivo simplificado quando se tratar de necessidade temporária de excepcional interesse público, evitando a solução de continuidade pela falta de professores.

É imperioso observar que, pelo exame da legislação pertinente ao caso, a escassez de recursos humanos ocasionada pela falta do concurso público não é isoladamente causa suficiente para justificar a contratação temporária de servidores, na medida em que ao Administrador incumbe providenciar em tempo hábil a realização de concurso público para o atendimento de suas necessidades permanentes.

No caso presente, verifica-se que a SEDUC realizou o processo seletivo simplificado, já tendo contratado todos os candidatos classificados, entretanto, esse quantitativo não foi suficiente para suprir a necessidade da Secretaria, o que se permite cogitar da existência do excepcional interesse público diante da urgência na prestação de serviço público essencial, como dever constitucional.

Diante de tais considerações, entendo que a SEDUC deve providenciar com urgência novo processo seletivo, visando a contratação de professores para o preenchimento das vagas remanescentes, diante da inexistência de candidatos classificados no processo seletivo anterior a serem contratados.

Caso a urgência da contratação recomende, poderá o Administrador, mediante ato fundamentado, dispensar a realização do processo seletivo simplificado, e contratar diretamente os interessados, nos termos do §1º, do art. 3º, da Lei 2.607/2000, ressaltando que esta situação deve ser avaliada com extrema cautela pelo Administrador, em obediência aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, que devem reger os atos administrativos.

Deve-se observar, contudo, as seguintes ressalvas previstas na Lei nº. 2607/2000, alterada pela lei nº. 2616, de 26.09.00, que prevê em art. 5º "a expressa autorização do Chefe do Poder Executivo, por proposta do órgão ou entidade interessado.", bem como o contido no parágrafo 1º do referido artigo sobre a demonstração da existência de dotação orçamentária específica e a observância dos critérios de que trata o artigo 169 da Constituição Federal e da Lei Complementar nº. 101, de 04.05.00.

É o parecer, que submeto à consideração superior.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO –
PPT, em Manaus (AM), 10 de maio de 2006.

SIMONETE GOMES SANTOS
Procuradora do Estado

PROCESSO N. 1341/2006-PGE

INTERESSADO: SEDUC

ASSUNTO: Contratação de professores em caráter de urgência

DESPACHO

I- ACOLHO o Parecer n. 16/2006-PPT/PGE, da ilustre Procuradora do Estado, Dra. Simonete Santos Gomes.

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

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE,
em Manaus, 12 de maio de 2006.

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

PROCESSO N. 1341/2006-PGE

INTERESSADO: Secretaria de Estado de Educação e Qualidade de Ensino

ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de contratação temporária de professores em caráter de urgência

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 16/06-PPT/PGE, da Procuradora do Estado Simonete Gomes Santos, acolhido pela

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário/
PGE, Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes.

ENCAMINHEM-SE os autos à Secretaria de Estado de
Educação e Qualidade de Ensino-SEDUC, nos termos do aludido
pronunciamento.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 15 de maio de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 3232/2006-PGE**INTERESSADO:** Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas**ASSUNTO:** Requisição de servidor contratado por tempo determinado nos termos da Lei Estadual nº 2.607/2000**PARECER Nº 029/2006-PPT/PGE**

EMENTA. ADMINISTRATIVO. REQUISIÇÃO PELA JUSTIÇA ELEITORAL DE SERVIDOR CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL Nº 2.607/2000, EDITADA DE ACORDO COM O ART. 37, IX, DA CF/88.

- Inadmissibilidade pela ausência de previsão na Lei nº 6.999/82 e Resolução TSE nº 20.753/2000 alterada pela Resolução nº 22.207/2006.
- Impossibilidade face a vedação expressa no art. 8º, da Lei Estadual nº 2.607/2000, que dispõe que o contratado não pode desempenhar atribuições, funções ou encargos não previstos no contrato e, tampouco ser nomeado ou designado para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada a qualquer título.

Senhora Procuradora Chefe:

Através do OFÍCIO TRE/REQ/GP N. 184/06, o Exmº Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas, requisita a servidora Jalcinery Vitorino de Brito, lotada na Secretaria de Estado de Saúde – SUSAM para prestar serviço à Justiça Eleitoral, com fundamento nos arts. 2º e 9º, da Lei nº 6.999/82 c/c o art. 30, XIII, do Código Eleitoral e art. 18, XV, do Regimento Interno do TRE/AM.

A Chefe do Departamento de Gestão de Recursos Humanos informa que a servidora foi contratada por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime de Direito Administrativo, nos termos

da Lei Estadual nº 2.607/2000, editada de acordo com o art. 37, IX, da CF e art. 108, § 1º, da Constituição do Estado.

A Assessoria Jurídica da SUSAM, através do Despacho nº 444/2006 – ASJUR, pronunciou-se sobre a questão entendendo ser incabível a requisição, inclusive transcrevendo aresto do E. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, que através da Resolução nº 11216, de 7 de dezembro de 2004, Relator Dr. Celso Albuquerque Macedo, indeferiu requisição de servidor temporário.

O processo foi encaminhado para a PGE/AM pela Chefe da Consultoria Técnico-Legislativa da Casa Civil, para oitiva desta especializada.

É o relatório. Passo a opinar.

No caso vertente, a servidora ora requisitada pela Justiça Eleitoral foi admitida por contrato por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime de Direito Administrativo, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal e do art. 108, § 1º, da Constituição do Estado do Amazonas, regida pela Lei Estadual nº 2.607/2000.

A requisição foi embasada na Lei nº 6.999/82 (que dispõe sobre a requisição de servidores públicos pela Justiça Eleitoral e dá outras providências) e a Resolução nº 20.753/2000 (que dá Instruções para requisição de servidores públicos pela Justiça Eleitoral), alterada pela Resolução nº 22.207/2006, que expressam claramente que poderão ser requisitados para prestar serviços à Justiça Eleitoral, os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das autarquias (art. 1º, da Lei nº 6.999/82 e art. 2º, da Resolução nº 20.753/2000).

Mais adiante disciplinam que os servidores requisitados para o serviço eleitoral conservarão os direitos e vantagens inerentes ao exercício de seus cargos ou empregos (art. 9º, da Lei nº 6.999/82 e art. 5º, da Resolução nº 20.753/2000)

In casu, o contrato da servidora requisitada é temporário e a contratada não pertence ao Quadro de Pessoal da Secretaria de Estado de Saúde – SUSAM, por não exercer cargo público, cujo preenchimento deve observância ao art. 37, II, da CF, isto é, participação em certame público, estando a contratada somente a desempenhar função pública de forma precária, por ser eventual e excepcional.

Conclui-se, portanto, que a requisição deve recair em servidor público regido por estatuto ou pela legislação consolidada, ocupante de cargo ou emprego público, que tenha sido provido nos termos do art. 37, II, da CF, não havendo previsão na legislação vigente a requisição de servidor temporário, cujo contrato é por tempo determinado.

De outra forma, a legislação estadual que dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado, no seu art. 8º, veda expressamente que o contratado desempenhe atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato, bem como a nomeação ou designação, ainda que a título precário ou em substituição, para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada, cuja inobservância resultará na rescisão do contrato, sem prejuízo da responsabilidade administrativa das autoridades envolvidas (Parágrafo único).

Após o exposto, opino pelo indeferimento da requisição pretendida pela Justiça Eleitoral, da servidora contratada por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da CF, face a impossibilidade pela ausência de previsão na Lei nº 6.999/82 e Resolução TSE nº 20.753/2000, alterada pela Resolução nº 22.207/2006 e vedação expressa no art. 8º, da Lei Estadual nº 2.607/2000, que dispõe que o contratado não pode desempenhar atribuições, funções ou encargos não previstos no contrato e, tampouco ser nomeado ou designado para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada a qualquer título.

De outro modo, no caso em estudo consta informação da **Chefe de Departamento de Gestão e Recursos Humanos**, informando que a servidora foi contratada “para trabalhar na **Susam** na função de **Agente Administrativo**, admitida em 01.12.00, ...” e mais adiante informa que “Se for autorizado sua disposição teremos que substituí-la por um concursado, pois temos um **reduzido quadro de recursos humanos** neste Departamento.”

Nesta explanação observa-se primeiramente que a contratada está na função há mais de **5 anos**, quando não consta na legislação que trata sobre a matéria, disposição legal para que o contrato se prolongue por tempo indeterminado como na situação em epígrafe.

Em segundo plano, verifica-se uma inversão na ordem constitucional, onde uma servidora contratada por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da CF, está a ocupar um cargo a ser preenchido por servidor público efetivo, aprovado em concurso público nos termos do art. 37, II, da CF.

Somente a título de argumentação, sugiro que a Administração Pública Estadual seja mais criteriosa com o cumprimento dos prazos nas contratações por tempo determinado, evitando-se assim, futuras ações civis públicas como as que já foram propostas tanto pelo Ministério Público Estadual como Federal, para apurar irregularidades nas contratações por tempo determinado no âmbito estadual.

Assim, com o intuito de resguardar os interesses do Estado do Amazonas, sugiro também ao Exmº Sr. Procurador Geral do Estado, que digne-se em recomendar a Secretaria de Estado de Saúde – SUSAM, que adote as providências necessárias e urgentes no sentido de convocar os concursados aprovados no certame público feito pelo Estado, para suprir as vagas dos cargos típicos de carreira, essenciais, permanentes e habituais, cujo provimento deve obedecer os ditames do art. 37, II, da CF, bem como com o intuito de acautelar o Administrador de futuras ações por improbidade administrativa interpostas pelo Ministério Público no exercício de suas funções institucionais.

É o parecer, *sub censura*.

Encaminho os autos à consideração superior.

**PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO-PPT/
PGE**, em Manaus, 18 de setembro de 2006.

VIVIEN MEDINA NORONHA
Procuradora do Estado do AM

PROCESSO N. 3232/2006-PGE

INTERESSADO: Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas

ASSUNTO: Consulta referente a contratação de servidor por tempo determinado

DESPACHO

I- ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 29/2006-PPT/PGE, da lavra da ilustre Procuradora do Estado, Dra. Vivien Medina Noronha.

II - ENCAMINHEM-SE os autos ao Sr. Procurador-Geral para deliberação final.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE, em Manaus, 18 de setembro de 2006.

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

PROCESSO N. 3232/2006-PGE

INTERESSADO: Casa Civil e TRE

ASSUNTO: Consulta sobre a requisição de servidor contratado por tempo determinado

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 29/2006-PPT/PGE, da Procuradora do Estado Vivien Medina Noronha, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário-PPT/PGE, Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes.

Quanto à sugestão de recomendação à SUSAM, entendo não mais necessária, à vista das providências já adotadas por aquela Secretaria atinentes à convocação dos candidatos aprovados em concurso público.

DEVOLVAM-SE os autos à Casa Civil.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, 22 de setembro de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº: 4221/2006-PGE

INTERESSADO: SEJEL – Secretaria de Estado da Juventude,
Desporto e Lazer

ASSUNTO: Prorrogação de Contrato Temporário

PARECER Nº 041/2006-PPT/PGE

EMENTA – SERVIDOR CONTRATADO SOB A ÉGIDE DA LEI 2.607, de 24.06.2000 - REGIME TEMPORÁRIO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRORROGAÇÃO DE PRAZO. NECESSIDADE DE TERMO ADITIVO E PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL

As prorrogações dos contratos administrativos devem ser precedidas de expressa autorização do Chefe do Poder Executivo, por proposta do órgão ou entidade interessada. A efetivação da contratação dar-se-á mediante termo assinado pelo contratado e pelo dirigente do órgão ou entidade contratante. O termo do contrato será encaminhado no prazo de cinco dias úteis à SEAD e em forma de resenha à Imprensa Oficial, para publicação (Parágrafos 2º e 3º, do art. 5º, da Lei 2.607/00). Regra aplicável aos contratos originais e seus aditamentos.

Sra. Procuradora Chefe:

Trata-se de consulta formulada pelo Secretário de Estado da Juventude, Esporte e Lazer, sobre a possibilidade de prorrogação por mais 12 (doze) meses, dos contratos temporários do pessoal que operacionaliza o Programa Galera Nota Dez, firmados nos moldes da lei 2.607, de 28 de junho de 2000, cujo término ocorrerá em 10 de fevereiro de 2007.

De acordo com informação contida no Ofício nº 0943/2006 – GAB/SEJEL, o contrato iniciou-se em 10 de fevereiro de 2004, tendo sido prorrogado por duas vezes consecutivas, sendo a primeira até fevereiro de 2006 e a segunda até fevereiro de 2007, respectivamente.

Acompanham os autos documentação relativa ao Programa Galera Nota Dez, cópia do contrato inicial, resenha nº 001/2004 - GAB/SEJEL, Portarias nºs 013/2005 e 016/2006, relativas às prorrogações, publicadas no D.O.E, parecer da SEAD e da Consultoria Técnico- Legislativa da Casa Civil e planilha de dotação orçamentária para 2007.

Resumidamente, é o relatório.

Passo a opinar.

Importante esclarecer que, consoante dispõe o art. 37, inciso II, da Constituição da República, os cargos e empregos da Administração Pública só podem ser preenchidos por concurso público, e que a única exceção a essa exigência é a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista no inciso IX, do mesmo dispositivo constitucional.

Vislumbra-se, portanto, a existência de quatro requisitos fundamentais para justificar a contratação temporária, quais sejam: a) a existência de lei disciplinando a matéria; b) a necessidade temporária, c) o excepcional interesse público e d) a contratação por prazo determinado.

No uso de sua competência legislativa, o Estado do Amazonas editou a Lei 2.607, de 28 de junho de 2000, modificada posteriormente pelas Leis 2.616/2000, 2624/2000 e 2.673/2001, que estabeleceu as hipóteses de contratação por prazo determinado, os prazos e os casos em que as prorrogações são permitidas.

Assim, a situação sob comento se acomoda na hipótese descrita no inciso V, do art. 2º, da Lei 2.607/00, *verbis*:

“Art. 2º. – Considera-se necessidade de excepcional interesse público, para os fins desta lei, aquelas que não possam ser atendidas com a utilização do Quadro de Pessoal existente, em especial para a execução dos seguintes serviços:

(omissis)...

V – gestão e fiscalização de projetos;

Frise-se que além de descrever as hipóteses enquadráveis na noção de necessidade temporária de excepcional interesse público, cuidou de estipular, também, o prazo máximo de ajuste, para cada uma delas, dispondo no art. 4º da sobredita lei, no que diz respeito à hipótese descrita acima, que:

"art. 4º. – Os contratos obedecerão aos seguintes prazos improrrogáveis:

(.....)

III – até quarenta e oito meses, no caso do inciso V do artigo 2º."

Em tese, considerando que o prazo máximo previsto na norma para esse tipo de contratação ainda não foi atingido, seria possível a prorrogação dos contratos temporários por mais 12 (doze) meses, nas hipóteses e condições antes ajustadas.

Entretanto, no caso sob comento faz-se necessária uma abordagem sobre o contrato administrativo que deu ensejo ao ajuste, sob o ponto de vista da norma geral.

O contrato administrativo é regido por normas e preceitos de direito público, aplicando-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, ressaltando que os acordos administrativos entre a administração e os particulares devem visar sempre que possível a consecução do interesse público.

Em termos práticos, isso quer dizer que no contrato administrativo o interesse público prepondera sobre o interesse privado, havendo supremacia da administração, o que enseja a possibilidade de modificação e extinção unilateral do ajuste; entretanto, essa supremacia do interesse público não afasta jamais a obediência aos princípios da legalidade e moralidade, entre os outros inerentes à atuação do administrador público.

A competência para legislar sobre normas gerais de contratos administrativos é da União, reservando-se aos Estados e Municípios a possibilidade de legislar supletivamente (art. 22, XXVII, CF). Nestes termos, a Lei nº 8.666/93 regula de modo geral a matéria referente a contratos administrativos em seu capítulo III – art. 54 e seguintes.

Dispõe a Lei 8.666/93, no art. 55, sobre as cláusulas necessárias em todo contrato administrativo, sendo que algumas delas, além de necessárias, são obrigatórias ao contrato administrativo, sob pena de nulidade. Com efeito, estabelece o parágrafo 3º, do art. 57, da Lei 8.666/93, ser vedada a contratação por tempo indeterminado.

Cabe salientar que a questão da duração dos contratos não se confunde com a prorrogação dos mesmos, visto que pela prorrogação as partes modificam o prazo fixado na celebração do contrato, tornando-o maior. Assim, o prazo anterior e o posterior somam-se e passam a constituir um novo lapso de tempo, sem qualquer solução de continuidade, impedindo a conclusão do prazo de validade inicialmente ajustado. Somente isso se permite com a prorrogação.

Ressalvadas as questões legais específicas, a validade de qualquer prorrogação de contrato administrativo está circunscrita ao atendimento prévio das exigências ditadas pela teoria geral dos contratos. Assim, toda prorrogação de prazo deve resultar de consenso entre as partes contratantes, ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

Além do atendimento dessas exigências, deve-se observar, ainda, a celebração do termo de aditamento, visto que a indispensabilidade desse instrumento decorre da regra consubstanciada no § 8º, do art. 65 da Lei de Licitações. Esse dispositivo tornou obrigatória a formalização do termo de aditamento para toda e qualquer alteração contratual. Ademais, não seria razoável entender ser dispensável o termo de aditamento, posto que a norma federal veda o contrato verbal.

Toda prorrogação é na verdade um novo contrato, ajustado com as mesmas partes, mantido o objeto e observadas as iguais condições contratuais inicialmente estabelecidas. Assim, não pode haver contrato sem consenso, ou seja, sem a prévia existência desse ajuste, posto ser a prorrogação um ato bilateral de natureza convencional, nos termos do inciso II, do art. 57, da Lei 8.666/93. Uma vez ajustadas, devem celebrar o

termo de aditamento para formalizar a prorrogação, de modo que o contrato assim aditado passe a ter novo prazo.

Conforme previsão do art. 60 da Lei Federal de Licitações e Contratos da Administração Pública, o termo de aditamento é o instrumento adequado e necessário para incluir no texto do contrato vigente o novo prazo ajustado entre as partes. A cada alteração dessa natureza deve ser celebrado o correspondente termo de aditamento, observando-se as exigências próprias inerentes a cada caso.

Assim, os contratos e seus aditamentos devem obedecer às formalidades estabelecidas na Lei de Licitações, nos seus artigos 60 e seguintes, sob pena de ser considerado nulo e de nenhum efeito o ajuste firmado verbalmente com a Administração.

A Lei Estadual nº 2.607/00, por seu turno, dispõe que a efetivação da contratação dar-se-á mediante termo assinado pelo contratado e pelo dirigente do órgão ou entidade contratante, no qual fiquem definidas as formas e condições pactuadas, devendo o referido termo ser encaminhado, no prazo de cinco dias úteis em cópia à SEAD e à imprensa oficial em forma de resenha, para publicação (§§ 2º e 3º, do art. 5º).

Constam dos autos a justificativa da Secretaria interessada para a prorrogação dos contratos, bem como a autorização do Chefe do Poder Executivo e planilha de dotação orçamentária, entretanto, não foram providenciados os aditivos contratuais, requisito essencial para a validade do ajuste.

Assim, em resposta à consulta formulada, não se pode falar em terceira prorrogação, visto que as duas anteriores não foram validamente efetuadas.

É o parecer, que submeto à consideração superior.

**PROCURADORIA DE PESSOAL TEMPORARIO –
PPT, em Manaus (AM), 20 de dezembro de 2006.**

SIMONETE GOMES SANTOS

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº: 4221/2006-PGE

INTERESSADO: SEJEL

ASSUNTO: Prorrogação de Contrato Temporário (Projeto Galera
Nota Dez)

DESPACHO

Acolho o Parecer n. 041/2006-PPT/PGE da ilustre Procuradora do Estado Simonete Gomes Santos, tendo em vista que não houve a celebração de termo aditivo prorrogando o prazo de validade do contrato original, não se podendo prorrogar o que não mais existe.

Encaminhem-se os autos ao exame e deliberação do Sr. Procurador-Geral.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO/PGE,
em Manaus, 08 de janeiro de 2007.

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

PROCESSO Nº: 4221/2006-PGE

INTERESSADO: SEJEL

ASSUNTO: Prorrogação de Contrato Temporário (Projeto Galera
Nota Dez)

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 041/2006-PPT/PGE, da Procuradora do Estado Simonete Gomes Santos, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Pessoal Temporário-PPT/PGE, Dra. Alzira Farias Almeida da Fonseca de Góes.

DEVOLVAM-SE os autos à SEAD.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 9 de janeiro de 2007.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 0430/2006-PGE

INTERESSADO: Petróleo Brasileiro S/A – Transportadora Amazonense de Gás – TAG.

ASSUNTO: Concessão de uso de áreas de influência do gasoduto Coari/Manaus.

PARECER Nº 015/2006-PPIF/PGE

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE USO DE ÁREAS PARA INSTALAÇÃO DE GASODUTO - POSSIBILIDADE.

– A concessão de uso de áreas integrantes do patrimônio do Estado do Amazonas, para fins de instalação de Gasoduto, é juridicamente possível, pois guarda elevada carga de utilidade pública e interesse social, na forma do art. 40 da Lei 2.754/2002.

Senhora Procuradora-Chefa:

1 – RELATÓRIO.

Por meio do ofício 085/2006/GP/ITEAM, o Diretor-Presidente em exercício, Itamar de Oliveira Mar, encaminha os processos 3942/05-ITEAM e 0428/05-ITEAM, solicitando aprovação da minuta de concessão de uso referente às áreas de influência do Gasoduto Coari/Manaus.

No processo 0428/05-ITEAM, a Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS, por meio da subsidiária Transportadora Amazonense de Gás - TAG, que é a empresa responsável pela operação e manutenção do mencionado gasoduto, segundo consta do ofício TAG-01/2005, solicitou a concessão de uso ou a servidão de passagem, "**sobre possíveis títulos que venham a ser expedidos sobre tais imóveis, retratados nos memoriais descritivos e plantas anexas, devidamente caracterizadas topograficamente, como segue:**".

Já no processo 3942/05-ITEAM, a TAG afirma que "seja alterada a solicitação feita a este conceituado Órgão, através da correspondência referenciada, para Concessão de Uso de áreas, ou mesmo o gravame da servidão de passagem, em favor desta Transportadora, sobre possíveis títulos que venham a ser expedidos sobre tais imóveis, retratados nos memoriais descritivos e plantas anexas, devidamente caracterizadas topograficamente, como segue:".

No final do texto, a TAG acrescenta que "Em relação à correspondência referenciada, foi retirada da solicitação às terras situadas no município de Manacapuru abrangidas pela FC nº 546-DE por se tratar de propriedade particular".

É o breve relatório.

2 – FUNDAMENTAÇÃO.

2.1 – INTERPRETAÇÃO DA DIVERGÊNCIA ENTRE PEDIDO FORMULADO PELA TRANSPORTADORA AMAZONENSE DE GÁS S/A E O TEOR DO PEDIDO DO ITEAM.

O pedido contido no ofício 085/2006/GP/ITEAM, abrange, apenas, o teor da minuta de concessão de uso, forma e formalidades para concessão do uso de áreas do Estado do Amazonas por onde passará o Gasoduto Coari/Manaus.

Por outro lado, o pedido gerador dos processos 085/2006/GP/ITEAM e 3942/05-ITEAM não se referem, como claramente pode se concluir pela leitura das partes transcritas e destacadas no relatório, às áreas de propriedade do Estado do Amazonas que não serão objeto de titulação.

É o que se deflui da expressão "...sobre possíveis títulos que venham a ser expedidos sobre tais imóveis...". Contudo, embora me pareça bastante clara a intenção da TAG, tal fato não se coaduna com a inquestionável constatação de que o gasoduto passará por áreas de propriedade do Estado do Amazonas, ainda não tituladas e que, obviamente, não poderão ser objeto de titulação, no trecho de influência e respectivos limites, porquanto resultaria na outorga de privilégios aos titulados que, como

proprietários, teriam, tal qual o Estado do Amazonas tem nesse momento, direito à cobrança pela concessão.

Assim, da divergência entre os pedidos formulados pela Transportadora Amazonense de Gás S/A e a condução dada pelo ITEAM aos processos 085/2006/GP/ITEAM e 3942/05-ITEAM, filio-me ao entendimento do ITEAM, isto é, que se trata de pedido de concessão de uso sobre áreas do Estado do Amazonas.

Reitero, contudo, que a partir do conhecimento da área de influência do gasoduto, não pode o Estado do Amazonas, em face do cunho sócio-econômico da obra, expedir títulos sobre tais áreas, dentro dos limites e confrontações necessárias ao empreendimento, o que não impede, por certo, que a titulação ocorra sobre as demais áreas que não sofrerão a influência da obra.

2.2 – ABRANGÊNCIA DO PARECER.

A consulta se relaciona à aprovação da minuta de concessão de uso e, portanto, sem qualquer relação com os aspectos relacionados ao domínio e a destinação anterior das áreas, aí se incluindo a questão relativa às várzeas, leito dos cursos d'água ou qualquer aspecto ou restrição ambiental, pois, além da questão de competência da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário, os autos não possuem informações que permitam esse tipo de análise.

Assim, que fique claro que o presente parecer se restringe à análise do conteúdo da minuta de concessão de uso, exclusive o preço.

2.3 – CONCESSÃO DE USO.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 26ª Edição, pag. 488, concessão de uso “é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica”. (destaquei)

A concessão é um negócio jurídico que implica na oneração, a título precário ou não (conforme se trate de concessão de uso ou de concessão de direito real de uso) de determinado bem do patrimônio público, o que pressupõe, portanto, a propriedade sobre o bem a ser onerado.

Aliás, a propriedade é imprescindível à prática de qualquer negócio administrativo de disposição do imóvel ora tratado, assim porque somente o proprietário do bem é titular desse atributo de disposição, seja ela real ou não.

O Estado do Amazonas, tal qual as demais pessoas jurídicas de direito público, na forma da lei, exercem o direito de propriedade, a exemplo das pessoas de direito privado, somente sobre os bens que integram o seu domínio, dito patrimonial (para distinguir do domínio político eminente).

Em se tratando de bem de propriedade do Estado do Amazonas, conforme consta das informações do ITEAM, a concessão de uso, na forma pleiteada, é juridicamente possível, consoante previsão do art. 40 da Lei 2.754/2002, *in verbis*:

Art. 40 – Mediante contrato de concessão de uso, será outorgado, em regime especial, o uso e exploração exclusivos de bem imóvel, gratuita ou onerosamente, para fins de utilidade pública ou interesse social.

A concessão, como ensina Maria Sylvia Zenella Di Pietro, na obra *Direito Administrativo*, 16ª edição, Ed. Atlas, página 567, é instituto utilizado no lugar da permissão quando o objetivo é o uso para uma atividade de maior envergadura econômica ou mesmo social.

É que, pelas regras da concessão, inclusive a forma contratual, oferta-se, ao concessionário, uma maior estabilidade no exercício de sua atividade que, na maior das vezes, como no presente caso, requer grandes investimentos.

Assim, a concessão de uso das áreas descritas e para a destinação pleiteada é juridicamente possível, encontrando abrigo na legislação pátria e, especificamente, no art. 40 da Lei 2.754/2002 que regula, no Estado do Amazonas, a utilização de

bens imóveis do Estado, cabendo ao Chefe do Poder Executivo Estadual, no uso do poder discricionário, mensurar a conveniência e oportunidade da concessão.

2.4 – MINUTA SUBSTITUTIVA.

Em substituição à minuta apresentada, anexo nova minuta com as seguintes observações principais:

1º - Na minuta apresentada não consta a área FC nº 496-DE. Na minuta substitutiva manteve a exclusão. Contudo, o ITEAM deve declarar se a exclusão foi mero equívoco e, se for o caso, incluir mencionada área.

2º - Na minuta apresentada consta a FC Nº 546-DE que foi objeto de exclusão no pedido do processo 3942/2005-ITEAM. Assim, o ITEAM deverá se manifestar sobre a inclusão ou não da área, porquanto não consta qualquer justificativa quanto à alegação de que se trata de área particular.

3º - Deve o ITEAM, na descrição dos limites e confrontações individuais das áreas, incluir a descrição que consta do memorial descritivo, inclusive as matrículas e glebas.

4º - Foi excluída a cláusula nona que autorizava a constituição de hipoteca sobre as áreas concedidas, eis que é incompatível com o instituto da concessão de uso.

É o parecer que submeto à superior apreciação desta Chefia.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO – PPIF/PGE, em Manaus, 10 de março de 2006.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS

Procurador do Estado

PROCESSO N. 0430/2006-PGE

INTERESSADO: Petróleo Brasileiro S/A - Transportadora Amazonense de Gás-TAG.

ASSUNTO: Concessão de uso de áreas de influência do Gasoduto Coari/Manaus.

DESPACHO

ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 15/2006-PPIF/PGE, da lavra do Procurador do Estado, Dr. Evandro de Lima Régis.

ENCAMINHEM-SE os autos ao Exmo. Senhor Procurador-Geral do Estado.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO-PPIF DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO-PGE, em Manaus, 13 de março de 2006.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora-Chefe

ROCESSO N. 0430/2006-PGE

INTERESSADO: Petróleo Brasileiro S/A - Transportadora Amazonense de Gás-TAG.

ASSUNTO: Concessão de uso de áreas de influência do gasoduto Coari/Manaus.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 015/06-PPIF/PGE, do Procurador do Estado Evandro Ezidro de Lima Régis, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário-PPIF/PGE, Dr.^a Roberta Ferreira de Andrade Mota.

APROVO, via de consequência, a minuta substitutiva de termo de concessão de uso apresentada pelo douto Procurador do Estado.

DEVOLVAM-SE os autos ao Instituto de Terras do Amazonas.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em Manaus, 9 de janeiro de 2007.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 0085/2006-PGE

INTERESSADO: CINORTE - Construtora e Incorporadora
Norte S/A.

ASSUNTO: Indenização ocasionada por desapropriação indireta

PARECER Nº 046/2006-PPIF/PGE

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO. ATO ILÍCITO. FATO CONSUMADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS DA PROPRIEDADE OBJETO DE DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA – IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO EXPROPRIATÓRIA – CABIMENTO. NECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO E DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.

O apossamento administrativo de bem particular, com a conseqüente afetação a uma finalidade pública, é ato ilícito, que enseja a reparação pecuniária. Entretanto, a justa indenização pela via administrativa é temerária, porquanto não restou comprovada a propriedade do imóvel pela Interessado, devendo o Estado do Amazonas ajuizar ação expropriatória, para efetuar o depósito judicial do imóvel. Necessidade de nova avaliação, observando-se o método comparativo de dados de mercado, nos termos dos artigos 17, da Lei n. 2.754/2002, e 2º, inciso I, do Decreto nº 21.142/2000, e dotação orçamentária.

I – RELATÓRIO

Senhor Procurador-Geral,

Cuida-se de pedido de indenização ocasionado por desapropriação indireta formulado pela CINORTE – CONSTRUTORA E INCORPORADORA NORTE S/A, representada neste ato pelo Sr. Marcos Sérgio Rodrigues Chaves, sob a alegação de que o imóvel de sua propriedade fora afetado a

uma finalidade pública, mediante a construção da Delegacia da Mulher, no Conjunto Eldorado do Bairro do Parque Dez.

O Interessado se intitula proprietário do imóvel situado na Gleba 2-A, com área de 4.357,42m², registrado no Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis e Protesto de Letras, matriculado sob o n.º 12.491, no valor de R\$ 1.124.693,77 (hum milhão, cento e vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e três reais e setenta e sete centavos).

Entretanto, o laudo de avaliação "EXPEDITA" realizada pela SEINF da área em questão atribuiu ao imóvel o valor de R\$ 736.752,57 (setecentos e trinta e seis mil, setecentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e sete centavos), em março/2005 (fls. 6-14-PGE).

Ressalta-se, por oportuno, que o imóvel em questão, de suposta propriedade da CINORTE, foi objeto de litígio perante a Quinta Vara Cível da Comarca de Manaus (processo n. 012.96.00246-0), referente a uma ação de reintegração de posse movida pelo Sr. RYUKO KOASHI, sob a assertiva de ser o legítimo proprietário do imóvel registrado sob a matrícula n. 13.916, registrado no Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis e Protesto de Letras.

Todavia, a ação foi julgada improcedente e a matrícula de n. 13.916 foi devidamente cancelada pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Amazonas.

O imóvel de suposta propriedade do interessado, com área de 4.357,42m², é ou foi constituído de duas glebas lembradas, quais sejam:

1. gleba 2 - com área de 3.666,43m², que foi adquirida pelo interessado da CONSTRUTORA SANTA CATARINA em meados de 1988, registrada no 15º Ofício de notas do Rio de Janeiro, sob a matrícula n. 11.503;
2. A gleba 3 - com área de 690,99m², que foi adquirida pelo interessado da TREZE DE MAIO EMPREENDIMENTOS LTDA. em meados de 1987, matriculada sob o n. 10.695.

Compulsando os autos, atesta-se, através da reconstituição da cadeia dominial, que o aludido imóvel matriculado sob o n. 12.491, que atribui a propriedade do imóvel à CINORTE, advém da matrícula n. 10.695, que descende da matrícula 8.028, desmembrada da matrícula n. 21.242, que deriva da matrícula n. 18.346, que advém da matrícula n. 18.234, a qual por fim, descende das matrículas 5.967 e 5.968.

Conclui-se, pois, através da reconstituição da cadeia dominial, que a ITT - COMUNICAÇÕES MUNDIAIS S/A, sucedida pela COMPANHIA DE RADIO INTERNACIONAL DO BRASIL S/A, adquiriu (1) uma área de **83.764,00m² de BENVINDA MUNDIM COELHO** e seus filhos em meados de 1948, registrada no Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis e Protesto de Letras, matriculada sob o n. **5.967**, e (2) uma segunda área com **233.649,00,m² do ESTADO DO AMAZONAS** em meados de 1948, registrada no Cartório de 2º Ofício do Registro de Imóveis e Protesto de Letras, matriculada sob o n. **5.968**.

Verifica-se, ainda, que a transcrição n. **5.967** descende do acervo de **ALBERTO BOTELHO COELHO**, por meio de formal de partilha, datado de 31/12/1943, não tendo sido localizado nenhum título definitivo em favor de ALBERTO BOTELHO COELHO, consoante informação da Secretaria de Política Fundiária.

Aliás, segundo a Secretaria de Política Fundiária, o imóvel está inserido na área do título definitivo expedido em favor de Nuno Nery da Fonseca, em 29/12/1894 (fls. 111-PGE), que foi objeto da Resolução nº 090/84, que autorizou seu cancelamento.

Cumprе frisar que, no processo nº 2294/2001-PGE, foi exarado parecer nº 36/2001-PPIMA, pela possibilidade de desapropriação da área para construção da Delegacia da Mulher (fls. 361-8), porém, nunca foi editado decreto declaratório de utilidade pública.

Registre-se, ainda, que, junto ao Cadastro Imobiliário do Município de Manaus, o imóvel pertence ao interessado (fls. 130-PGE).

Na tentativa de confirmar a propriedade do interessado, foram enviadas à Secretaria de Política Fundiária as matrículas componentes da cadeia dominial do imóvel, não tendo sido possível plotá-las, em virtude de não identificação da localização (fls. 469-PGE).

Eis o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

À Procuradoria Geral do Estado, instituição permanente, essencial à Justiça e à Administração Pública do Estado do Amazonas, compete prestar assessoria e consultoria em matéria de alta indagação jurídica aos órgãos e entidades do Poder Executivo, ao teor do inciso II do artigo 2º da Lei nº 1639, de 30/12/1983 (LOPGE).

À Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário compete opinar em quaisquer processos e expedientes administrativos pertinentes a matéria de sua competência.

1) DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

A Constituição Federal estabelece que:

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:
(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Na hipótese em apreço, o procedimento estabelecido pela legislação federal (Decreto-Lei nº 3.365/41) e estadual (Decreto nº 21.142/2000) não foi seguido pela Administração Pública, resultando na desapropriação indireta.

Convém esclarecer o conceito e o alcance da desapropriação indireta, conforme resumo doutrinário extraído de artigo de autoria do Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça¹:

"A doutrina tem se manifestado de modo inequívoco quanto ao conceito da desapropriação indireta, traduzindo-a como fato jurídico-administrativo, consistente no apossamento definitivo de bem alheio, pelo Poder Público, com o seu consequente emprego a obras e serviços públicos, sem o devido processo legal.

Nesse sentido, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES resume a figura como sendo a desapropriação 'que se realiza às avessas sem o devido processo legal' (in *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*).

Palmilhando essa trilha, o saudoso HELY LOPES MEIRELES, em sua consagrada obra *Direito Administrativo*, assevera que a desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade praticado pela Administração.

A mesma idéia reponta no magistério de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, a quem se atribui a assertiva de que 'a desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua consequente integração no patrimônio público, sem obediência das formalidades e cautelas do procedimento expropriatório'."

Em suma, para caracterização da responsabilidade do Estado por desapropriação indireta, impõe-se a demonstração de que o Estado praticou ato ilícito consistente na invasão e destinação de propriedade particular a uma finalidade pública, sem o correspondente pagamento de indenização.

Nesta senda é o ensinamento de Marcelo Beserra² a respeito do tema:

¹ Ruy Marcelo Alencar de Mendonça. As ações de indenização por desapropriação indireta sobre áreas de interesse ambiental: abusos e desvirtuamentos. *Rev. Juríd. Amaz. Manaus, PGE/IPAAM*, 1998. Volume 1, ano 1, n. 1, p. 78-9, ago./out. 1998.

² Desapropriação no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 227.

“O Poder Público, através de seus agentes e seus concessionários, muitas vezes, prescinde dos procedimentos legais administrativos nos casos de desapropriação, e por que não dizer, movido por *dolo*, para safar-se da obrigação de pagar previamente a indenização ao proprietário, apossa-se ilicitamente do bem, sem qualquer comunicação prévia, cuja conduta revela verdadeiro esbulho possessório. Esse ilícito administrativo, cuja nomenclatura no caso é tratada pela doutrina e jurisprudência eufemisticamente como apossamento administrativo, é mais conhecido como desapropriação indireta, que é fruto de criação pretoriana, conforme já assentou o Excelso Supremo Tribunal Federal em acordo (sic) inserto na RT 465/238, *verbis*:

‘A chamada desapropriação indireta, criação pretoriana à base de reivindicação convertida em indenizatória de esbulho, funda-se, em última análise, na prática de ato ilícito dos prepostos da autoridade que deveria ter promovido desapropriação com imissão de posse e, entretanto, não o fez, ordenando a violência ou fraude contra o particular’.

Há casos em que o Poder Público declara o bem de utilidade ou necessidade pública, bem ainda, de interesse social, conquanto não procede o ajuizamento da ação de desapropriação, mas no entanto apossa-se do mesmo. **Noutros casos, sequer edita qualquer decreto.**

Na ocorrência desse ilícito administrativo, **cabe ao proprietário promover ação de indenização por apossamento administrativo, mais conhecida como de desapropriação indireta, pela qual busca a indenização do justo preço do bem apossado administrativamente, com os acréscimos de eventuais perdas e danos, juros compensatórios e moratórios, ressarcimento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios.**” (sem grifos no original).

Outro não é o entendimento do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles³:

³ Direito administrativo brasileiro, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 582-3.

"A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da administração. Convém distinguir, todavia, os casos de apossamento sem declaração de utilidade pública dos regularmente decretados mas em que, por tolerância do particular, fica retardada a indenização, a despeito de utilizado o bem pelo expropriante. No primeiro caso há esbulho manifesto; no segundo não se configura ato ilícito da Administração, mas simples irregularidade no processo expropriatório, sem acarretar as consequências da ilicitude civil, embora devida a indenização."

De igual forma é a lição de José dos Santos Carvalho Filho⁴:

"Trata-se de situação que causa tamanho repúdio que, como regra, os estudiosos a têm considerado verdadeiro esbulho possessório. Com efeito, esse mecanismo, a despeito de ser reconhecido na doutrina e jurisprudência, e mais recentemente até por ato legislativo, não guarda qualquer relação com os termos em que a Constituição e a lei permitiram o processo de desapropriação. Primeiramente, porque a indenização não é prévia, como o exige a Lei Maior. Depois, porque o Poder Público não emite, como deveria, a necessária declaração indicativa de seu interesse. Limita-se a apropriar-se do bem e fato consumado! Exemplo comum de desapropriação indireta tem ocorrido com a apropriação de áreas privadas para a abertura de estradas."

⁴ Manual de direito administrativo, 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 782.

Portanto, o fundamento da desapropriação indireta é o ato ilícito perpetrado pela Administração. *In casu*, verifica-se a ocorrência do ato ilícito, haja vista que a ocupação fora exercida pelo Estado do Amazonas no imóvel de propriedade particular sem declaração de utilidade pública e sem prévia e justa indenização, ressaltando-se que não há mais possibilidade de retorno ao *status quo ante*.

Ante os princípios da intangibilidade da obra pública e da supremacia do interesse público sobre o particular, tem-se que a realização de obra no local deu ao imóvel uma destinação pública, não sendo possível se operar a devolução do imóvel, cabendo à Administração Pública indenizar ao legítimo proprietário.

Ressalta-se, por oportuno, que o fato em que se fundamenta o pleito indenizatório está sobejamente demonstrado nos autos e não foi negado pela Administração Pública, qual seja: o apossamento administrativo, sem o devido processo legal de expropriação, da área situada à rua Recife, para fins de construção da Delegacia da Mulher, caracterizando-se, por conseguinte, a desapropriação indireta de fato consumado.

Entretanto, o interessado não comprovou, consoante demonstra a reconstituição da cadeia dominial, que é o legítimo proprietário da área objeto da referida desapropriação, o que obsta o pagamento pela via administrativa da indenização pleiteada.

2) DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CONTINUIDADE, DA DISPONIBILIDADE E DA ESPECIALIDADE

O princípio da continuidade, consagrado na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31/12/1973), impõe a observância dos títulos translativos da propriedade, sendo que as matrículas de imóveis devem mencionar os registros anteriores, a fim de que se permita a reconstituição da cadeia dominial do imóvel.

A respeito, confira-se a lição de Marcelo Augusto Santana de Melo⁵:

⁵ MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o registro de Imóveis. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 429, 09/09/2004. Disponível no sítio: www.jusnavigandi.com.br.

“O princípio da continuidade, que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência de imóvel no patrimônio de transferente.

Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público'. (19)

Trata-se de clássica definição de AFRÂNIO DE CARVALHO sobre o princípio da continuidade, reiteradamente utilizada em citações, decisões, acórdãos e pareceres, e mesmo com o passar dos anos ainda se consegue, com segurança, resumir o verdadeiro sentido do encadeamento subjetivo exigido pela Lei de Registros Públicos.

O **princípio da continuidade** ou do trato sucessivo tem alcance puramente formal, ou seja, visa a conseguir que o histórico registral de cada imóvel seja **autêntico e completo**, tomando-se necessária uma continuidade entre os lançamentos inerentes a esse mesmo imóvel. A análise a ser realizada é subjetiva, ou seja, deve observar o encadeamento dos titulares dos respectivos direitos reais. (sem grifos no original).

São dois os principais artigos da Lei 6.015/73 que tratam do referido princípio:

Art. 195. Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Art. 237. Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro."

Sobre o princípio da continuidade, merece transcrição a lição de Marcelo Augusto Santana de Melo⁶:

"Trata-se de corolário do princípio da continuidade. Alicerça-se o princípio da disponibilidade em uma primeira análise, na máxima 'ninguém poderá transmitir o que não possui' - *nemo dat quod sine non habet* - *nemo plus jus transfere*. Assim sendo, na transferência de domínio deve-se sempre respeitar a exata propriedade do alienante, principalmente em seus aspectos quantitativos, por exemplo: figurando na matrícula determinada pessoa proprietária da parte ideal de cinquenta por cento do imóvel, deverá a mesma, na transmissão, comparecer alienando essa mesma parte ideal, que corresponde ao direito a ela correspondente.

Mas não é só, o princípio da disponibilidade é aplicado também nos parcelamentos e apurações de remanescente de imóveis. Com efeito, nessas hipóteses é preciso respeitar sempre a área total do imóvel primitivo a fim de que a transcrição ou matrícula possa ser esgotada e, por conseguinte, encerrada, afastando-se eventuais sobreposições.

Essa análise, outrora, era feita somente nos aspectos quantitativos, ou seja, mero cálculo aritmético da área total do imóvel até proceder-se seu esgotamento, todavia, após o advento da Lei 6.015/73, passou-se à uma análise qualitativa ou geodésica, observando-se todas as características do imóvel, tais como medidas lineares, área total, confrontações e distância da próxima esquina."

Quanto ao princípio da especialidade, restou violado pela falta de identificação do imóvel quanto à área total, perímetro, limites e confrontações, conforme lição de Marcelo Augusto Santana de Melo⁷:

⁶ MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o registro de imóveis. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 429, 09/09/2004. Disponível no sítio: www.jusnavigandi.com.br.

⁷ MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o registro de imóveis. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 429, 09/09/2004. Disponível no sítio: www.jusnavigandi.com.br.

"De origem doutrinária, esse princípio foi emprestado dos direitos reais de garantia na referência à especialização da hipoteca. Afrânio de Carvalho, com a clareza que lhe é peculiar, afirma que 'o princípio de especialidade significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado'. (22)

'Assim, o requisito registral da especialidade do imóvel, vertido no fraseado clássico do direito, significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, como o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto heterogêneo em relação a qualquer outro. O corpo certo imobiliário ocupa um lugar determinado no espaço, que é o abrangido por seu contorno, dentro do qual se pode encontrar maior ou menor área, contanto que não sejam ultrapassadas as raia definidoras da entidade territorial'. (23)

O artigo 176 da Lei nº 6.015/73 é a expressão do princípio da especialidade, exigindo a identificação do imóvel com todas as suas características e confrontações, localização, área e denominação, se rural, ou logradouro e número, se urbano, e sua designação cadastral, se houver.

A doutrina divide o princípio da especialidade em três classes: a) a denominada especialidade objetiva que concerne ao objeto da situação jurídica que é o imóvel com todas as suas características que acabamos de discorrer; b) a chamada especialidade subjetiva, que diz respeito às pessoas titulares de direitos ou poderes enunciados na situação jurídica, principalmente à completa identificação; e c) a especialidade do fato jurídico exprimindo-se sua natureza, extensão às condições que houver, seu valor. Contudo, somente os dois primeiros foram aceitos e amplamente difundidos em razão da maior aplicação ou relevância registrária.'

Ressalta-se que a Secretaria de Política Fundiária não conseguiu efetuar a plotagem do imóvel pelas matrículas integrantes da reconstituição da cadeia dominial, não tendo como identificar a sua exata localização, bem como certificou que nada consta com referência ao Título Definitivo expedido em nome de Alberto Botelho Coelho.

Isto posto, não se sabe ao certo se a gleba n. 3, com área de 690,09m², e a gleba n. 2, com área de 3666,43m², lembradas na gleba 2-A, decorreram das áreas de 83.764,00m², adquirida de BENVINDA MUNDIM COELHO, cujo título definitivo não foi confirmado em nome de **ALBERTO BOTELHO COELHO**, ou de 233.649,00m², adquirida do Estado do Amazonas pela COMPANHIA DE RADIO INTERNACIONAL DO BRASIL S/A, ferindo de morte, pois, os princípios da continuidade, da especialidade e da disponibilidade dos registros públicos, ante a impossibilidade de sua localização e plotagem.

De outro lado, ante a informação de que o imóvel está inserido em terras tituladas em favor de NUNO NERY DA FONSECA, a reconstituição da cadeia dominial deveria indicá-lo como origem, e não o faz.

Quanto à informação de que o título definitivo de Nuno Nery da Fonseca é objeto de resolução de cancelamento, esta Especializada, através da promoção nº 417/2002-PPIMA/PGE, firmou entendimento no sentido de que os motivos que ensejaram o cancelamento dos títulos definitivos são insubsistentes, razão por que estes permanecem no mundo jurídico, o que permite aferir que a área em questão efetivamente consubstancia domínio privado.

3) DA IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA

Dispõe o art. 34 do Decreto Lei n. 3.365/41, que:

Art. 34 – O levantamento do preço será deferido mediante prova da propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com o prazo de dez dias, para conhecimento de terceiros. (sem grifos no original).

Embora referente ao processo judicial, o dispositivo legal acima transcrito cai como uma luva ao caso em tela.

Portanto, o pagamento de justa indenização na esfera administrativa ocasionado por apossamento administrativo ao

interessado, que não logrou êxito na comprovação da propriedade, é temerário, sendo recomendável o ajuizamento de ação expropriatória.

Nessa linha, cita-se o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 16ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, p. 160):

"A fase executória será administrativa, quando houver acordo entre expropriante e expropriado a respeito da indenização, hipótese em que se observarão as formalidades estabelecidas para a compra e venda, exigindo-se, em caso de bem imóvel, escritura transcrita no Registro de Imóveis. Essa fase nem sempre existe, pois acontece às vezes que o Poder Público desconhece quem seja o proprietário, hipótese em que deverá propor a ação de desapropriação, que independe de se saber quem é o titular do domínio". (destaque nosso).

Preceituam os arts. 1196 e 1228, do Código Civil Brasileiro, que:

Art. 1196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

É certo que o Estado do Amazonas não está se eximindo de pagar a justa indenização, **todavia o efetivo pagamento deverá ser feito ao legítimo proprietário do imóvel**, fato este que ainda não restou comprovado pelos documentos acostados aos autos, ante a impossibilidade técnica de plotagem das matrículas de origem do imóvel.

No que tange ao possuidor, trago à colação o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho⁸:

⁸ *Manual de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 791.

"O efeito do apossamento administrativo é idêntico ao da desapropriação indireta: consumado o fato, o titular da posse faz jus à indenização correspondente à perda de seu direito. Aliás, o STJ já decidiu que o possuidor, mesmo sem titularidade do domínio, tem legitimidade *ad causam* para postular a indenização de seu patrimônio pelo apossamento administrativo ilícito. Quanto aos acréscimos legais e cálculo de honorário, aplicam-se as mesmas regras incidentes sobre a desapropriação indireta, já que a legislação se refere expressamente ao apossamento administrativo e à ação de indenização dele decorrente."

Conclui-se, através de uma detalhada análise dos autos, que o imóvel de suposta propriedade do interessado foi registrado no Cartório do 2º Ofício, sob a matrícula n. 12.491, e, através da reconstituição da cadeia dominial, constata-se que descende das matrículas n. 5.967 e 5.968, pertencentes ao acervo de ALBERTO BOTELHO COELHO. Entretanto, não existem indícios de que foi expedido título definitivo pelo Estado do Amazonas a este.

Corroborando o acima exposto, a SPF certifica, através de documentos acostados aos autos, que o imóvel está inserido em área titulada em favor de NUNO NERY DA FONSECA, cujo título definitivo foi expedido em 29/12/1894.

Portanto, tal fato não legitima o interessado, como suposto proprietário ou possuidor da área, a pleitear justa indenização na via administrativa, porquanto não foi demonstrada a origem do domínio sobre o imóvel.

Em sendo assim, o pagamento da indenização pleiteada na via administrativa é inviável.

4) DA NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO EXPROPRIATÓRIA

Ante a impossibilidade de pagamento pela via administrativa, porquanto ausentes elementos comprobatórios da propriedade do interessado, outra alternativa não resta senão recomendar à Administração o ajuizamento de ação

expropriatória, com depósito do valor da avaliação, por caracterizar o apossamento administrativo um fato ilícito.

Com o ajuizamento da ação expropriatória e o depósito judicial do valor da avaliação, os possíveis proprietários podem habilitar-se nos autos ao recebimento da indenização, cabendo ao juiz analisar a documentação apresentada e decidir pelo verdadeiro titular do domínio.

Isto porque, na hipótese de ajuizamento da ação de desapropriação indireta contra o Estado do Amazonas, a defesa somente poderá versar sobre o valor do imóvel, já que o fato do apossamento administrativo está demonstrado e consumado.

Cumpra salientar que, sobre o valor apurado em avaliação, através de perícia judicial, incidirão correção monetária, juros moratórios e compensatórios, além de custas processuais e honorários advocatícios, desde a imissão na posse, conforme os seguintes enunciados dos Colendos Tribunais Superiores:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Súmula 164: No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.

Súmula 378: Na indenização por desapropriação incluem-se honorários do advogado do expropriado.

Súmula 561: Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

Súmula 12: Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.

Súmula 67: Na desapropriação, cabe a atualização monetária, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização.

Súmula 69: Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.

Súmula 102: A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.

Súmula 114: Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

Súmula 131: Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidos.

Portanto, ressalta-se a necessidade da realização de nova avaliação do imóvel, para que seja estabelecida a prévia dotação orçamentária pelo órgão competente para ulterior depósito judicial, referente ao valor do imóvel, nos termos do artigo 2º, inciso I, da Lei n. 2.754/2002, observando-se, para tanto, o "método comparativo de mercado".

Realizada a avaliação, caberá à SEINF a indicação dos créditos orçamentários para realização da despesa, por ter sido a responsável pela obra.

O ajuizamento da ação expropriatória, mediante depósito do valor da avaliação, visa evitar a sangria do erário devido à incidência de juros compensatórios, moratórios e correção monetária incidentes sobre o valor do imóvel.

No tocante à parcela complementar, que corresponde à diferença entre o valor a ser fixado pela sentença, com os devidos acréscimos, e a parcela depositada, deverá incidir o preceituado no artigo 100 da CF/88, acaso haja eventual diferença:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus

débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

5) DA NECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO

O interessado pleiteia indenização em relação ao imóvel desapropriado no valor de R\$ 1.124.693,77 (hum milhão, cento e vinte e quatro mil, seiscentos e noventa e três reais e setenta e sete centavos).

Em contrapartida, a SEINF avaliou a área em R\$ 859.544,67 (oitocentos e cinquenta e nove mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e sessenta e sete centavos) (fls. 149-52-PGE).

A respeito da fixação do valor da indenização expropriatória, convém registrar o resumo doutrinário extraído de artigo de autoria do Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça⁹:

"Sabe-se que a fixação do valor da indenização expropriatória é norteada pelo princípio constitucional da justa indenização. Princípio esse que se traduz pelo deferimento, ao Expropriado, de verba que corresponda ao exato valor do desfalque patrimonial por ele sofrido em virtude da desapropriação. Como esclarece Vicente de Paula Mendes: '(...) o que preconiza esse princípio é a indenização igual ao desfalque patrimonial sem outra consideração que não a rigorosa equivalência entre o que se dá e o que se recebe.' (in A Indenização na Desapropriação).

Bem se vê que esse cânone constitucional funda-se no conceito de indenização integral, em que a reparação do dano, conforme ensina José de Aguiar Dias, traduz-se na exata compensação de benefícios entre os patrimônios envolvidos (in Honorários de Advogado na Desapropriação, RF 112/307).

⁹ As ações de indenização por desapropriação indireta sobre áreas de interesse ambiental: abusos e desvirtuamentos. Rev. Jurid. Amaz. Manaus, PGE/IPAAM, ano 1, n. 1, p 86-7, ago./out. 1998.

No entanto, nada obstante a clareza quanto a extensão da indenização expropriatória, tal como determinada pelo princípio constitucional da justa indenização, subsistem inúmeras distorções e excessos em torno da fixação da indenização expropriatória, muitas das quais possibilitadas por equivocadas interpretações em torno desse princípio constitucional, cuja violação é de logo questionada em face de qualquer iniciativa do Poder Judiciário em balizar restritivamente o arbitramento do quantum indenizatório.

Em vista disso, tem-se buscado recentemente objetivar ainda mais o conceito de justa indenização, identificando-o com o **pagamento do preço atual de mercado do bem expropriado**.

Nesse rumo, observa-se que a definição de justa indenização constante do art. 12 da Lei nº 8.629, de 25.02.93, foi alterada por força da edição da Medida Provisória nº 1.703-15, de 30 de julho de 1998, o qual passou a conceituá-la como a 'que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas, florestas e as benfeitorias indenizáveis.'

Muito embora esse conceito de justa indenização já tenha sido objeto de crítica pela doutrina no passado próximo a consideração de que nem sempre o preço do bem conduz a reposição patrimonial integral, pensamos que tal solução é consentânea com o instituto da desapropriação já que esta se resolve, conforme lapidar afirmação de Marcelo Caetano (Manual de Direito Administrativo, 7ª ed., 1995, p. 651-651), numa conversão de valores patrimoniais: no patrimônio onde estavam os imóveis, a entidade expropriante põe seu valor pecuniário.

Assim sendo, pois, é razoável ter como base da **justa indenização a fixação do preço de mercado do bem expropriado**, desde que ressalve-se as parcelas acessórias previstas em lei, bem assim os juros compensatórios pela destituição antecipada da posse.

Com efeito, tal idéia é aceita por abalizada doutrina. Mostrando-se prosélito desse entendimento manifesta José Cretela Júnior que 'a indenização deve corresponder à reposição

no patrimônio do expropriado do valor dos bens de que foi privado por meio do pagamento de seu justo preço em dinheiro'. (in Comentários a Lei de Desapropriação, p. 41).

Também Celso Antônio Bandeira de Melo estabelece nítida conexão entre justo preço e justa indenização ao definir esta como a 'que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exima de qualquer detrimento'. (op. cit. p. 424/425).

De igual sentir a lição de Arruda Alvim, in verbis: 'Conceito de justiça, na espécie, só pode ser um: é dar-se pelo bem expropriado o *quantum* que o mesmo valha no mercado. Isto é que é indenização justa e prévia'."

A instrução técnica do procedimento expropriatório deve obediência ao parágrafo único do artigo 17 da Lei Estadual nº 2.754/2002, bem como aos ditames do Decreto Estadual nº 21.142, de 04/09/2000:

Art. 17 - As desapropriações de interesse do Estado do Amazonas, por utilidade pública e interesse social, ressalvadas as pertinentes à administração indireta, serão promovidas pela Procuradoria Geral do Estado, com o auxílio **técnico da entidade fundiária estadual e obedecerão a critérios técnicos e procedimentais fixados em regulamento administrativo**, observado o disposto na legislação especial.

Parágrafo único - O auxílio técnico da entidade fundiária abrange a identificação dos imóveis expropriados bem como a avaliação, a qual deverá ser de **precisão**, segundo as normas da ABNT, sempre que possível. (sem grifos no original).

Estabelece o Decreto Estadual nº 21.142, de 04/09/2000:

Art. 2º - As desapropriações imobiliárias por utilidade pública e interesse social promovidas no âmbito da Administração Direta do Poder Executivo obedecerão aos seguintes critérios e procedimentos administrativos:

I - o titular do órgão interessado postulará a expropriação, com a antecedência e prioridade requeridas pelo programa em execução, mediante formalização de Processo iniciado com Exposição de Motivos ao Governador, elaborada com assessoramento da SUHAB e instruída com a **certidão do valor cadastral do bem para fins de lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano ou da Propriedade Territorial Rural, com o laudo memorial descritivo do imóvel e com o laudo de avaliação**, para fins de configuração da despesa inicial da desapropriação, adotando-se o **método comparativo de mercado** e observando-se, obrigatoriamente, o valor cadastral do imóvel para fins de lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano ou de Propriedade Territorial Rural, indicando:

- a) a finalidade e a causa da medida;
- b) a identificação da propriedade do imóvel;
- c) a existência de dotação orçamentária específica para fazer face à despesa inicial da desapropriação, observando-se o disposto no artigo 16 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000; (sem grifos no original).

Pois bem, o imóvel foi avaliado pela SEINF, através do método expedito, tendo sido atribuído ao imóvel o valor de R\$ 859.544,67. Entretanto o laudo de avaliação realizado pelo interessado atribuiu o valor de R\$ 1.124.693,77.

Percebe-se, pois, que o laudo de avaliação realizado pelo interessado ultrapassou o laudo realizado pela SEINF em cerca de R\$ 265.149,10 (duzentos e sessenta e cinco mil, cento e quarenta e nove reais e dez centavos).

Acerca do método expedito, convém registrar a lição de Marcelo Beserra¹⁰:

“Contudo, há casos em que o perito judicial, quando elabora a avaliação prévia, utiliza-se de um método denominado expedito, que consiste na confecção sumária sem uma pesquisa de

¹⁰ *Desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59.

mercado e aprofundamento do método científico. Numa linguagem mais coloquial, diríamos que o perito, valendo-se de sua experiência, fixa o valor prévio através do 'olhômetro'. Tal procedimento afigura-se muito perigoso, pois não muito raro geram-se grandes injustiças, resultando muitas vezes em valor aquém do justo preço do imóvel, ou mesmo superior, o que viria em detrimento sempre de uma das partes envolvidas."

Portanto, recomendo, desde já, nova avaliação do imóvel em questão pelo órgão competente, nos termos do artigo 2º, inciso I, do Decreto n. 21.142/2000, observando-se o "método comparativo de mercado".

III - CONCLUSÃO

Atitudes como esta não podem passar impunes na vigência do Estado Democrático de Direito que se pretende consolidar no País. É dever da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas alertar os administradores públicos para as consequências, jurídicas e econômicas, decorrentes de atos ilícitos que desrespeitam a propriedade privada sem a observância do respectivo procedimento legal.

Ante o exposto, concluo pela impossibilidade de pagamento da indenização pleiteada ao Interessado na esfera administrativa, decorrente do apossamento administrativo do imóvel em que foi construída a Delegacia da Mulher, ante a ausência de elementos comprobatórios da origem da propriedade.

Contudo, sugiro as seguintes diligências a serem cumpridas pela SEINF, após o que devem os autos retornar para ajuizamento da ação expropriatória:

a) realização de nova avaliação do imóvel, observando-se o "método comparativo de mercado", preceituado no artigo 2º, inciso I, do Decreto n. 21.142/2000;

b) indicação de dotação orçamentária, no valor da avaliação, para fins de depósito judicial.

Sugiro, ainda, seja dada ciência ao interessado.

É o Parecer, submetido, *sub censura*, à consideração do Procurador-Geral do Estado do Amazonas.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO - PPIF/PGE, em Manaus/AM, 15 de dezembro de 2006.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora-Chefe da PPIF

PROCESSO N. 0085/2006-PGE

INTERESSADO: Construtora e Incorporadora Norte S/A - CINORTE.

ASSUNTO: Indenização ocasionada por desapropriação indireta.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 046/2006-PPIF/PGE, da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário PPIF/PGE, Dra. Roberta Ferreira de Andrade Mota.

DÊ-SE ciência ao Interessado, nos termos do aludido pronunciamento.

REMETAM-SE os autos à SEINF para cumprimento de diligências.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 20 de dezembro de 2006.

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

PROCESSO N. 2412/2005-PGE

INTERESSADO: Casa Civil (Conselho Estadual de Recursos Hídricos)

ASSUNTO: consulta sobre declaração de interesse social em área de preservação permanente.

PARECER N. 05/2006 – PMA/PGE

PARECER N. 35/2006 – PPIF/PGE

“ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. CONSULTA SOBRE MINUTA DE DECRETO DECLARANDO TERRAS DE INTERESSE SOCIAL QUE COMPREENDEM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM SEU POLÍGONO. RECENTE REGULAMENTAÇÃO DO CONAMA. PRÉVIA DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE NOVO DECRETO.

- A Área de Preservação Permanente (APP) é definida como a área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas, podendo ser declarada pela lei ou por ato administrativo.

- o Conselho Nacional do Meio Ambiente, tem, como uma de suas funções, o estabelecimento de normas e critérios para a declaração de utilidade pública ou interesse social pertinentes à supressão de vegetação em áreas de preservação permanente.

- Havendo prévia declaração de utilidade pública, faz-se desnecessária nova declaração de interesse social para esse fim.”

Senhor Procurador-Geral

A Chefa da Consultoria Técnico-Legislativa da Casa Civil consulta esta Casa acerca de declaração de interesse social em área destinada a instituição de pólo industrial de móveis no Município de Manaus.

O processo iniciou-se com o Ofício n. 286/GS-DEMPE, da lavra do Secretário de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico, Dr. Ozias Monteiro Rodrigues, encaminhando à Casa Civil minuta de Decreto para apreciação, declarando *“de utilidade social o imóvel que especifica, necessário à implantação do Distrito Industrial de Micro e Pequenas Empresas”*.

Conforme o Parecer n. 343/2006 – CTL, da lavra do Dr. Rogério de Araújo Barboza, a consulta traz as seguintes indagações:

a) o que define uma área como de preservação permanente, para que demande a necessidade de autorização do órgão ambiental competente para a supressão de sua cobertura vegetal?

b) A Resolução n. 369/2006 – CONAMA é aplicável ao caso em tela?

c) É possível a declaração de interesse social de área para os fins solicitados? Caso a resposta seja negativa, qual deve ser o procedimento adotado pela SEPLAN para o deslinde da questão?

É o sucinto relatório.

Em resposta à primeira indagação, tecemos as seguintes considerações que já foram objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar em Adin n. 3540-DF, na qual o Estado do Amazonas se habilitou como *Amicus Curiae*.

A Área de Preservação Permanente¹ (APP) é definida pelo art. 1º, § 1º, II do Código Florestal, como “área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta lei, coberta ou não por vegetação

¹ Destaca-se que o próprio CONAMA considera, expressamente, as áreas de preservação permanente como espaços territorialmente protegidos, nos termos do art. 225, §1º, III da CF, como se verifica nas considerações preliminares da Resolução 369, de 29 de março de 2006, que estabelece: “Considerando que as Áreas de Preservação Permanente-APPs, localizadas em cada posse ou propriedade, são bens de interesse nacional e espaços territoriais especialmente protegidos, cobertos ou não por vegetação, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas.”

nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas”.

Nota-se, portanto, que a existência de florestas ou qualquer outra cobertura vegetal não é requisito necessário para a existência de tal categoria de *espaço territorial especialmente protegido*. A proteção legal é dada à área que tem relevante função ambiental, conseqüentemente, têm-se “áreas” e não “florestas” de preservação permanente. Cabe ainda referir que as APPs podem estar sob domínio público ou sob domínio privado.

Basicamente, tais áreas protegidas, podem ser classificadas em:

a) áreas de preservação permanente por força de definição legal (ou por efeito da lei), listadas no artigo 2º do Código Florestal e especificadas pelas Resoluções CONAMA nº 302 e nº 303, de 20 de março de 2002 :

Art. 2º Considera-se de preservação permanente, **pelo só efeito dessa lei**, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

1) de 30 m (trinta metros) para os cursos d'água de menos de 10 m (dez metros) de largura;

2) de 50 m (cinquenta metros) para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 m (cinquenta metros) de largura;

3) de 100 m (cem metros) para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 m (duzentos metros) de largura;

4) de 200 m (duzentos metros) para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 m (seiscentos metros) de largura;

5) de 500 m (quinhentos metros) para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 m (seiscentos metros).

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

- c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 m (cinquenta metros) de largura;
- d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
- e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;
- f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
- g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 m (cem metros) em projeções horizontais;
- h) em altitude superior a 1.800 m (mil e oitocentos metros), qualquer que seja a vegetação.

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observa-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

b) áreas de preservação permanente por ato declaratório, assim definidas por ato expresso do Poder Público reconhecendo-lhes tal condição, conforme disposto no art. 3º do Código Florestal:

"Art. 3º Considera-se, ainda, de preservação permanente, **quando assim declarados por ato do Poder Público**, as floresta e demais formas de vegetação natural destinadas:

- a) a atenuar a erosão das terras;
- b) a fixar dunas;
- c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;
- e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;
- f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;
- g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obra, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§2º As florestas que integram o patrimônio indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.

No presente caso, em diligência pessoal, compareci à Secretaria Municipal de Meio Ambiente, onde pude compulsar os autos do Processo Administrativo n. 176/2006, que trata do licenciamento para construção da obra do pólo industrial de pequenas empresas de móveis. Lá pude constatar a existência de estudo realizado por bióloga **apresentado pela proponente do projeto, AG Empreendimentos Ltda.**, identificando uma nascente de um curso d'água no terreno em que será edificado o projeto da SEPLAN.

Desta feita, restou caracterizada, para o órgão ambiental municipal, a existência de uma área de preservação permanente (APP), consoante a determinação legal indicada no art. 2º, "a", 1, e "c", o que impossibilitaria, em princípio, qualquer corte ou supressão de vegetação no raio de 50m (cinquenta metros) da nascente e 30m (trinta metros) ao longo do curso d'água.

Respondida a primeira questão, passemos à análise da segunda pergunta.

In casu, o questionamento acerca da aplicabilidade da Resolução n. 369/2006 – CONAMA diz respeito à própria atividade-fim do órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Com efeito, o Conselho Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei n. 6.938/1981, órgão deliberativo e consultivo, tem, como uma de suas funções, *"estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA"*.

No específico caso em tela, acerca da autorização para supressão de vegetação em área de preservação permanente ou a edificação naquele perímetro, o Código Florestal, em seu art. 1º, §2º, IV, "c", e V, "c"², estabelece a competência do CONAMA para estabelecer os casos de utilidade pública e interesse social por meio de resolução, conforme se depreende da leitura dos referidos dispositivos legais:

Art. 1º. *Omissis.*

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

IV - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia; e
- c) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA;

V - interesse social:

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como: prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA;
- b) as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área; e
- c) demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA;

Portanto, sem dúvida alguma, a Resolução n. 369/2006 – CONAMA, eis que norma complementar ao Código Florestal, reputa-se aplicável ao caso em questão.

Cumpra responder ao último questionamento encaminhado pela Casa Civil.

Na verdade, a declaração de interesse social para fins de supressão de vegetação ou edificação dentro dos limites de

² Alterações constantes da Medida Provisória n. 2166-67, de 24 de agosto de 2001

uma APP deve seguir o padrão estabelecido no art. 4º, do Código Florestal, que assim estabelece:

Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

§ 1º A supressão de que trata o **caput** deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.

Considerando, ainda, as determinações do CONAMA, por meio da Resolução n. 369/2001, vislumbra-se a necessidade de **prévio procedimento para a declaração de utilidade pública ou interesse social**.

No presente caso, houve a declaração de **utilidade pública** em 09 de novembro de 2005, por meio do Decreto Governamental n. 25.421, publicado na mesma data, de sorte que resta suprido o requisito estabelecido pelo art. 4º, do Código Florestal, tomando desnecessária nova declaração de interesse social.

Ainda cumpre ressaltar que o referido decreto encontra-se juntado no Processo Administrativo n. 176/2006 – SEDEMA, que trata do licenciamento da área, razão pela qual já podem ser tomadas as devidas providências pela construtora com relação à expedição dos atos administrativos necessários à execução da obra.

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

PROCURADORIA DO MEIO AMBIENTE – PMA/PGE,
em Manaus, 21 de julho de 2006.

PATRÍCIA CUNHA E SILVA PETRUCCELLI
Procuradora-Chefe da PMA

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
Procuradora-Chefe da PPIF

PROCESSO N. 2.412/2006-PGE

INTERESSADO: Casa Civil

ASSUNTO: Consulta sobre declaração de interesse social em
área de preservação permanente.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 05/2006-PMA/PGE e o Parecer n. 35/06-PPIF/PGE, respectivamente, da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Meio Ambiente-PMA/PGE, Dra. Patrícia Cunha e Silva Petruccelli, e da Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário PPIF/PGE, Dra. Roberta Ferreira de Andrade Mota.

DEVOLVAM-SE os autos à Casa Civil, nos termos dos aludidos pronunciamentos.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 21 de julho de 2006.

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

PROCESSO N. 4076/2005-PGE**INTERESSADO:** Delegacia Geral de Polícia Civil.**ASSUNTO:** Consulta acerca da legalidade (se tem competência ou não), em cobrar Taxa de Segurança Pública, bem como, expedir Licença de Funcionamento de Bares, Mercearias, Casas Noturnas, Restaurantes, Motéis, Hotéis e Similares.**PARECER N. 01/2006 – PROCONT/PGE**

EMENTA: TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA PELA POLÍCIA CIVIL. PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS E NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL. LICENÇA DE FUNCIONAMENTO DE BARES, MERCEARIAS, CASAS NOTURNAS, RESTAURANTES, MOTÉIS, HOTÉIS. COMPETÊNCIA PARA EXPEDIR LICENÇA PELA POLÍCIA CIVIL: PREVISÃO NO DEC. N.º 22.773, DE 22/07/02.

Senhor Procurador-Chefe em exercício:

I – DO RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO AMAZONAS, por intermédio do Delegado-Geral Adjunto de Polícia Civil, a esta Procuradoria Geral do Estado do Amazonas – PGE/AM, requerendo manifestação em relação à legalidade da cobrança de taxa de Segurança Pública, bem como, da atribuição de expedir Licença de Funcionamento de Bares, Mercearias, Casas Noturnas, Restaurantes, Motéis, Hotéis e Similares, realizados pela Delegacia Especializada de Ordem Política e Social – DEOPS.

Passamos a opinar.

II – DO DIREITO

A presente consulta objetiva que esta Procuradoria opine sobre dois aspectos distintos da **taxa de segurança pública**: (i) acerca da legalidade na cobrança da Taxa de Segurança Pública, ou seja, se o Estado tem competência ou não para estabelecer a referida exação e (ii) se há ou não a atribuição da Polícia Civil para expedir Licença de Funcionamento de Bares, Mercenárias, Casas Noturnas, Restaurantes, Motéis, Hotéis e Similares.

O presente parecer não enfrentará se a taxa de segurança pública poderia ou não ser instituída como taxa à luz da doutrina e jurisprudência, em razão de refletir ou não uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte – o que é característica essencial à cobrança de taxa. Pois, tal questão implicaria na análise se agiu bem ou não o legislador amazonense em optar que tal serviço seja remunerado por meio da cobrança de taxa em algumas atividades ou se deveria ser custeado apenas com recursos provenientes de impostos.

Ressalte-se que o órgão consulente está jungido ao ordenamento jurídico estadual, o qual, é cediço, goza de presunção de constitucionalidade e legalidade, cabendo a competência de aferir se tal exação é legal ou não ao Poder Judiciário mediante provocação.

Por oportuno, registre-se, que o Ministério Público Estadual ajuizou, perante a 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, Ação Civil Pública, processo nº 001.04.100914-3, contra a licença de funcionamento expedida pela Polícia Civil, nos termos do art. 4º, inc. XX, do Decreto Estadual n.º 22.773, de 22 de julho de 2002 (ainda pendente de julgamento conforme consulta anexa).

Destarte, os 2 (dois) quesitos serão abordados separadamente:

Da legalidade da cobrança da Taxa de Segurança Pública

Convém, inicialmente, conceituar o que seja taxa, para, em seguida, fazer-se uma análise sistemática dos dispositivos que respaldam a cobrança da exação em epígrafe.

a-) Constituição Federal.

O conceito de taxa está, constitucionalmente, previsto, nos termos do art. 145, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 145. A União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I -

II – **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. ...” (grifamos)

b-) Código Tributário Nacional - CTN

Por seu turno, o Código Tributário Nacional, LEI nº 5. 172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966 - que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios - em seu artigo 77, também prescreve no mesmo sentido, sendo que no seu artigo 79 detalha a conceituação do que sejam serviços públicos específicos e divisíveis e no artigo 80 aborda o critério de competência de cada ente para a instituição de taxas.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene,

à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

- a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
- b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Art. 80. Para efeito de instituição e cobrança de taxas, consideram-se compreendidas no âmbito das atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios aquelas que, segundo a Constituição Federal, as Constituições dos Estados, as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios e a legislação com elas compatível, competem a cada uma dessas pessoas de direito público.
(grifamos)

c-) CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS

A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS, publicada no Diário Oficial do Estado nº 26.824, de 5 de outubro de 1989, dispõe no inciso V, do artigo 2º, ser um objetivo prioritário do Estado a segurança pública, *ut infra*:

DAS DISPOSIÇÕES FUNDAMENTAIS

Art. 2º São objetivos prioritários do Estado, entre outros:

...

V - a segurança pública;(GRIFAMOS)

Dispõe ainda no CAPÍTULO VIII intitulado "DA SEGURANÇA PÚBLICA" que:

Art. 114. A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público e privado, através de um Sistema de Segurança, integrado pelos seguintes Órgãos:

I – Polícia Civil;

II – Polícia Militar;

III – Corpo de Bombeiros Militar;

IV – Departamento Estadual de Trânsito.

...

§ 5º - A cobrança de taxas, impostos e emolumentos pelas Polícias Civil e Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, fica sujeita à aprovação em lei. (Alteração do Parágrafo pela EC nº 31, de 26.11.98.) (grifamos)

Já no TÍTULO IV intitulado "DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO", especificamente no CAPÍTULO I, que trata do SISTEMA TRIBUTÁRIO ESTADUAL, estabelece:

Seção I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 142. O Estado e os Municípios poderão instituir:

I - impostos de sua competência;

II - taxas, em razão do exercício regular do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, em decorrência de obras públicas;

...

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos. (grifamos)

Por fim, no CAPÍTULO II intitulado “DAS FINANÇAS PÚBLICAS”, determina como será realizada a arrecadação das taxas:

Seção I

DISPOSIÇÃO GERAL

Art. 156. Lei complementar disporá sobre finanças públicas, observados os princípios estabelecidos na Constituição da República e em lei complementar federal.

§ 2º A arrecadação de impostos, taxas, contribuições e demais receitas do Estado e dos Municípios e dos Órgãos vinculados à administração direta e indireta, bem como os respectivos pagamentos a terceiros, serão processados, com exclusividade, pelo Banco Oficial do Estado; nos Municípios onde não houver dependência do Banco Oficial do Estado, a arrecadação será processada pelos demais Bancos Oficiais ou Privados.(grifamos)

Conclui-se que a cobrança de taxas, impostos e emolumentos pela Polícia Civil fica sujeita à aprovação em lei e, ainda, que a arrecadação das exações será processada, com exclusividade, pelo Banco Oficial do Estado.

A lei a que se refere a Constituição Estadual é o Código Tributário Estadual - LEI COMPLEMENTAR Nº 19/97, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1997, Publicada no DOE de 29.12.97 – e o Dec. n.º 22.773, de 22/07/02.

d-) Código Tributário Estadual

A LC 19/97 já no seu LIVRO PRIMEIRO, ao tratar dos TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DO ESTADO, dispõe:

LIVRO PRIMEIRO

TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DO ESTADO

TÍTULO I**Disposições Gerais**

Art. 2º Constituem tributos de competência do Estado do Amazonas:

I - Impostos;

II - Taxas:

a) de expediente;

b) judiciária;

c) de segurança pública;

d) de saúde pública;

e) de emolumentos; (grifamos)

Já no TÍTULO V, intitulado "Das Taxas", enumera entre as taxas estaduais a Taxa de segurança pública, repetindo as regras gerais disciplinadas no CTN:

TÍTULO V**Das Taxas****CAPÍTULO I****Das Disposições Gerais**

Art. 158. Integram o elenco das taxas estaduais:

I - Taxa de Expediente;

II - Taxa Judiciária;

III - Taxa de Segurança Pública;

IV-Taxa de Saúde Pública;

V - Taxa de Emolumentos.

Art. 159. As taxas previstas nesta lei têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. Considera-se poder de polícia a atividade da administração que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas

dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade, aos direitos individuais ou coletivos.

Art. 160. Os serviços públicos a que se refere o artigo anterior, consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada usuário. (grifamos)

O Código Tributário Estadual, LC 19/97, vai além das normas gerais e institui a Taxa de Segurança Pública, o que poderia ter sido realizado por lei ordinária, conforme se observa do CAPÍTULO IV, *in verbis*:

CAPÍTULO IV

Da Taxa de Segurança Pública

Seção I

Da Incidência

Art. 172. A taxa de segurança pública incide na utilização de serviços específicos e divisíveis prestados pelo Estado ou colocados à disposição de pessoas físicas ou jurídicas, decorrentes de atos de autoridades policiais.

Seção II

Da Não Incidência

Art. 173. A taxa de segurança pública não incide nas concessões de documentos relativos às finalidades eleitorais, militares, escolares, relativas à previdência e à vida funcional dos servidores do Estado.

Seção III

Do Contribuinte

Art. 174. Contribuinte da taxa é toda pessoa física ou jurídica que promova ou se beneficie de quaisquer das atividades previstas e enumeradas na Tabela constante da Seção V.

Seção IV

Da Forma e dos Prazos de Pagamento

Art. 175. A taxa será recolhida em estabelecimento bancário autorizado ou repartição arrecadadora, a critério da Secretaria de Estado da Fazenda, consoante a Tabela estabelecida na Seção V.

Art. 176. O pagamento da taxa efetuar-se-á:

I - de ordinário, antes da prática do ato;

II - para renovação :

a) quando a taxa for devida por mês, até o 10º (décimo) dia do período objeto da renovação;

b) quando a taxa for devida por ano, até o último dia útil do mês de janeiro do exercício objeto da renovação.

Art. 177. A exigência do pagamento da taxa e a fiscalização competem aos funcionários da Fazenda Estadual, às autoridades policiais e às autoridades administrativas na forma do Regulamento.

Seção V

Da Liquidação

Art. 178. A taxa de segurança pública será cobrada de acordo com as seguintes tabelas.(grifamos)

Da atribuição da Polícia Civil em expedir Licença de Funcionamento de Bares, Mercearias, Casas Noturnas, Restaurantes, Motéis, Hotéis e Similares.

Dereto. n.º 22.773, de 22/07/02:

Dec. n.º 22.773, de 22/07/02:

Art. 4º - Os órgãos da estrutura da Polícia Civil têm as seguintes atribuições:

(...)

XX – NÚCLEO DE ORDEM POLÍTICA E SOCIAL – Expedir licenças de porte de arma. Controlar e manter o arquivo de

autorização de compra de armas, munições e explosivos.
Expedir licença de funcionamento de casas noturnas, bares, mercearias, restaurantes, hotéis, motéis e similares, mantendo o cadastro com os nomes dos respectivos proprietários, gerentes ou responsáveis;

Ora, em face da legislação acima acostada não resta qualquer dúvida quanto à legalidade da cobrança da Taxa de Segurança Pública, nem quanto à atribuição da Polícia Civil em concorrência com os funcionários da Fazenda Estadual e as autoridades administrativas em exigir e fiscalizar o pagamento da taxa. Ademais, o Dec. n.º 22.773, de 22/07/02 especifica ser atribuição da Polícia Civil, através do NÚCLEO DE ORDEM POLÍTICA E SOCIAL a atividade de **expedir licença de funcionamento de casas noturnas, bares, mercearias, restaurantes, hotéis, motéis e similares, mantendo o cadastro com os nomes dos respectivos proprietários, gerentes ou responsáveis.**

III – DA CONCLUSÃO

Portanto, a TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA é legal, face à presunção de constitucionalidade e legalidade das normas, sendo de matiz constitucional a atribuição da Polícia Civil de exigir e fiscalizar o pagamento desta, cabendo, ainda, à Polícia Civil a atribuição de expedir licença de funcionamento.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO/
PGE**, em Manaus (AM), 09 de janeiro de 2006.

JULIO CESAR DE VASCONCELLOS ASSAD
Procurador do Estado do Amazonas

PROCESSO N. 4076/2005-PGE

INTERESSADO: Delegacia Geral de Polícia Civil.

ASSUNTO: Consulta - legalidade - Taxa de Segurança Pública.

DESPACHO

ACOLHO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer n. 001/2006-PROCONT/PGE, da lavra do Procurador do Estado, Dr. Júlio César de Vasconcelos Assad.

Nos termos do expediente ora acolhido, a taxa de segurança pública é legal em razão da presunção de constitucionalidade e legalidade das normas; possui a Polícia Civil atribuição constitucional para exigir e fiscalizar o pagamento de tal tributo e para expedir licença de funcionamento.

ENCAMINHEM-SE os autos ao Exmo. Procurador-Geral do Estado para manifestação conclusiva acerca da consulta formulada pela Delegacia-Geral de Polícia Civil.

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-PROCONT/PGE, em Manaus, 09 de janeiro de 2006.

MARCELO HENRIQUE SOARES CIPRIANO

Procurador-Chefe da PROCONT/PGE, em exercício

PROCESSO N. 4076/2005-PGE

INTERESSADO: Delegacia Geral de Polícia Civil

ASSUNTO: Consulta sobre a competência da Polícia Civil para cobrança de taxa de segurança pública e expedição de licença de funcionamento de bares, mercearias, casas noturnas, restaurantes, motéis, hotéis e similares.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 001/2006-PROCONT/PGE, do Procurador do Estado Júlio César de Vasconcelos Assad, acolhido pelo Procurador-Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário-PROCONT/PGE, em exercício, Dr. Marcello Henrique Soares Cipriano.

ENCAMINHEM-SE os autos à Delegacia Geral da Polícia Civil do Amazonas.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, Manaus, 11 de janeiro de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N.º 4096/2005-PGE**INTERESSADA:** Locavel Serviços Ltda.**ASSUNTO:** Consulta acerca da retenção nas faturas dos valores a título de ISS referente aos contratos de locação de veículos**PARECER N.º 002/2006 – PROCONT/PGE****EMENTA:** LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS – RETENÇÃO ISS NAS FATURAS – IMPOSSIBILIDADE

- O STF vetou a incidência do ISS sobre a locação de bens móveis.
- A Lei Complementar 116/03, em razão do veto presidencial, não incluiu a locação de bens móveis na lista taxativa dos serviços tributados.
- Impossibilidade de retenção.

Senhor Procurador-Chefe, em exercício:

I – DOS FATOS

A interessada – LOCAVEL SERVIÇOS LTDA., requereu ao Sr. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil, que não fosse realizada retenção nas faturas a título de ISS, argumentando que:

- 1 – presta serviços de locação de bens móveis;
- 2 – a Lei Complementar 116/03 vetou, por inconstitucionalidade, o item 3.01 (locação de bens móveis) da Lista de Serviços da referida lei;
- 3 – a retenção é ilegal e indevida.

Pois bem. Foi emitido parecer, naquela Secretaria, pela consultora técnico-legislativa Sra. Bruhna Figueiredo Liberato, (nº 6.912/2005 – CASA CIVIL) que assim concluiu:

" Diante do exposto, acredita-se que o Contrato nº 006/2005 – Casa Civil tem por objeto a prestação de um serviço, motivo

pelo qual é inevitável a incidência do ISS. Contudo, por tratar-se de matéria de alta indagação, haja vista a divergência doutrinária, sugere-se o envio dos autos à Procuradoria Geral do Estado, escudada no artigo 2º, II, de sua Lei Orgânica, para manifestação acerca da matéria ora exposta.”

Remetidos os autos a esta Procuradoria, foram os mesmos a mim distribuídos para emissão de parecer.

É o relatório. Passamos a opinar.

A principal questão a ser analisada neste parecer é se há possibilidade jurídica de reter os valores referentes ao ISS nos contratos de locação de veículos.

O ISS NA CONSTITUIÇÃO

Reza o art. 156, da Constituição da República:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre:
... omissis....

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.”

Da leitura do dispositivo retrotranscrito, pode-se estabelecer algumas conclusões de fundamental importância para a compreensão da matéria.

Primeiramente, é de se registrar que aos Municípios cabe tributar, tão-somente, os serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, não compreendidos na esfera de incidência do ICMS.

Portanto, lei complementar deverá dispor a respeito de quaisquer serviços objeto de incidência do ISS, o que até 31 de julho de 2003, era positivado pelo Decreto-lei 406/1968, recepcionado pela ordem constitucional em vigor como Lei Complementar, ante a exigência da Constituição Federal de 1988.

Em 2003, foi editada a Lei Complementar 116, que estabeleceu nova relação de serviços tributáveis pelo imposto em tela.

Assim, conclui-se que se os serviços tributados estão sob a reserva de lei complementar, não pode a legislação municipal fazer incidir o ISS sobre qualquer atividade que não esteja compreendida no rol de serviços estabelecidos pela União.

DO DECRETO-LEI 406/1968 E O RECONHECIMENTO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS

Definido o regramento constitucional sobre as possibilidades de normatização do ISS e a competência dos Municípios para a sua instituição, cabe a análise do Decreto-lei 406/1968, em torno do qual surgiram todas as discussões jurídicas.

Dispôs o Decreto-lei 406/68, em seu art. 8º, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei Complementar 56/87, a respeito dos serviços que podiam ser objeto de incidência do ISS. Tal lista trouxe em seu bojo, precisamente no item 79, como hipótese de incidência do ISS a "locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil."

Tal regra destoava dos demais itens elencados como hipótese de incidência do ISS, porquanto não tratava de uma obrigação de fazer, como de regra, mas de uma obrigação de dar coisa certa, devendo o locatário devolver o bem locado.

O abismo conceitual existente entre os institutos da "locação de bens" e "serviços" passou a ser reiteradamente reconhecido pelos Tribunais que passaram a declarar a inconstitucionalidade do item 79 do aludido Decreto-Lei, principalmente após o primoroso precedente aberto pela Corte Suprema, nos seguintes termos:

"TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem

móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional."(RE 116121/SP - SÃO PAULO; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Rel. Acórdão Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 11/10/2000; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-25-05-01 PP-00017 EMENT VOL-02032-04 PP-00669)

DO RECONHECIMENTO LEGISLATIVO COM A EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 116/03

Não bastasse a fundamentação acima delineada para configurar a impossibilidade de incidência do ISS sobre contratos de locação de veículos, e, conseqüentemente, a retenção dos valores correspondente pela Administração, atualmente, não há qualquer razão para se pretender tributar tal atividade, porquanto a Lei Complementar nº 116/2003 não mais a contempla como hipótese de incidência deste imposto.

Cumpra registrar que a locação de bens móveis estava inserida no texto original do citado diploma, porém, em virtude do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de sua inconstitucionalidade e, ainda, da ampla repercussão que teve tal julgado nos Tribunais de todo o Brasil, o Presidente da República, através da Mensagem de Veto n.º 362 de 31 de julho de 2003, afastou da redação aprovada pelo Legislativo o item que assim dispunha, nos seguintes termos:

"Razões do veto

"Verifica-se que alguns itens da relação de serviços sujeitos à incidência do imposto merecem reparo, tendo em vista decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. São eles:
O STF concluiu julgamento de recurso extraordinário interposto por empresa de locação de guindastes, em que se discutia a constitucionalidade da cobrança do ISS sobre a locação de bens móveis, decidindo que a expressão 'locação de bens móveis'

constante do item 79 da lista de serviços a que se refere o Decreto-Lei no 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação da Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, é inconstitucional (noticiado no Informativo do STF nº 207). O Recurso Extraordinário 116.121/SP, votado unanimemente pelo Tribunal Pleno, em 11 de outubro de 2000, contém linha interpretativa no mesmo sentido, pois a 'terminologia constitucional do imposto sobre serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo a contrato de locação de bem móvel. Em direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprios, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável.' Em assim sendo, o item 3.01 da Lista de serviços anexa ao projeto de lei complementar ora analisado, fica prejudicado, pois veicula indevida (porque inconstitucional) incidência do imposto sob locação de bens móveis." (grifos nossos)

Note-se que o ISS incide apenas sobre obrigações de fazer e não de dar.

E nem poderia ser diferente, tanto o Código Civil Brasileiro de 1916 quanto o Novo Código Civil Brasileiro de 2002 definem a locação de coisas como sendo obrigação típica de dar.

Desta forma, a Lei Complementar 116/2003, com redação clara e precisa, entrou em vigor no primeiro dia do exercício de 2004 com a seguinte redação:

"3 – Serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres.

3.01 – (VETADO)

3.02 – Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda.

3.03 – Exploração de salões de festas, centro de convenções, escritórios virtuais, stands, quadras esportivas, estádios, ginásios, auditórios, casas de espetáculos, parques de

diversões, canchas e congêneres, para realização de eventos ou negócios de qualquer natureza.

3.04 – Locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza.

3.05 – Cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário."

DA IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DO ISS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS

Conforme evidenciado, a pretensão da interessada LOCAVEL SERVIÇOS LTDA., de que não seja efetuada a retenção a título de ISS nas faturas referentes aos contratos de locação de veículos, está amparada pelo ordenamento jurídico.

O texto constitucional (art. 155, III) é claro e não há razões consistentes, por maior que seja o malabarismo exegético, para não acolher a pretensão da interessada. Sua redação não permite dúvidas: a lei complementar federal integraliza a vontade do constituinte e deve ser obedecida em todos os seus termos e por todos os Municípios da Federação.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se, salvo melhor juízo, ser ilegal a retenção de valores referente ao ISS nos contratos de locação de veículos realizados entre a interessada e a Casa Civil, ante a inexistência de suporte legal para a referida tributação.

É o parecer, s.m.j.

**PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO/
PGE, em Manaus (AM), 06 de janeiro de 2006.**

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
Procuradora do Estado

PROCESSO N.º 4096/2005-PGE**INTETESSADA:** Locavel Serviços Ltda.

Casa Civil do Estado do Amazonas

ASSUNTO: Consulta acerca da legalidade da retenção de valores, a título de ISS, na fatura de contratos de locação de veículos.**DESPACHO**

ACOLHO, por seus jurídicos e legais fundamentos, o Parecer n. 002/2006-PROCONT/PGE, da lavra da Procuradora do Estado, Dra. Adriane Simões Assayag Ribeiro.

Nos termos do expediente ora acolhido, é ilegal a retenção de valores referentes ao ISS nos contratos de locação de veículos realizados entre a interessada e a Casa Civil, ante a inexistência de suporte legal para a referida tributação.

ENCAMINHEM-SE os autos ao Exmo. Procurador-Geral do Estado para manifestação conclusiva acerca da consulta formulada pelo Secretário de Estado Chefe da Casa Civil.

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-PROCONT/PGE, em Manaus, 11 de janeiro de 2006.

MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO

Procurador do Estado

Chefe da PROCONT-PGE, em exercício

PROCESSO N.º 4096/2005-PGE**INTETESSADA:** Locavel Serviços Ltda.

Casa Civil do Estado do Amazonas

ASSUNTO: Consulta sobre a legalidade de retenção de valores a título de ISS, na fatura de contratos de locação de veículos.**DESPACHO**

ACOLHO o Parecer n. 002/2006-PROCONT/PGE, da Procuradora do Estado Adriane Simões Assayag Ribeiro, acolhido pelo Procurador-Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário-PROCONT/PGE, em exercício, Dr. Marcello Henrique Soares Cipriano.

ENCAMINHEM-SE os autos à Casa Civil.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 11 de janeiro de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N. 0166/2006- PGE.

INTERESSADA: Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas - FUNTEC.

ASSUNTO: Consulta sobre a legitimidade da cobrança do PIS/PASEP e COFINS, importação, feita pela aduana em razão da importação de equipamentos destinados à atividade da interessada.

PARECER n.º 03/2006— PROCONT/PGE

DIREITO TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO DO PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. LEI 10.865/2004. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA E MANTIDA PELO PODER PÚBLICO. ISENÇÃO CONDICIONADA AO PREENCHIMENTO DE REQUISITOS DA LEI 8.032/90. INTERPRETAÇÕES PELA INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA COBRANÇA.

1. A Lei 10.865/2004 concede isenção para as fundações, sob condição de preenchimento de requisitos constantes em lei inconstitucional (Lei 8.032/90), que trata como isenção o que é na verdade imunidade.

2. Por outro lado, confronta com a Lei 10.865/2004 o indeferimento da isenção, calcado em outro motivo que não seja exclusivamente o descumprimento dos requisitos estabelecidos em outra Lei.

Ilma. Sra. Procuradora-Chefe:

Consulta-nos a interessada, por meio do Ofício nº 009/2006/GDP/FUNTEC, acerca da decisão proferida pela Chefe da Seção de Despacho Aduaneiro – SADAD, a Auditora Fiscal da Receita Federal, Lourdes Eiko Nakamura. Tal decisão (DI 05/1338527-9) nega à Fundação a isenção do PIS/PASEP e da COFINS, importações, quando da entrada de equipamentos importados por ela e destinados à prestação de seu serviço.

Pela falta de maiores elementos esclarecedores, procuramos a autora do Ofício-consulta e fomos informados de que os bens já estavam com a Fundação, que se submeteu ao pagamento das exações; contudo, novos equipamentos já estavam sendo esperados do exterior para meados de fevereiro, portanto persistia o interesse em saber se era devida a cobrança, pois certamente ela iria ser renovada.

Relatamos.

A interpretação dos artigos colacionados na decisão aduaneira é equivocada, e pode ser assim resumida: a isenção das contribuições em tela para as fundações instituídas e mantidas pelo poder público depende do preenchimento das condições e requisitos exigidos para a isenção do IPI, estabelecidos no art. 2º da Lei 8.032/90, que exclui do benefício de isenção as tais fundações.

Ficando de fora da redação daquele art. 2º, as fundações perdem a isenção do IPI e, conseqüentemente, a isenção das contribuições sociais do PIS/PASEP e da COFINS, importações.

A tradução dos artigos transcritos naquela decisão é simples, contudo ela não resiste a um confronto com a Constituição Republicana, após utilizarmos da melhor forma de interpretação: a sistemática. Demonstraremos que, com respaldo naquela modalidade interpretativa, sem muito esforço, chegaremos a resultado diferente e igualmente de simples compreensão.

A Constituição estabelece a imunidade tributária, em relação aos impostos, às autarquias e às fundações, em seu art.150, VI, "a", §2º, *verbis*:

"Art.150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§2º A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se

refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes".

As fundações, - como a FUNTEC, instituída e mantida pelo Estado -, gozam dessa imunidade que só não será aplicada se a renda, o bem ou o serviço não estiverem destinados a atender as suas atividades essenciais. Outras condições ou requisitos para fruir do benefício não foram autorizadas pela Constituição, que não abriu espaço para o legislador ordinário criar novos. Portanto, basta a qualificação subjetiva da fundação e o objetivo da operação, se este ligado às finalidades da entidade.

As conclusões que nós fazemos, com base na Constituição, são de que a Lei 8.032/90, sobre isenção ou redução de impostos de importação (II e IPI), extrapolou seu campo de atuação, tratando como isenção o que é evidentemente imunidade. Vejamos o que diz a lei:

"Art. 2º As isenções e reduções do Imposto de Importação ficam limitadas, exclusivamente:

I – às importações realizadas:

a) pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Territórios, pelos Municípios e pelas respectivas autarquias;

.....
Art.3º Fica assegurada a isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados, conforme o caso:

I – nas hipóteses previstas no art. 2º desta Lei, desde que satisfeitos os requisitos e condições exigidos para a concessão do benefício análogo relativo ao Imposto de Importação;"

A nós não resta dúvida, é imunidade o que a lei cuida, repetindo os mesmos entes imunes constantes da Constituição, exceto as fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Ora, se a Constituição taxativamente delimitou os requisitos para a imunidade das fundações, dispensou a atividade do legislador infraconstitucional, salvo para a especialização daqueles requisitos, desde que realizada por lei complementar, conforme comando do art.146, II, CF, cujo preceito indica ser a

disciplina das limitações constitucionais ao poder de tributar matéria reservada àquele veículo normativo.

Dessa forma, a Lei 8.032/90, quando trata daquela isenção, é inconstitucional tanto sob o aspecto formal quanto sob o aspecto material. No primeiro daqueles aspectos, por não ser lei complementar; e, no segundo, por definir como isenção o que é imunidade.

O Tribunal Federal da Terceira Região já enfrentou a matéria, após ser acionado pela Fundação Padre Anchieta (TV Educativa de São Paulo), que buscava o reconhecimento de sua imunidade frente ao imposto de importação:

Acórdão Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC
– APELAÇÃO CÍVEL – 664713 Processo: 200103990059408
UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão:
02/03/2005 Documento: TRF300090756

Fonte DJU DATA:16/03/2005 PÁGINA: 320

Relator(a) JUIZ CARLOS MUTA

Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo inominado, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ARTIGO 150, VI, "A", E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA. AQUISIÇÃO NO EXTERIOR DE COMPONENTES DE EQUIPAMENTOS DE RÁDIO E TELEVISÃO. 1. Pacífica a jurisprudência do Tribunal, firme no sentido de que componentes de equipamentos de rádio e televisão, como os importados pela Fundação Padre Anchieta — que se dedica a "produzir e emitir programação de caráter educativo, com esta mantendo estrita vinculação os programas culturais", e "operar emissoras de rádio e televisão" —, gozam de imunidade, na medida em que a tributação federal pretendida atingiria, em cheio, o patrimônio e afetaria, de forma altamente negativa, o desenvolvimento das finalidades essenciais da fundação pública, tudo o que exata e simplesmente veda a Constituição Federal. 2. Agravo inominado desprovido.

Data Publicação 16/03/2005.

Ainda aquele Tribunal tem consolidado seu entendimento em outros julgados:

Acórdão Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL – 522036 Processo: 199903990795414 UF: SP Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 12/11/2003 Documento: TRF300082147

Fonte DJU DATA: 26/05/2004 PÁGINA: 374

Relator(a) JUIZA SALETTE NASCIMENTO

Decisão: A Quarta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO ESTADUAL. IMUNIDADE. ART. 150, VI "a" e § 2º, CF. IPI. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. I. Trata-se, na espécie, de fundação instituída e mantida pelo Poder Público Estadual, voltada à promoção de atividades educativas e culturais através de rádio e televisão, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei 9.849/67. II. A imunidade é instituto de natureza constitucional, política, operando no sentido de demarcar as competências impositivas das diferentes pessoas políticas. III. A Constituição Federal, em seu art. 150, VI, "a" e § 2º assegura a imunidade tributária ao patrimônio, renda e serviços vinculados às finalidades essenciais ou delas decorrentes relativamente às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, hipótese mesma dos autos. IV. Imunidade no que tange ao Imposto Sobre Produtos Industrializados e Imposto de Importação que se reconhece. V. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. Data Publicação: 26/05/2004

Acórdão Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL – 664710 Processo: 200103990059378 UF: SP Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 10/09/2003 Documento: TRF300077190

Fonte DJU DATA: 12/11/2003 PÁGINA: 309

Relator(a) JUIZ MANOEL ALVARES

Decisão: A Quarta Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar argüida em contra-razões pela União e, no mérito, negou provimento à sua apelação e à remessa oficial e deu parcial provimento à apelação da Embargante, nos termos do voto do Relator.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. FUNDAÇÃO. IMUNIDADE. PRECEDENTES DO STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARECER DAS RF. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. 1. A Lei 9.289/96, em seu artigo 7º não pode ser interpretada de forma restritiva, ao mencionar que “a reconvenção e os embargos não estão sujeitos ao pagamento de custas”, devendo-se entender que esta isenção abrange todo o processo, inclusive o preparo para recurso de apelação. 2. Os beneficiários da norma de imunidade tributária gozam verdadeiro direito público subjetivo, oponível contra o Estado, de receber a proteção constitucional. 3. A Fundação embargante, conquanto pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, é também fundação instituída e mantida pelo Poder Público Estadual, que tem por objeto a promoção de atividades educativas e culturais por meio de rádio e televisão. 4. Tratando-se de produtos importados pela embargante para o fim de fazer operar suas emissoras educativas, é certo que a operação que ensejou a incidência do IPI encontra-se intrinsecamente ligada com suas finalidades essenciais, o que autoriza o reconhecimento da imunidade prevista no parágrafo 2º do art. 150, da Constituição. 5. O Supremo Tribunal Federal tem dado interpretação ampla à regra prevista no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, admitindo que tributos como o IPI e Imposto de Importação sejam albergados pela aludida norma. 6. O parecer favorável à tese da embargante pelo órgão da Administração não importa no reconhecimento jurídico do pedido, dado o caráter opinativo do parecer em questão. 7. A verba honorária fixada à razão de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, consoante o reiterado entendimento desta E. Turma, por representar a justa retribuição ao causídico ante o trabalho efetuado e a complexidade da causa, nos termos do

art. 20 do Código de Processo Civil. 8. Preliminar argüida em contra-razões pela União rejeitada. 9. Apelação da União e remessa oficial improvidas. 10. Apelação da embargante a que se dá parcial provimento.

Data Publicação 12/11/2003

Na mesma direção caminha o Tribunal da Primeira Região, que admitiu a imunidade da Fundação de Telecomunicações do Pará face aos impostos (II e IPI) incidentes sobre equipamentos trazidos dos Estados Unidos.

"2000.01.00.077606-0/PA;

REMESSA EX-OFFICIO

Relator JUIZ ITALO MENDES

Órgão Julgador QUARTA TURMA

Publicação 05/07/2001 DJ p.115 Data da Decisão 06/03/2001

Decisão: À unanimidade, negou provimento à remessa oficial.

Participaram do Julgamento os(as) Exmos(as) Sr.(as) Juizes MÁRIO CÉSAR RIBEIRO e HILTON QUEIROZ. Ausente(s) eventualmente o(s)a(s)

Exmo.(s)a(s) Sr.(es)a(s) Juiz(es)a(s): CARLOS OLAVO.

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO E IPI. EQUIPAMENTO IMPORTADO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE FUNDAÇÃO MANTIDA PELO PODER PÚBLICO. IMUNIDADE.

1.O patrimônio, a renda e os serviços das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, em princípio, encontram-se sob o pálio da **imunidade** tributária recíproca prevista no art. 150, VI, alínea "a" e § 2º, da Constituição Federal, não podendo, assim, sofrer a incidência do Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados, salvo se restar comprovado que os mesmos se encontram desvinculados das finalidades institucionais do referido órgão.

2.Remessa oficial desprovida."

Toda a jurisprudência aqui trazida busca demonstrar a imunidade das fundações, quanto a impostos, para chegar a uma conclusão: os requisitos que a Lei 10.865/2004, em seu art.9º, §1º, exige para isentar as fundações das contribuições em foco

são requisitos próprios da imunidade, aqueles estabelecidos na Constituição, acima falados. Com efeito, são inconstitucionais outras condições que vierem a ser impostas pela Lei 8.032/90.

Nesse rumo, a FUNTEC, que não foi cobrada pelos impostos de importação e de produtos industrializados, na operação anterior, igualmente não pode ser obrigada a pagar pelas contribuições sociais, como o foi, porque goza da isenção em relação a elas.

Outro modo de interpretar a legislação, agora sob o prisma da legalidade, pode, ainda, ser feito.

A Lei 10.865/2004 concede a isenção às fundações, desde que obedecido os **mesmos requisitos** da "isenção" do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. A preocupação das fundações deve se limitar, portanto, **apenas ao preenchimento daqueles requisitos**. Não é porque a Lei 8.032/90 não incluiu as fundações no rol de "isenção" do II e do IPI, que elas devem ser prejudicadas no seu direito de isenção.

Contudo, a Auditora-fiscal, porque as fundações não foram contempladas na Lei 8.032/90, concluiu que elas também ficariam privadas do benefício da isenção das contribuições COFINS- importação e PIS/PASEP-importação. Incorreu em equivocada interpretação, furtando-se de obedecer ao comando do art.111, II, do CTN¹.

Por tudo que foi exposto, consideramos indevida a cobrança das contribuições sob consulta e necessária a impetração de mandado de segurança, para resguardar o direito líquido e certo da FUNTEC de não sofrer novo dispêndio com o pagamento de valores indevidos.

É o parecer, sob censura.

**PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO/
PGE**, em Manaus, 09 de fevereiro de 2006.

LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
Procuradora do Estado

¹ "Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

.....
II – outorga de isenção;"

PROCESSO N. 0166/2006-PGE

INTERESSADA: Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas - FUNTEC.

ASSUNTO: Consulta sobre a legitimidade da cobrança do PIS/PASEP e COFINS, importação, feita pela aduana em razão da importação de equipamentos destinados à atividade da interessada.

DESPACHO

ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer exarado pela ilustre Procuradora Luciana Guimarães Pinheiro Vieira.

Como bem demonstrado, a situação em epígrafe enquadra-se no conceito de imunidade prevista no art. 150, VI, "a", da Carta Magna.

Portanto, é ilegal e abusiva a exigência da Auditoria-Fiscal da Receita Federal em exigir da FUNTEC o pagamento referente à contribuição do PIS/PASEP e CONFINS, quando da entrada de equipamentos importados por ela para utilização na prestação de serviços.

Ante o exposto, endosso as conclusões do parecer no sentido de recomendar a impetração de Mandado de Segurança, visando impedir a exigência de pagamento indevido quando da importação de equipamentos destinados ao desenvolvimento de suas atividades essenciais.

Encaminhem-se os autos ao Gabinete do Exmo. Procurador-Geral do Estado, com as cautelas de praxe.

PROCONT/PGE, em 15 de fevereiro de 2006.

SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO

Procuradora do Estado, Chefe da PROCONT/PGE

PROCESSO N. 0166/2006- PGE

INTERESSADA: Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas - FUNTEC.

ASSUNTO: Consulta sobre a legitimidade de cobrança do PIS/PASEP e COFINS importação.

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 03/2006-PROCONT/PGE, da Procuradora do Estado Luciana Guimarães Pinheiro Vieira, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário, Dra. Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato.

ENCAMINHEM-SE os autos à Fundação Televisão e Rádio Cultura do Amazonas-FUNTEC.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 16 de fevereiro de 2006.

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

PROCESSO N. 4693/06-PGE**INTERESSADA:** Secretaria da Fazenda - SEFAZ.**ASSUNTO:** Consulta sobre a legitimidade do auto de infração nº 35.886.100-4 que impôs ao ex-secretário, Alfredo Paes dos Santos, uma multa pela não apresentação das GFIP's no período de 03/99, 05/99 a 07/99, 11/00 a 01/01 e 03/01.**PARECER N.º 12/2006-- PROCONT/PGE**

DIREITO TRIBUTÁRIO – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA: FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS GFIP's (ART. 32, VI, DA LEI 8.212/91) . MULTA CONTRA O GESTOR DE ÓRGÃO PÚBLICO.

1. O art.41 da Lei 8.212/91 legitima a cobrança de multa do gestor pela não apresentação das GFIP's. Os argumentos pela improcedência dependem de um juízo de valor que só o Judiciário é capaz de fazer.
2. A inteligência do mesmo artigo não deixa dúvida acerca da pessoalidade da multa.
3. A Administração não tem responsabilidade patrimonial pela multa, por isso não pode pagá-la ainda que tenha como descontar dos rendimentos do gestor-autuado.

Ilma. Sra. Procuradora-Chefe:

Faz-nos a interessada, por meio do Ofício nº 1345/2006/ GSEFAZ, alguns questionamentos sobre aplicação da multa ao ex-secretário, Alfredo Paes dos Santos, em cuja gestão foi detectada falta de apresentação das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP's.

Quer a Secretaria saber se:

- a) é procedente o auto de infração nº 35.886.100-4, por meio do qual houve a aplicação da multa de R\$160.359,71;

b) a responsabilidade é da Administração ou pessoal do gestor;

c) o erário poderá pagar a referida multa e depois descontar o valor pago na remuneração do responsável ou dos responsáveis.

Relatamos.

As presentes indagações já foram parcialmente apreciadas por esta Procuradoria no Parecer nº 005/06 – PROCONT/PGE, constante dos autos nº 1434/2006-PGE, de autoria do Dr. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho.

No referido Parecer (anexo), aprovado pelo Procurador-Geral, o ilustre colega responde a segunda pergunta e, conseqüentemente, a última, ao fazer as seguintes considerações:

“Em se tratando de órgão da Administração Pública Direta, o seu dirigente responde pessoalmente pelas multas aplicadas por infração aos dispositivos da Lei n. 8.212/91 e de seu regulamento (Decreto n. 3.048, de 06.05.1999), consoante dispõem o art. 41 da citada lei e o art. 289 do mencionado Decreto, *in verbis*:

Art. 41. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, **responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta Lei e do seu regulamento**, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição. (GRIFAMOS)

Art. 289. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal **responde pessoalmente pela multa aplicada por infração a dispositivos deste Regulamento**, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição. (grifamos)

Regulamentando os citados dispositivos, foi editada a Instrução Normativa SRP n. 03, de 04.07.2005 (publicada no D.O.U. n. 135, de 15.07.2005), que define, no § 1º do art. 641, como dirigente "a pessoa que tem a competência funcional para decidir a prática ou não, do ato que constitui infração à legislação previdenciária".

Considerando que cada órgão da Administração Pública Direta estadual prepara suas próprias folhas de pagamento e suas próprias GFIP, foi considerado como infrator no presente caso o responsável maior pelo órgão em questão na época dos fatos geradores das obrigações tributárias correspondentes, no caso, o Sr. JOSÉ AUGUSTO DE ALMEIDA, em obediência ao que dispõem o art. 41 da Lei n. 8.212, de 24.07.1991, o art. 289 do Decreto n. 3.048, de 06.05.1999 e o § 1º do art. 641 da Instrução Normativa SRP n. 03, de 04.07.2005."

Em virtude do exposto texto legal (art.41 da Lei 8.212/91), a autuação foi feita em nome do administrador e, a princípio, não afeta o Estado como pessoa jurídica. Na jurisprudência, há precedentes que não permitem outra interpretação:

"MULTA. ART. 41, LEI Nº 8212/91. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES. AGENTE POLÍTICO. RESPONSABILIDADE PESSOAL.

1. O art. 41, lei Nº 8212/91 está em vigor há mais de 10 (dez) anos, não tendo sido objeto do controle concentrado pelo Eg. STF. Presunção de constitucionalidade (precedentes do Eg. TRF-5ª Região)

2. O art. 41, lei Nº 8212/91, diz que "O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do distrito federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta lei e do seu regulamento, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição."

3. A extensão subjetiva ativa do § 6º, art. 37, CF/88 restringe-se a danos a direitos individuais. Quando o prejuízo for de toda a comunidade, como é o caso dos autos - ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias, é perfeitamente constitucional a responsabilização direta e imediata do agente público. No âmbito previdenciário, o dano não é apenas contra terceiros; mas, primordialmente, contra o próprio estado, não sendo possível identificar um prejudicado indubitavelmente, pois toda a Coletividade, a um médio prazo, virá a sofrer as suas conseqüências.

4. Sentença reformada.

5. Apelação e remessa oficial providas. (TRF – 5.ª Região – 4.ª Turma – AMS n.º 80.276 – Proc. N.º 2000.80.00007544-3/AL – Rel. Des. Fed. Hélio Sílvio Ourem Campos – j. 17.09.2002 – DJ07.11.2002)

Ainda que agindo de acordo com diretrizes e/ou orientações da Administração Estadual, a responsabilidade pela obrigação acessória é pessoal, de acordo com a lei previdenciária, taxativa e expressa quanto à questão. Isso dificulta ou impossibilita qualquer providência de iniciativa do Estado do Amazonas, administrativa ou judicialmente. Não se vislumbra uma tese razoável que permita à Fazenda Pública assumir a responsabilidade patrimonial pela multa aplicada ou adotar medida judicial que aproveite diretamente o autuado.

Ademais, em respeito ao pacto federativo e a autonomia dos Entes Federados, a legislação previdenciária não prevê contra eles (Entes Federados) a aplicação da multa, que tem natureza eminentemente punitiva. Por conta daquilo, os lançamentos fiscais feitos contra o Estado por falha nos recolhimentos das contribuições previdenciárias não apresentam, como acréscimos legais, a incidência de multa.

Se a multa é pessoal, fica descartada a possibilidade da Administração pagá-la pelo autuado para, posteriormente, descontar seu valor de seus rendimentos.

Quanto à procedência do auto de infração, existem alguns argumentos em contraposição, inclusive já argüidos pelo autuado em instância administrativa, a saber:

- (i) A autuação não foi precisa, pois o relatório contém dados de origem não detalhada, o que dificulta a elaboração de defesa já que o aparelho burocrático requer muitas especificidades para a identificação de situações especiais – como é o caso da fonte de informações de onde surgiu, por exemplo, a quantidade de segurados reputados obrigatórios, em cada órgão;
- (ii) A divergência entre os dados trazidos pelo relatório de autuação e os dados cadastrais dos órgãos públicos, fonte oficial de informações para o desempenho de qualquer atividade a ele relacionada, em muitas ocasiões muito distantes um do outro;
- (iii) A inexistência legal do critério de aplicação da multa utilizado pela fiscalização previdenciária, com ofensa ao art. 112 do Código Tributário Nacional;
- (iv) O estrito cumprimento de dever legal, por parte do autuado, que deixou de consignar nomes nas GFIP's em razão da discussão judicial a respeito da própria obrigação principal – filiação ao RGPS de pessoal de regime especial e servidores ocupantes de cargos comissionados – e em função de liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo Estado do Amazonas (proc. n.º 1999.32.00.002604-6).

Mesmo diante daqueles pontos, não estamos convencidos de sua aptidão para derrubar o auto em sede administrativa.

A propósito, pelo teor da Decisão-Notificação nº 03.401.4/0242/2006, é evidente que todos aqueles argumentos já foram rejeitados pela autoridade administrativa julgadora. Nada impede sejam eles repetidos judicialmente, após esgotada a instância administrativa. Na verdade, somente o Judiciário seria capaz de derrubar o auto de infração.

Contudo, o Estado do Amazonas nada poderá fazer em defesa direta do autuado, a este cabendo promover os meios judiciais por sua conta própria.

Por outro lado, fica o Estado do Amazonas obrigado a corrigir as GFIP's do período, tarefa que a Secretaria da Fazenda deve assumir definitivamente, contando com a colaboração da PGE.

Por tudo que foi exposto, reputamos respondidos os questionamentos formulados pela SEFAZ e submetemos este parecer à censura.

**PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO/
PGE**, em Manaus, 11 de dezembro de 2006.

LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
Procuradora do Estado

PROCESSO N. 4693/06-PGE

INTERESSADA: Secretaria da Fazenda - SEFAZ.

ASSUNTO: Consulta sobre a legitimidade do auto de infração nº 35.886.100-4 que impõe ao ex-secretário, Alfredo Paes dos Santos, uma multa pela não apresentação das GFIP's no período de 03/99, 05/99 a 07/99, 11/00 a 01/01 e 03/01.

DESPACHO

ACOLHO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 12/2006-PROCONT/PGE, exarado pela Procuradoria Luciana Guimarães Pinheiro Vieira.

Ressalto, que em situações análogas (processos nºs 1420/2005-PGE e 1434/2005-PGE) existem manifestações exaradas por esta Chefia, aprovadas pelo Exmo. Procurador-Geral do Estado, no sentido da responsabilidade pessoal do dirigente, nos termo do art. 41 da Lei n. 8.212, de 24.07.91, assim como da possibilidade do Estado orientá-lo na elaboração da defesa administrativa e intervir em ação judicial proposta pelo dirigente autuado, na condição de assistente, face a comunhão de interesse.

Encaminhe-se os autos ao Gabinete do Exmo. Procurador-Geral do Estado, com as cautelas de praxe.

PROCONT/PGE, 13 de dezembro de 2006.

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

PROCESSO N. 4693/06-PGE**INTERESSADA:** Secretaria da Fazenda - SEFAZ.**ASSUNTO:** Consulta acerca da legitimidade do Auto de Infração
n. 35.886.100-4.**DESPACHO**

APROVO, por seus jurídicos fundamentos, o Parecer n. 12/2006-PROCONT/PGE, da Procuradora do Estado Luciana Guimarães Pinheiro Vieira, acolhida pela Procuradora-Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário-PROCONT/PGE, Dr.^a Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato.

ENCAMINHEM-SE os autos à interessada.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
Manaus, 15 de dezembro de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO n.º: 0502/06 – PGE e proc. n. 07522/05-8 - SEFAZ
INTERESSADO: Forest Trade Com Ser Imp e Exp Ltda
(07.000.811-6)

ASSUNTO: Análise de pedido genérico de Revisão de Ofício

PARECER N. 069/ 2006 – PRODACE/PGE

Ementa: TRIBUTÁRIO. INCENTIVOS FISCAIS. CORREDOR DE IMPORTAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. CONSULTA. CONVÊNIO 50/99. PROVA. DECADÊNCIA. LIMITES OBJETIVOS DA REVISÃO DE OFÍCIO.

- Praticando o contribuinte operação em desacordo às regras dos incentivos fiscais, deve ser glosada a escrita fiscal que indevidamente se beneficiou dos mesmos.
- As vedações a determinadas condutas do contribuinte podem ser explícitas, ou implícitas, quando decorrentes da inconciliabilidade entre tais condutas e aquelas exigidas pela legislação.
- Somente a *consulta em matéria tributária*, formal e em nome do interessado, tem o condão de caracterizar a boa-fé do mesmo, acarretando-lhe benefícios quando da apuração do tributo devido sobre a matéria consultada. Eventuais consultas obtidas “verbalmente”, junto a gabinetes de servidores sem competência legal para tanto, são juridicamente inexistentes.
- O benefício da redução de alíquota, decorrente do Convênio ICMS n. 50/99, aplica-se somente (1) se o Convênio encontrar-se expressamente incorporado à legislação estadual; (2) se os veículos comercializados corresponderem ao NCM/SH abrangido pelo Convênio; e (3) se houver prova de adesão das partes envolvidas à sistemática do Convênio, mediante *Termo de Acordo*.
- A competência do CRF para a *revisão de ofício* cinge-se às matérias e razões de pedir (*causae petendi*) sugeridas pela PGE.

I - RELATÓRIO

Trata-se de requerimento formulado em nome da empresa atuada em epígrafe, no qual solicita a reconsideração

do despacho que acolheu o Parecer n. 044/06, que opinou pelo indeferimento do pedido original de *revisão de ofício* tendente ao cancelamento total do AINF.

Conforme já analisado no Parecer aprovado que opinou pelo indeferimento da pretensão, *"o AINF foi lavrado em virtude de a empresa 'não ter efetuado o desembaraço aduaneiro de suas importações em território amazonense', sendo, por isso, cobrada uma diferença de ICMS entre as alíquotas de 17% e o recolhimento pela alíquota de apenas 6% (vide demonstrativos do débito)"*.

Em outras palavras, *"o que se extrai da descrição do fato gerador, do demonstrativo anexo ao AINF, e dos esclarecimentos subsequêntes (réplica fiscal e informação fiscal), é que a autuação baseia-se na interpretação do Fisco no sentido de que, sem negar a movimentação comercial declarada pela própria autuada, contesta que não poderia a mesma ter-se valido dos benefícios fiscais conhecidos por "corredor de importação", eis que os mesmos estariam adstritos apenas às importações efetuadas diretamente no território amazonense, excluídas, assim, as operações de "importação indireta", como aquelas confessadamente praticadas pela autuada (fls. 010), onde a importação se dá através do território de outra unidade federativa, e a venda da mercadoria, feita para empresa situada fora do Amazonas, é entregue diretamente a esta, sem o trânsito da mercadoria pelo território amazonense"*.

Rejeitados todos os argumentos inicialmente aventados pela autuada (porque, efetivamente, infundadas as alegações de "cerceamento de defesa" ou de "duplicidade"), retornou a autuada com novos (diferentes) argumentos:

- 1) Que, *"quando iniciou suas atividades neste Estado, esteve na Secretaria de Fazenda, onde expôs a logística de suas operações, e foi lhe dito que ao amparo da legislação vigente à época, nada havia que a impedisse de realizar a importação de suas mercadorias (VEÍCULOS) por outra Unidade da Federação, sendo esta uma prática comum e exercida por dezenas de outras empresas do ramo"*;
- 2) Que a obrigação de desembaraçar na repartição aduaneira localizada no Estado do Amazonas para fins de realizar

operações com o regime do corredor de importação somente foi estabelecida no disposto no art. 3º, III, do Decreto n. 21.750, de 20/03/01, e que, portanto, antes de tal diploma a operação praticada (importação "indireta") seria legítima;

3) Que os prazos de vencimento adotados pelo demonstrativo anexo ao AINF estariam errados, consignando um ano a mais para o vencimento de cada um dos tributos cobrados, e que tal erro caracterizaria cerceamento de defesa, por dificultar "o entendimento da matéria para a elaboração da defesa";

4) Que, mesmo que fosse correto desconsiderar os benefícios do *corredor de importação*, o Fisco teria errado ao apurar a diferença devida, pois a alíquota normal para os produtos vendidos seria 12%, e não 17%, por força do Convênio n. 50/99;

5) Que o AINF foi lavrado em 23/02/05, verificando-se, com isso, a decadência de parte dos períodos cobrados.

Com o fito de subsidiar melhor a análise desta Especializada, solicitou-se (prom. 343/06) o pronunciamento da SEFAZ/AM sobre (1) a alegação da autuada de que, informalmente, teria havido orientação favorável às suas operações de "importação indireta"; e (2) sobre a alegada aplicabilidade, *in casu*, dos benefícios do Convênio ICMS n. 50/99.

Em resposta à solicitação, veio informação prestada pelo então Secretário Executivo da Receita, onde:

a) Concorda, em detrimento do Fisco que o remunera, e de quem é representante, com a tese da autuada, mesmo havendo tese contrária;

b) Afirma que a Secretaria Executiva, antes do Dec. 21.750/01, "*prestava orientação no sentido de que o desembaraço aduaneiro ocorrido em outra unidade da Federação não implicaria na impossibilidade de utilizar o regime especial do Corredor de Importação*";

c) Julga que a autuada não seria beneficiária do Convênio n. 50/99, pois tal diploma exigiria a celebração de *Termo de Acordo* cuja existência não foi detectada na SEFAZ/AM.

É o sucinto relatório.

II FUNDAMENTAÇÃO

Sra. Procuradora-chefe, procedendo à análise do processo e das razões do requerimento, tem-se o seguinte:

I – Sobre a 1ª alegação (de que suas operações constituíam praxe no comércio local, e que recebera orientação oficiosa, na SEFAZ, de que suas operações seriam legítimas).

Quanto a esse primeiro argumento, mesmo que fosse verídico, não foi provado, nem tem efeitos jurídicos, pois, segundo o próprio relato, teria sido informação verbal.

A Autuada parece esperar, com tal afirmação, que a Administração, em virtude de tais fatos (supostos), estivesse impossibilitada de aplicar corretamente a legislação tributária.

Como se sabe, num regime de Direito Público, o que envolve o Direito Tributário e o Direito Administrativo, é basilar o princípio da legalidade: tudo na Administração é feito por força de lei que determine a prática dos atos.

Assim, pouco importa se este ou aquele contribuinte usufruiu, em decorrência de equívocos ou omissões do passado, benefícios que a lei não lhe dava. **A omissão, o engano, o equívoco, o erro, a incompetência, ou mesmo a corrupção, não têm o condão de gerar direito adquirido:** o que é contrário à lei é nulo de pleno direito e, portanto, nunca produziu efeitos válidos no mundo jurídico.

Em outras palavras, o contribuinte não pode esperar que uma prática errônea perante a legislação tributária se convalide só porque o Fisco não agiu para impedi-lo na época. Muito pelo contrário, o Fisco deveria mesmo é agir, tão-logo se apercebesse do problema.

A única hipótese, em matéria tributária, na qual o erro do Fisco gera direito adquirido para o contribuinte é no caso de interposição da chamada *consulta*. Realmente, a legislação

aplicável (art. 163 e sgs. do Dec. n. 4.564/79) determina uma série de benefícios ao contribuinte de boa-fé orientado por consulta expressa, formulada em seu próprio nome (art. 167). Mas prevê também que a Fazenda pode mudar a orientação anteriormente dada (art. 167, § 2º), e que tais efeitos benéficos não surtirão efeitos se a consulta for *"formulada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com o fato de seu objeto, ou após vencido o prazo legal para cumprimento da obrigação a que se referir"* (art. 169, III).

No entanto, apesar de termos perguntado diretamente da SEFAZ se há alguma consulta sobre o tema (prévia, contemporânea aos fatos geradores), a resposta foi o silêncio a respeito. A conclusão há de ser no sentido de que simplesmente não existe nenhuma.

Dito de outro modo, não há nenhum pronunciamento oficial, vinculante, da Administração, em favor da tese da Autuada. Esta procura socorro em alegações que simplesmente são impossíveis de se provar, justamente porque não-oficiais, verbais, o que lhes confere caráter de mero "achismo" por parte do servidor que eventualmente tenha dado resposta a uma tal consulta oficiosa, "informal". E mesmo que conseguisse provar essa "orientação" informal que afirma ter sido dada equivocadamente pelo órgão SEFAZ (e não por esse ou aquele servidor), repita-se que isso não tem o condão de elidir a obrigação de pagar o tributo.

Por fim, mencione-se que também a afirmação sobre a possível existência de outras empresas, que tenham praticado as mesmas operações, não tem o condão de beneficiar a autuada em nada. Primeiro porque também é fato alegado e não provado. E segundo porque, mesmo que fosse verdade, o costume não se sobrepõe à legislação tributária.

¹ Art. 167 Omissis

(...)

§ 2º A mudança de orientação adotada em solução de consulta anterior, prevalecerá em relação ao consulente, após cientificado este da nova orientação.

II – Sobre as declarações dadas pelo Secretário Executivo da Receita.

Na esteira do que se disse no tópico anterior, é impossível não se pronunciar sobre as afirmações feitas pelo sr. Secretário Executivo da Receita.

Em primeiro lugar, de ver-se que referido servidor afirmou, concordando com a empresa autuada, que **“a Secretaria Executiva da Receita”**, antes do Dec. 21.750/01, **“prestava orientação no sentido de que o desembaraço aduaneiro ocorrido em outra unidade da Federação não implicaria na impossibilidade de utilizar o regime especial do Corredor de Importação”**.

A resposta, impressionante à primeira vista, merece sérios reparos.

Quando perguntamos qual era a orientação dada pela SEFAZ no passado, sobre o tema, estava implícita na pergunta qual a orientação **oficial**, dada **formalmente**, **por escrito**, e pelas **vias legítimas**.

A Administração não faz absolutamente NADA, oficialmente, sem processo, sem coisas escritas, numeradas, controladas e arquivadas. E isso tudo é decorrência da aplicação do princípio da legalidade e da publicidade, pois o que é verbal não é passível de prova e, conseqüentemente, de controle.

Portanto, se bem analisada, a afirmação do sr. Secretário Executivo da Receita cai no vazio, em termos probatórios, pois ao lhe ser perguntado qual a orientação (oficial) do órgão fazendário, o mesmo respondeu de forma vaga que um órgão (a Secretaria Executiva da Receita), “prestaria orientação” no sentido desejado pela ora autuada.

Ora, quem prestava tal orientação? A Secretaria Executiva da Receita é um cargo comissionado, cujos titulares mudam com certa freqüência. Como o Secretário Executivo atual pode falar sobre todo o período que o antecedeu (a autuada pratica tais operações desde 1997)?

Como era prestada tal orientação? Em que processos foi feita? A Secretaria Executiva da Receita não é órgão de consulta e, além disso, é titulado por uma única pessoa. Sendo assim,

como podia "prestar orientação"? No gabinete do seu titular, recebendo pessoalmente contribuintes que vinham "se consultar"?

Perguntou-se se a Secretaria de Fazenda (como um todo) orientou (de modo oficial) empresas na forma alegada pela autuada. Todavia, o sr. Secretário Executivo da Receita dá uma resposta que, com todo o respeito, só pode ser aplicável à sua pessoa. Não é possível que o sr. Secretário fale em nome de todos os servidores da SEFAZ. Realmente, se a resposta não é oficial, embasada em documentos, e documentos em nome da interessada (a empresa autuada), então não é possível admitir que o sr. Secretário Executivo da Receita diga que todos os Auditores-Fiscais do Estado do Amazonas partilhassem de sua opinião pessoal sobre o assunto.

Para agravar ainda mais a validade da afirmação feita, repita-se o teor da afirmação feita pelo sr. Secretário Executivo da Receita:

"antes da edição do referido Decreto (n. 21.750/01), esta Secretaria Executiva da Receita" *prestava orientação no sentido de que o desembaraço aduaneiro ocorrido em outra unidade da Federação não implicaria na impossibilidade de utilizar o regime especial do Corredor de Importação".*

Com a devida vênia, a afirmação é 100% INVERDÍDICA. É absolutamente IMPOSSÍVEL que a Secretaria Executiva da Receita prestasse qualquer orientação antes da edição do Decreto 21.750 de 20/03/01, pelo simples fato de que **esse órgão (a Secretaria Executiva da Receita) só foi CRIADO APÓS tal Decreto, no Regimento Interno de março de 2002** (Dec. 22.518).

Realmente, o art. 1º do Decreto que o aprovou (n. 22.518/01) menciona claramente o anterior: o Regimento aprovado pelo Decreto n. 19.710, de 18/03/99. Em nenhuma parte desse Decreto se vê a existência de uma "Secretaria Executiva da Receita". Tampouco se vê no Regimento que o antecedeu, aprovado no Dec. n. 18.082, de 15/08/97 (vide cópias anexas a esta Promoção).

A propósito, no art. 4º, XV, do Regimento de 2002, vê-se que a competência da Secretaria Executiva da Receita é *"supervisionar a execução das atividades dos Departamentos de Arrecadação, de Tributação, de Fiscalização, de Análise e Revisão Fiscal e de Informações Econômico-Fiscais"*. Em nenhum momento se observa a competência para *"responder às consultas formuladas pelos contribuintes"*, esta prevista expressamente na competência da Auditoria Tributária (art. 4º, VI), que não é órgão subordinado à Secretaria Executiva da Receita, motivo pelo qual não há falar-se em possível *"avocação"* de competência.

Em suma, sra. Procuradora-chefe, parece-nos extremamente infeliz a *"resposta"* dada pelo sr. Secretário Executivo da Receita, pois além de não acrescentar nenhum elemento jurídico e válido ao debate, ainda milita contra o Fisco, na medida em que se presta apenas a ser, certamente, explorada pelos advogados da empresa autuada como argumento (falso) contra a Fazenda Pública.

III – Sobre a 2ª alegação (de que a vedação legal às suas operações só vieram com o advento do Decreto Estadual n. 21.750/01).

Quanto ao segundo argumento, de que a vedação de aplicabilidade do *corredor de importação* às *"importações indiretas"* só teria vindo com o Dec. N. 21.750/01, parece-nos, que tal norma teria vindo apenas explicitar uma exigência que decorria, implicitamente, da própria sistemática do benefício. Assim, mesmo que não houvesse, antes de 2001, a proibição expressa, o ordenamento já indicava a não-aplicabilidade ora em comento.

Com efeito, restou plenamente claro que o contribuinte efetuou operação não lícita para fins de gozo dos incentivos fiscais de *"Corredor de Importação"*. Tal figura foi criada sob os auspícios da Zona Franca de Manaus, o que se depreende do próprio dispositivo instituidor do incentivo:

Lei 2.084/91:

Art. 1º Equipara-se a industrial, para exigência do ICMS, o estabelecimento importador de mercadorias estrangeiras

adquiridas sem os favores fiscais previstos no Decreto-Lei nº 288/67 e legislação complementar.

Ou seja, a figura do Corredor de Importação consiste exatamente em equiparar (portanto, em igualar, para determinados fins, coisas distintas) às indústrias os estabelecimentos comerciais que não tenham, em princípio, os favores da ZFM (previstos no Decreto-Lei nº 288/67 e legislação complementar). Portanto, foi criado para atrair empresas para o Amazonas e desenvolver, paralelamente, não só o comércio, mas também atividades periféricas à prática comercial, como o transporte, seguro etc.

Demais disso, como todo incentivo fiscal, é imperativo que, para evitar fraudes, seja passível de rigorosa fiscalização, física e documental. Nesse diapasão, inadmissível se mostrava a prática da "importação indireta", onde a empresa juridicamente se estabelece num local apenas para usufruir de benefícios fiscais, mas realiza, de fato, suas atividades comerciais em território distinto. Como fiscalizar tal atividade?

Tanto não era ordinária tal prática, que a autuada, para o recolhimento do tributo que julgava devido, utilizou-se de GNREs, ou seja, Guias de Recolhimento de Tributos Estaduais, as quais, desde o início, servem a um fim bastante específico, que é o recolhimento de ICMS por contribuinte cujo domicílio seja diverso daquele da unidade federada beneficiária do pagamento².

² Convênio SINIEF 006/89:

Art. 88. Fica instituída a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, modelo 23, anexo, que será utilizada para recolhimento de tributos devidos a unidade federada diversa da do domicílio do contribuinte, e conterà o seguinte:

Redação anterior, dada ao art. 88 pelo Ajuste 03/93, efeitos de 01.05.94 a 31.12.97.

Art. 88. Fica instituída a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNR, modelo 23, que será utilizada para recolhimento de tributos devidos a Estado diverso ao do domicílio do contribuinte, e conterà o seguinte:

Redação anterior dada pelo Decreto nº 21.616/2000, efeitos de 1º.01.2001 a 1º.12.2003.

d) até o dia 10 do segundo mês subsequente pelos estabelecimentos inscritos na categoria especial da Lei nº 2.084, de 25 de outubro de 1991;

Redação original:

d) até o último dia útil do primeiro decêndio do segundo mês subsequente pelos estabelecimentos inscritos na categoria especial da Lei n.º 2.084, de 25 de outubro de 1991;

Ora, esse não era, obviamente o caso da Requerente, cujo domicílio era exatamente o Amazonas.

Além desse, diversos outros elementos a comprovar a inviabilidade da operação:

(1) O art. 2º da Lei n. 2.084/91 (que instituiu o *corredor de importação*): "O ICMS (...) fica diferido para o momento de sua saída do estabelecimento importador".

(2) O art. 4º da mesma Lei n. 2.084/91: "A base de cálculo (...) será obtida mediante a conversão da moeda de origem (...) à taxa de câmbio do dia do efetivo desembaraço na SECON (...)".

(3) Art. 3º do Dec. 16.757/95: "Este Decreto (...) produzindo efeitos sobre o *desembaraço de documentação fiscal perante a Secretaria de Estado da Fazenda* relativo à operação de importação de mercadoria estrangeira, ocorrido a partir de 22 de novembro de 1995".

Ora, se as mercadorias sequer *entravam no estabelecimento importador*, se as mesmas, ou a documentação correspondente, não eram *desembaraçadas na Secretaria de Economia* (posteriormente *Secretaria de Fazenda*) no Amazonas, como admitir que a prática da autuada estava "conforme a lei", se tal prática era **INCONCILIÁVEL** com tais procedimentos? E como a autuada pode alegar desconhecer tais exigências, se, por serem legais, são de conhecimento público, mormente por quem vai trabalhar com tais mecanismos fiscais?

Pois bem, esses e outros dispositivos deixam claro que nunca se cogitou de incentivar uma empresa com o "*corredor de importação*", sem que houvesse, de fato, importação no Amazonas. Julgar diversamente seria mera maquiagem, pois a empresa se estabelece juridicamente aqui, mas, de fato, atua em outros estados, o que configuraria em burla à lei.

Portanto, em sua premissa básica, a autuação parece mostrar-se perfeita, motivo pelo qual discorda-se dos argumentos da autuada nesse ponto.

III – Sobre a 3ª alegação (de que os prazos de vencimento adotados pelo demonstrativo anexo ao AINF estariam errados, consignando um ano a mais para o vencimento de cada um dos tributos cobrados, e que tal erro caracterizaria cerceamento de defesa, por dificultar “o entendimento da matéria para a elaboração da defesa”).

Nesse particular, discordamos também da autuada.

É verdade que as datas de vencimento consignadas no demonstrativo anexo ao AINF estão equivocadas, na medida em que registram o dia e mês corretos, mas um ano após a data correta.

Por exemplo, o período de referência 10/1999, cujo vencimento seria em 10/12/1999 (art. 107, II, “d”, do RICM/99³), está consignado no demonstrativo com vencimento em 10/12/2000.

Se bem analisado, o erro está presente apenas na primeira página do Demonstrativo (de um total de 02 páginas), que registra os débitos de referências 10/1999 a 12/2001.

Não obstante, apesar de concordarmos com a existência do erro, discordamos das consequências que a autuada quer extrair do mesmo.

Com efeito, é sabido que, em tema de nulidades processuais, vigora o *princípio do prejuízo ou da transcendência*, ou, como é mais conhecido, pela fórmula francesa *pas de nullité sans grief*. Segundo tal princípio, para que uma nulidade alegada seja acolhida deve-se provar que dela decorreu prejuízo para quem a alega. Do contrário, simplesmente não haverá interesse justificável da parte que o faz.

³ Art. 107.

O recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, far-se-á nos seguintes prazos:

(..)

II - a partir do último dia do mês em que ocorreu o fato gerador:

(...)

d) até o dia 20 (vinte) do mês subsequente pelo estabelecimento inscrito na categoria especial de que trata o art. 24, da Lei nº 2.826, de 29 de setembro de 2.003;

Realmente, esse é o caso da autuada/requerente. Alega uma nulidade que, na realidade, só lhe trouxe benefícios, na medida em que acarretou o cômputo de juros de mora por um período menor que o realmente atrasado. Basta ver os índices aplicados para notar que a supressão de 12 meses nas datas de vencimento refletiu na data de início da fluência da mora, tal como considerada pelo sr. AFTE autuante, de sorte que o tributo de JAN/01, por exemplo, teve aplicada uma mora igual ao tributo de JAN/02 (0,5219). E assim por diante.

Portanto, a autuada quer ver reconhecida a nulidade em virtude de um erro que só faz beneficiá-la, o que não é lógico.

Além disso, em nenhum momento, nas defesas apresentadas, a autuada demonstrou qualquer dúvida acerca da identificação do tributo que estava sendo cobrado, nem dos motivos para tal cobrança, o que, a nosso ver, derruba por terra a afirmação de que tal equívoco teria dificultado "*o entendimento da matéria para a elaboração da defesa*".

Com isso, faz-se devido, isso sim, redistribuir esse PTA ao AFTE autuante, a fim de que lavre termo aditivo corrigindo os juros dos meses equivocados, desde que não atingidos pela decadência (o que, na presente data, já ocorreu com alguns).

IV – Sobre a 4ª alegação (de que, mesmo que fosse correto desconsiderar os benefícios do corredor de importação, o Fisco teria errado ao apurar a diferença devida, pois a alíquota normal para os produtos vendidos seria 12%, e não 17%, por força do Convênio n. 50/99).

Mais uma vez, ousamos discordar dos argumentos apresentados.

A autuada/requerente afirma que, independente dos benefícios fiscais do *corredor de importação*, seria beneficiária também do benefício de redução da base de cálculo, a fim de que a carga tributária sobre suas operações ficassem no patamar de 12%, tudo isso em virtude do Convênio n. 50/99.

Como já havíamos apurado anteriormente, detectamos que tal Convênio foi incorporado à legislação tributária estadual

através do Decreto n. 20.330/99, que, no entanto, limitou seus efeitos ao período de 01/09/99 a 31/10/99, bem como o condicionou "à adoção do regime de substituição tributária, mediante celebração de Termo de Acordo" (Cláusula segunda do Convênio e art. 2º, § 1º do Decreto).

Prorrogados os efeitos do Conv. 50/99, até 31/10/00, pelo Conv. 71/99, foi este último também incorporado à legislação amazonense pelo Dec. N. 20.601/99, que fez a extensão dos efeitos sob as mesmas condições anteriores. Até onde se sabe, essa foi a última incorporação de tal Conv. 50/99 no Amazonas.

Por outro lado, de ver-se que o Conv. 50/99 só se aplica sobre veículos classificados em NBM/SH específicos, de sorte que não podemos avaliar quais ou quantos (Todos? Alguns? Nenhum?) veículos comercializados pela Autuada poderiam enquadrar-se nesse rol.

Portanto, vê-se que a concessão dos benefícios do Conv. 50/99 foi algo bastante limitado: no tempo e nas suas hipóteses de cabimento. E como não há nenhum indício de que a Autuada/Requerente estivesse enquadrada para auferir tais benefícios, não merece acolhida a alegação de que a diferença de ICMS apurada estaria equivocada por não levar em consideração a aplicação da alíquota de 12% supostamente aplicável por força do Conv. 50/99.

V – Sobre a 5ª alegação (de que o AINF foi lavrado em 23/02/05, verificando-se, com isso, a decadência de parte dos períodos cobrados).

Esta alegação, a nosso ver, merece deferimento.

Realmente, é indiscutível o prazo decadencial de 5 anos para o Fisco lançar o crédito tributário. No caso em tela, se contarmos o prazo decadencial a partir "*do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*" (art. 173, I, do CTN), chegaremos à conclusão de que as parcelas referentes ao ano de 1999 foi atingida pela decadência, pois o prazo final para as mesmas foi 01/01/05.

As demais parcelas, contudo (de JAN/00 em diante), restam incólumes, pois poderiam ter sido objeto de lançamento (as de 2000) até 01/01/06.

VI – Dos limites objetivos da Revisão de Ofício.

Ressalte-se que a figura da *revisão de ofício* é instituto de certa forma assemelhado à *ação rescisória*, existente no processo civil, de sorte que a ela deve-se aplicar, *mutatis mutandis*, os mesmos lineamentos básicos na sistemática. Em outras palavras, quer-se frisar que a competência do CRF está adstrita apenas à *causa de pedir* da presente *revisão de ofício*, até porque, repita-se, é uma medida promovida pela Procuradoria-Geral do Estado, segundo os motivos que esta PGE acolher, e não de acordo com as teses eventualmente argüidas pelo contribuinte/devedor.

A explicação acima serve apenas para frisar que submetidas à *revisão* junto ao CRF estarão apenas as matérias que a PGE acolher como passíveis de provocar a *revisão*, excluindo-se completamente qualquer possibilidade de novo julgamento sobre as demais matérias, expressamente rejeitadas.

Não fosse assim, e a apreciação que a PGE fizesse das razões do contribuinte/devedor não tivesse nenhuma prevalência, seria o mesmo que destinar à Procuradoria um papel de mero enfeite no processo, o que não seria nem coerente, muito menos verdadeiro.

Demais disso, veja-se que, mesmo na figura da *apelação* do processo civil, vigora o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, isto é, o órgão julgador de 2ª instância só julga as matérias sobre as quais expressamente as partes solicitem nova decisão.

Assim, não há dúvidas de que o presente pedido de *revisão*, por ser recurso desta PGE, está limitado às matérias acolhidas segundo nosso convencimento, conforme exposto acima.

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, tem-se que, dos quatro motivos de *revisão de ofício* apresentados pela Interessada, deve ser acolhida apenas a argumentação referente à decadência do lançamento das parcelas referentes ao exercício de 1999.

No mais, a autuação mostra-se perfeita em seu pressuposto de fundo, qual seja, o raciocínio de que sua logística

de operações (importações que só ficticiamente ocorriam no Amazonas) não lhe habilitava à fruição do incentivo fiscal de *corredor de importação*, simplesmente porque, mesmo antes da vedação explícita, o ordenamento jurídico, desde o início, estabelecia exigências que demonstravam a impossibilidade de harmonização entre a sistemática empregada e as exigências que as normas faziam (desembaraço físico junto à SEFAZ/AM etc.).

É bem verdade que a Requerente parece ter razão também quanto à irregularidade consubstanciada no erro de datas de vencimento expressas na primeira página do demonstrativo anexo ao AINF. Porém, não tem razão quanto às consequências que pretende ver reconhecidas, pois o erro não lhe prejudica. Ao contrário, beneficia-lhe, na medida em que acarreta erro, para menor, no cômputo de juros de mora. Assim, impõe-se que o CRF, reconhecendo o equívoco, autorize a lavratura de Termo Aditivo.

Ex positis, somos de parecer de que o presente processo deve ser enviado ao egrégio Conselho de Recursos Fiscais – CRF, para, em sede de *Revisão de Ofício*, apreciar APENAS: (1) a decadência das diferenças referentes ao exercício fiscal de 1999; bem como (2) o reconhecimento, sem declaração de nulidade, do erro quanto às datas de vencimento das diferenças exaradas na primeira folha do demonstrativo anexo ao AINF (diferenças relativas a 2000 e 2001), com determinação de lavratura de AINF complementar para as diferenças, a favor do Fisco, dos juros de mora.

Dada a proximidade da decadência para as diferenças de juros moratórios referentes ao ano de 2000, requer-se tramitação URGENTE para tal *revisão de ofício*, para que se conclua antes do final do corrente ano (2006).

É o parecer, *sub censura*.

**PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA
EXTRAJUDICIAL – PRODACE/PGE**, em Manaus (AM), 22 de agosto de 2006.

RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
Procurador do Estado

PROCESSO N. 0502/06 – PGE e proc. n. 07522 / 05-8 - SEFAZ
INTERESSADO: Forest Trade Com Ser Imp e Exp Ltda
(07.000.811-6)

DESPACHO

ACOLHO o Parecer n. 069/2006-PRODACE/PGE, da lavra do emidente Procurador do Estado Dr. Rômulo de Souza Carpinteiro Péres por seus próprios e legítimos fundamentos.

Conforme fartamente explicado pelo ilustre Procurador, o pedido de reconsideração formulado pela empresa convalida a deflagração de revisão de ofício, a cargo da PGE, com relação a um único aspecto - qual seja- a decadência parcial.

Por outra banda, pende de revisão, a favor do fisco estadual, a apuração de valores a título de juros moratórios.

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

PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA
EXTRAJUDICIAL-PRODACE/PGE, em Manaus, 28 de agosto de 2006.

ANGELA BEATRIZ G. F. DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado - Chefe da PRODACE/PGE

PROCESSO N. 0502/06 – PGE

INTERESSADO: Forest Trade Com Ser Imp e Exp Ltda
(07.000.811-6)

ASSUNTO: Análise de pedido de revisão de ofício

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 069/2006-PRODACE/PGE, do Procurador do Estado Rômulo de Souza Carpinteiro Péres, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria da Dívida

Ativa e Cobrança Extrajudicial-PRODACE/PGE, Dra. Ângela Beatriz G. F. de Oliveira.

ENCAMINHEM-SE os autos ao Conselho de Recursos Fiscais.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 30 de agosto de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA
Procurador-Geral do Estado

PROCESSO N: 1823 / 06 – PGE e 08103/03-3

INTERESSADO: Fábio Coutinho de Farias e Cunha e Isabel Cristina Rodrigues Santiago, ex-sócios da empresa Bar e Restaurante Quaternário Ltda (04.144.732-8)

ASSUNTO: Pedido de exclusão de ex-sócios da lista de co-responsáveis tributários da CDA

PARECER N. 085/2006-PRODACE/PGE

Ementa: TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. ICMS-NORMAL. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO SÓCIO DO ROL DE RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS. DEFERIMENTO.

- A responsabilização de sócios é possível em diversas situações previstas nos arts. 133 a 135 do CTN (sucessão, extinção de sociedade de pessoas, e *infração de lei*, verificável, e.g., quando ocorre *dissolução irregular* da empresa).
- A responsabilidade por sucessão está condicionada a *obrigações tributárias* ocorridas até a data da mesma.
- Segundo jurisprudência do STJ, o ICMS apurável em regime normal (por períodos de tempo) tem seu fato gerador "diferido" para o dia de apuração de eventual saldo devedor na conta corrente fiscal.
- Sendo a sucessão *in casu* anterior à apuração dos tributos ora cobrados, não há falar em responsabilidade dos ex-sócios alienantes.

I - RELATÓRIO

Trata-se de requerimento em nome dos Interessados em epígrafe, no qual requerem a exclusão de seus nomes da CDA que resultou em execução fiscal para a qual foram citados.

Embora não mencionem, a execução fiscal é a de nº 001.04.046377-0 (CDA 328/04), visto ser esta a única ajuizada.

Alegam não fazer mais parte do quadro societário da empresa BAR E RESTAURANTE QUATERNÁRIO LTDA.

Como prova do alegado, colacionam cópias (não autenticadas) do contrato de compra e venda do fundo de comércio, bem como da conseqüente alteração do contrato social, registrado na JUCEA em 01/04/02, onde os Requerentes retiram-se da sociedade.

A fim de assegurar plena segurança jurídica quanto aos documentos, bem como quanto à possibilidade de não haver outras alterações contratuais que pudessem afetar o juízo desta especializada, solicitou-se em promoção o fornecimento de cópias pela Junta Comercial do Estado do Amazonas – JUCEA.

Solicitou-se, igualmente, o envio do processo n. 14773/02-8, no qual os requerentes solicitaram, no Cadastro de Contribuintes do Amazonas, a baixa de seus nomes como sócios da empresa. O motivo da solicitação foi o fato de tal pleito estar até hoje sem decisão.

Respondida a diligência, viu-se que as cópias fornecidas não alteraram em nada a documentação já apresentada quando da interposição do requerimento.

É o sucinto relatório. Passo a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Intróito: significado e efeitos da presente análise

Antes de ferirmos o mérito do requerimento, cumpre esclarecer quais os fins e o alcance da presente análise, bem como os efeitos de eventual decisão favorável.

Os requerimentos dirigidos a esta PRODACE, feitos por sócios de empresas devedoras de tributos já em fase de cobrança executiva, devem ser interpretados como meros pedidos de exclusão de seus nomes da lista de co-responsáveis, integrante das Certidões de Dívida Ativa – CDAs, nunca como pedidos de não-responsabilização.

Isso porque a condição de *responsável* deriva da lei, ou seja, não cabe a esta especializada decidir se responsabilizará

ou não alguém que se encontre em uma das condições previstas *ex lege*, que fazem nascer a responsabilidade tributária. Além disso, não somos uma instância julgadora a determinar, conclusivamente, com força de coisa julgada, os fatos que envolvam a responsabilidade de um devedor.

Em outras palavras, eventual decisão favorável não constituirá um "direito adquirido" do Requerente, mesmo porque pode haver outros motivos ensejadores da condição de *responsável* que não sejam considerados quando da apreciação do pleito.

Ademais, há que se destacar ser pacífico nos Tribunais pátrios que: (1) A atribuição da condição de responsável independe de qualquer procedimento administrativo prévio, podendo ser feita pela mera indicação no processo; e (2) a presença do *responsável* na CDA é fato absolutamente dispensável para a execução fiscal.

É o que se extrai com clareza do seguinte aresto do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMAÇÃO PASSIVA.

As pessoas referidas no inciso III do art. 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsáveis por substituição, e, assim sendo, se lhes aplica o disposto no art. 568, V, do Código de Processo Civil, não obstante seus nomes não constarem no título extrajudicial.

Assim, podem ser citadas – e ter seus bens penhorados – independentemente de processo judicial prévio para a verificação da ocorrência inequívoca das circunstâncias de fato, aludidas no artigo 135, *caput*, do CTN, matéria essa que, no entanto, poderá ser discutida amplamente, em Embargos do Executado (art. 745, parte final, do CPC).

Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(STF, RE 93.491, 2ª T., 16.12.1980, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ n. 100, p. 1320. No mesmo sentido: RREE 99.551 (RTJ 106, p. 875); 96.414; 96.098; 100.920 (RTJ 115, p. 786); 108.127 (RTJ 122, p. 1081); 110.597 (RTJ 119, p. 910).

Portanto, mesmo que o presente Requerimento seja atendido, o resultado prático será apenas a exclusão do nome

dos requerentes da CDA, acarretando na não-responsabilização meramente *a priori*, resguardando-se o Fisco de situações em que “por aí” tenham de responder, o que ocorrerá mediante mero incidente processual de redirecionamento da execução, sem prévios atos.

II.2 – Da responsabilidade dos sócios, em tese

É sabido que a regra é que a empresa responda por seus débitos, com seu patrimônio, pois, como efetiva praticante dos fatos geradores, enquadra-se na condição de *contribuinte* do tributo. Entretanto, a lei tributária prevê que a sujeição passiva pode abranger também uma outra figura: a do *responsável*. É o que diz expressamente o art. 121 do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

No sentido da identificação de quem sejam os responsáveis tributários, o CTN dedica um capítulo específico a essa figura, cujo primeiro artigo define:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Bem interpretando o dispositivo, o ilustre IVES GANDRA destaca que o CTN define, no capítulo em tela, casos de

responsabilidade, porém não de modo exaustivo, remetendo aos legisladores municipais, estaduais e federal a **possibilidade** de criar outros casos, desde que nos moldes descritos no art. 128, isto é, recaindo sobre *"terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação"*:

"O artigo pretende consubstanciar uma norma geral formalizada em duas idéias básicas, a saber:

- 1) a responsabilidade tributária é aquela definida no capítulo;*
- 2) a lei, entretanto, pode estabelecer outros tipos de responsabilidade não previstos no capítulo, a terceiros."*

Como bem resumiu SACHA CALMON¹:

"A primeira conclusão a tirar é a de que o CTN não esgotou o assunto. Os artigos 129 a 138 tratam dos grupos mais importantes da responsabilidade por "transferência" (sucessão, terceiros etc.). As palavras inaugurais do art. 128 – "Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir..." – evidenciam que outras espécies, principalmente as de substituição, podem ser instituídas pela legislação ordinária das pessoas políticas da Federação. A lei a que se refere o CTN no art. 128 será federal, estadual ou municipal, conforme seja o caso e o interesse.

Aliás, nenhum artigo do CTN se presta tanto como este ao conceito de *lex legum*, ou lei sobre como fazer leis, como dizia Pontes de Miranda. Com efeito, pode o legislador ordinário estabelecer casos de responsabilidade "por substituição", desde que observados os preceitos condicionantes do art. 128:

- A) que a responsabilidade decorra de lei (lei escrita);
 - B) que seja expressa;
 - C) que envolva pessoa ligada obrigatoriamente ao fato jurígeno do "substituído" (liame jurídico ou econômico).
- (...)

¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 601/602.

O art. 128 é uma restrição ao poder de tributar. O destinatário da regra é o legislador. (...)."

Nesse diapasão, sempre que se indagar da figura do *responsável tributário*, deve-se investigar se a situação se enquadra em alguma das previsões do CTN ou de lei ordinária do ente político instituidor do tributo em questão.

Atendo-nos apenas às situações do CTN (porquanto aplicáveis, indistintamente, às relações tributárias de todos os entes políticos da República brasileira), tem-se a possibilidade de enquadramento dos sócios como *responsáveis* em virtude de um dos seguintes motivos:

1) Integral ou subsidiariamente (com o alienante), pela *sucessão* referida no art. 133²(alienação, a qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional);

2) Solidariamente, e na impossibilidade de exigência com relação ao *contribuinte*; pelos tributos que restarem impagos após a liquidação de sociedade de pessoas³, referida no art. 134, VII⁴;

² Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;
II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

³ Como bem ressalta LÉDA MARIA GUIMARÃES CUNHA (In Responsabilidade Tributária dos Sócios nas Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Rio de Janeiro. Editora Mauad, 1ª ed., 1999. p. 90), inclina-se "a maioria da doutrina pela inclusão da Sociedade por Quotas dentre as Sociedades de Pessoas (Spencer Vampré, Waldemar Ferreira, Carlos F. da Cunha Peixoto e Pontes de Miranda)".

⁴ Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

3) Pessoalmente, "*pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*" (art. 135⁵).

No que tange à terceira hipótese, vê-se que, quando houver *infração de lei*, é possível cogitar-se de responsabilidade tributária. Dentre as hipóteses mais comuns de *infração de lei* tem-se (1) a sucessão societária da empresa em curso de depauperamento, com a substituição por "laranjas"; e (2) a *dissolução irregular* da sociedade, ocorrendo, por exemplo, quando a empresa cessa suas atividades sem as formalidades exigidas, ou sem quitar seus débitos.

Quanto à segunda hipótese, já chegou a se manifestar o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE COMERCIAL. RESPONSABILIDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. INFRAÇÃO DA LEI E DO CONTRATO CARACTERIZADAS. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO GERENTE, POR DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS. LEGITIMIDADE, PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 135, INCISOS I E III, DO CTN:

Constitui infração da lei e do contrato, com a conseqüente responsabilidade do sócio gerente, o desaparecimento da sociedade sem sua prévia dissolução legal, e sem o pagamento das dívidas tributárias.

(STF – RE 115.652-0 – 2ª Turma – Rio de Janeiro – Rel. Min. Djaci Falcão – DJU de 23/03/88)

Mas não se imagine que apenas o sócio-administrador que pode ser responsabilizado em tais situações (*infração da lei*

⁵ CTN: Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

por *dissolução irregular*). Todos os sócios têm responsabilidade na escolha do administrador da empresa, bem como pela fiscalização de seus atos. As faltas na condução da empresa, mormente a dissolução da mesma sem quitação de débitos, constitui, inegavelmente, segundo anotam DINIZ MURTA⁶

⁶ MURTA, Antônio Carlos Diniz. *Responsabilidade Tributária dos Sócios*. 1. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001. p. 107/109.

"Indicar e aceitar um sócio como gerente é uma ação. Caso esta ação seja considerada mal realizada, com prejuízos para terceiros, haverá imprudência ou negligência por parte do sócio-quotista. Trata-se de uma situação típica de culpa in eligendo; quem escolhe mal, deve responder pelos atos do escolhido.

Culpa in eligendo, ou responsabilidade civil pela imprudência ou negligência na escolha do sócio-gerente será o primeiro ato social desenvolvido e perpetrado pelo quotista. Caso a sociedade que integre não recolha os tributos devidos, será em razão da desídia do sócio-gerente, por ele escolhido: quem escolhe mal deve responder por tal. Assim, se configuram os casos dos sócios-quotistas que escolhem, indevidamente, sócios-gerentes para o governo de suas sociedades, inclusive no tocante ao cumprimento das principais obrigações tributárias.

Ademais, uma vez constituída a sociedade com a indicação de seus sócios-gerentes, deverá o sócio-quotista observar, verificar e fiscalizar, com cuidado e atenção, o *modus faciendi* de administrar do sócio-gerente. Não poderá fechar os seus olhos para a ineficiência e a ilegalidade cometidas pelos administradores, entendendo que seu dever máximo deve ser o de, tão-somente, integralizar as quotas sociais; é vedado o comportamento passivo de qualquer contratante em uma sociedade. Como dito alhures, a sociedade, *qualquer que seja ela, é um contrato ou empreendimento de risco, do qual podem advir lucros ou prejuízos para seus componentes.*

Quando o sócio-quotista recebe dividendos da sociedade, ou seja, obtém efetivos ganhos, nada tem a reclamar do gerente. Ao contrário, ele o elogia e vangloria-se de sua ótima escolha para o gerenciamento dos negócios sociais.

De outra forma, se a sociedade passa a dar prejuízos, inclusive para terceiros, o sócio-quotista afirma nada ter a ver com isso, já que o seu dever de integralizar suas respectivas quotas foi devidamente cumprido, sendo a escusa da limitação de sua responsabilidade o seu principal manto protetor. Nada mais distante da realidade.

Ainda que seja uma das obrigações mais importantes, a integralização da quota social não encerra, definitivamente, as obrigações o sócio-quotista. Cumpre-lhe exercer vigilância em torno dos negócios sociais, bem como contribuir para as despesas necessárias à conservação dos bens sociais.

O caput do artigo 134 refere-se à eventual omissão cometida por sócios. Qual seria esta omissão? A ausência de fiscalização da parte do sócio-quotista em relação aos negócios sociais, comandados pelos sócios-gerentes.

Caso a sociedade deixe de cumprir seus deveres sociais em face do comportamento ilícito dos sócios-gerentes, caberá a estes responsabilidade por culpa, in casu, configurada culpa por negligência em face dos rumos sociais.

Será, então, operante a conhecida culpa in vigilando, uma vez comprovado o não-recolhimento do tributo por parte da sociedade, comandada pelo sócio-gerente, porém não devidamente fiscalizada pelos sócios que o elegeram.

e LORENS⁷, *culpa in eligendo* e *in vigilando*, ensejadoras inequívocas de responsabilidade, pois

"Em princípio, o sócio que recolhe os bônus lucrativos da sociedade mas não verifica o adimplemento dos tributos, locupletta-se e a fortiori comete o ilícito que faz surgir a sua responsabilidade."

(STJ, REsp. 399.318-RJ, 1ª T., j. 20.6.2002, Rel. Min. Luiz Fux, RSTJ, ano 15, (161): 47-153, jan. 2003, p. 145-148)

Apenas para enriquecer a discussão, observem-se os seguintes julgados da **Corte Suprema**, juntamente com os do STJ e outros tribunais:

Pelo exposto, podemos afirmar que o sócio-quotista poderá responder, na qualidade de responsável tributário, pelas obrigações tributárias inadimplidas pela sociedade (contribuinte) da qual participa, desde que a mesma se encontre liquidada e não haja possibilidade de localização de bens sociais para respaldar a cobrança executiva fiscal. Tal conclusão leva em consideração que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada é uma sociedade de pessoas, nos termos do artigo 134, V, VII, do CTN, e que o sócio-quotista responde por culpa, especificamente culpa in eligendo e culpa in vigilando, nos termos do caput do referido artigo."

⁷ LORENS, Júlio César. Responsabilidade do Sócio não-administrador na Sociedade Limitada. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 82/84.

"(...) Age com negligência sócio que não sabe escolher ou aceita e aprova a indicação de administrador, vindo este a causar danos. Trata-se de típica culpa in eligendo, culpa objetiva, onde não há dolo, sendo a culpa inconsciente ou presumida, pois quem escolhe mal, deve responder pelos atos do escolhido. Conforme dispõe o art. 1.071, II, novo Código Civil, os sócios elegem o administrador e, também, o destituem. (...)

Portanto, entendemos ser obrigação dos sócios conhecerem a vida do eleito, seu passado e presente, já que o sucesso do empreendimento, extremamente vinculado ao risco, dependerá, também, da pessoa do administrador, que deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios, conforme determina o art. 1.011, do novo Código Civil.(...).

Age com negligência, também, sócio que não vigia ou fiscaliza os atos do administrador ou o que acontece envolvendo a sociedade, tornando-se até mesmo conivente, quando deixa de exigir que o mesmo preste contas a que está obrigado (novo Código Civil art. 1.020) ou quando não examina "os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade" (art. 1.021). (...).

Assim, age indiscutivelmente, com culpa in vigilando, autorizando, também, a imputação da responsabilidade, tendo-se por base a teoria da responsabilidade civil. Não basta ceder o nome. Deve o sócio não-administrador acompanhar a vida e a morte (extinção) da sociedade. Cumpre-lhe exercer a vigilância em torno dos negócios sociais e não se limitar ao sabor dos lucros, usufruindo do faturamento ou até mesmo nada retirando em termos de participação por total desinteresse ou negligência."

DÉBITO TRIBUTÁRIO DE SOCIEDADE LIMITADA.

Extinta a firma de forma irregular pode a execução fiscal recair em bens do gerente ou qualquer outro sócio, se o crédito tributário resulte de infração à lei ou do contrato. Tratando-se de substituição processual, não é óbice à execução o não figurar o nome do executado na certidão de dívida.

(STF – RE 99.509-9 – Minas Gerais – Rel. Min. Carlos Madeira – j. 06/12/85, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília: STF, v. 117, p. 1155)

Com base no inciso III do art. 135 do CTN, o STF decidiu que o desaparecimento da sociedade sem liquidação regular, pela qual se realizaria o ativo e se pagaria o passivo, completando os sócios com aportes pessoais cada qual sua cota de prejuízo social, impõe a responsabilidade de todos os sócios pelas dívidas da sociedade, não se limitando aos sócios-gerentes.

(STF – RE 110.597 – Rio de Janeiro – Rel. Min. Célio Borja – DJU 07/11/86, p. 21.561)

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SOCIEDADE EXTINTA IRREGULARMENTE. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS.

-A dissolução irregular acarreta a responsabilidade dos sócios pelo pagamento da dívida tributária, com base no art. 135, CTN, sem distinguir a sua função na sociedade.

(STJ - REsp 4803-0, 2ª T., j. 31.831994, v.u., Rel. Min. Américo Luz – DJU de 13.12.1995, p. 2231 / Precedentes - STJ – REsp 60.231/SP – AC nº 95/5386-1 – 2ª Turma – Rel. Min. Américo Luz – DJ 07/08/95 – p. 23.029)

EMBARGOS DE TERCEIRO. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. PENHORA DE BEM PARTICULAR DE SÓCIO. APLICAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 3.708/19 E DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:

A dissolução irregular de sociedade por quotas de responsabilidade limitada provoca a possibilidade de penhora de bens do sócio por dívida da pessoa jurídica."

(RT 660/181)

A DETERMINAÇÃO LEGAL DE QUE OS SÓCIOS NÃO RESPONDEM PELAS DÍVIDAS SOCIAIS DIZ RESPEITO À REGULAR EXTINÇÃO DA EMPRESA E À REGULARIDADE DAS OBRIGAÇÕES SOCIAIS (ART. 596 DO CPC):

A irregularidade da atuação constatada pelo desaparecimento da empresa, sem a regular quitação de seus débitos, impõe outro entendimento, ou seja, o de que o art. 2º da Lei 3.708/19 autoriza o alcance dos bens pessoais dos sócios, para completar o capital social, que foi diluído pela má gestão dos negócios da sociedade.”

(RT 635/225)

“Extinta a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e transferido o ativo para os sócios, respondem os bens particulares destes pelo pagamento dos encargos surgidos durante o período de atividade daquela.”

[Apelação cível nº 33.101, de Sete Lagoas/MG – Rel. Juiz Francisco Brito (*apud* MURTA, Antônio Carlos Diniz. Responsabilidade Tributária dos Sócios. 1. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001, p. 102)]

Além das hipóteses previstas na legislação tributária, demonstra RENATO LOPES BECHO⁸ que os sócios podem ser responsabilizados através dos mecanismos previstos no Código Civil de 2002, como forma de positivação genérica da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine)*:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁸ In Sujeição Passiva e Responsabilidade Tributária, p. 54. *Apud* BODNAR, Zenildo. Responsabilidade Tributária do Sócio-administrador. 1. ed. 2. tiragem, Curitiba: Editora Juruá, p. 193.

Art. 1.010. Omissis

(...)

§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.

Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.

Portanto, conclui-se que o Direito Brasileiro **não protege** sócios de empresas que, percebendo que os negócios vão mal, preferem dilapidar o patrimônio da pessoa jurídica, transferindo-o para seus patrimônios particulares, tentando utilizar as pessoas jurídicas que titularizam como escudo para justificar seu enriquecimento às custas da inadimplência em detrimento do Fisco e de terceiros.

II.2 – Da análise in concreto do presente requerimento

O caso em comento não parece sugerir indícios de fraude por parte dos requerentes. Os documentos sugerem que foram tomadas, por parte dos mesmos, todas as medidas ao seu alcance, sem intuito de fraudar a legislação. Realmente, a cópia do contrato de compra e venda de fls. 04/07 possui um carimbo cartorário do dia 18/03/02, o que sugere autenticidade. A alteração contratual fornecida pela JUCEA mostra que de fato foi arquivada em 01/04/02. E, finalmente, já em 10/05/02 os ex-sócios deram entrada no processo de baixa na SEFAZ. Além disso, a *conta corrente fiscal* mostra que todos os tributos devidos até MAR/02 foram regularmente pagos.

Mencione-se, outrossim, que a *conta corrente fiscal* registra o pagamento de tributos em momento posterior à transação da propriedade. E a informação fiscal lançada nas fls. 010 do proc. 14773/02-8 dá conta de que, em 11/06/02, o

estabelecimento estava em funcionamento, e com a presença efetiva dos adquirentes (a sra. Lisbet de Souza Cardoso recebeu a notificação de fls. 011).

Todos esses fatos indicam continuidade e efetiva sucessão empresarial, sem fraude, o que afastaria a responsabilização dos sócios com base nos arts. 134, 135, ou pela *teoria da penetração*.

Não obstante, cumpre considerar também se os débitos ora cobrados são, ou não, contemporâneos à condição de sócios, por partes dos requerentes, pois poderiam ensejar a responsabilização **por sucessão**, prevista no art. 133 do CTN.

O AINF cobra duas diferenças trimestrais de estimativa fixa relativas ao ano de 2002: a 1ª (vencimento em 22/04/02) e a 2ª (venc. em 22/07/02).

Ora, quanto à segunda, parece não haver dúvida de que os requerentes não têm nada a ver com a mesma. O mesmo não se dá, porém, quanto à primeira, pois refere-se a diferença apurável exatamente no mês em que se deu a compra e venda da empresa (março de 2002).

Em outras palavras, parte dos *atos geradores*, que vão influir no resultado da apuração trimestral do *crédito tributário* do último dia de março de 2002, se deram sob a gestão dos ex-sócios ora Requerentes.

Cabe aqui considerar as idiossincrasias de tributos como o ICMS, cujo montante devido é apurado não após a ocorrência de um único fato gerador, mas após o balanço de vários fatos geradores eventualmente ocorridos em um período de tempo determinado.

O CTN, em seu art. 113, § 1º, diz que "*a obrigação*" (tributária) "*principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente*". Ou seja, a cada *fato gerador* corresponde, normalmente uma *obrigação tributária*, e, conseqüentemente, um *crédito tributário* (que "*decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta*" – art. 139).

Ocorre que, no caso em comento, estamos falando de diferença trimestral de ICMS em regime de *estimativa*, cujo *crédito*

tributário propriamente dito não prescinde de um balanço efetuado entre os créditos e débitos de ICMS verificados no período de um trimestre.

A característica destoante de tal tributo decorre da não-cumulatividade do ICMS, tal como preconizada pela Constituição da República de 1988 (art. 155, § 2º, I). Com efeito, mandando tal princípio que do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação seja abatido “o montante cobrado nas” (operações ou prestações) “anteriores”. Ora, para que tal sistema funcione, é simplesmente inevitável, por razões de ordem prática, que se adote um sistema de *conta corrente fiscal*. Segundo anota o prof. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO:

“[4] ‘Conta corrente fiscal’. Como ensina Alberto Xavier⁷⁴⁵, o método *tax on tax* (v. nota 1 ao art. 19) pressupõe ‘a elaboração, por cada contribuinte, de uma escrituração fiscal específica que registre, numa conta corrente elaborada para um determinado período, os valores correspondentes a importâncias a recolher ao Fisco em razão das operações tributáveis de saída de mercadorias – débitos – e os valores correspondentes a importâncias abatíveis das primeiras, que representam impostos recolhidos por contribuintes situados na fase anterior e que a estes foram pagos a título de preço – créditos. Ao final deste período comparam-se os créditos e os débitos. Se existir diferença a maior entre débitos e créditos esta será o montante do tributo que deverá ser recolhido aos cofres públicos; se existir diferença a maior, o saldo de créditos será transferido para o período ou períodos seguintes.’

⁷⁴⁵ Alberto Xavier, ‘A Imunidade do ICM na exportação de produtos industrializados e o Imposto Único sobre Minerais’, in *Revista de Direito Tributário*, vol. 43, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1988, p.99.”⁹

A utilização de um tal sistema acarreta exatamente aquilo que dissemos acima: se o contribuinte realiza uma *operação*

⁹ In ICMS – Comentários à Lei Complementar Nacional n. 87, de 13 de setembro de 1996. Manaus: Multimídia Computação Gráfica, 1998, p. 326.

tributável (um fato gerador, portanto), disso não decorre, como seria de se esperar, imediatamente, o *crédito tributário*.

É o caso então de se indagar: quando, em casos que tais, surge a *obrigação tributária*?

O CTN não parece fornecer uma resposta clara, muito embora, quando da edição do CTN, o ICMS já existisse, inclusive com a sistemática de apuração periódica decorrente da não-cumulatividade¹⁰. O motivo é-nos insondável: mero esquecimento do legislador ??

Na falta de uma resposta clara da Lei, resta socorrer-nos do entendimento dos Pretórios. Assim é que restou pacificado na **1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça**, após julgamento de Embargos de Divergência entre a 1ª e 2ª Turmas, o entendimento de que, nos casos de tributos apuráveis ao longo de um interregno, a *obrigação tributária*, só nascerá no final do período de apuração:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. PRAZO DE RECOLHIMENTO. MATÉRIA NÃO SUJEITA A RESERVA LEGAL. ARTIGO 97 DO CTN. EXTENSÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. ILEGALIDADE. SÚMULA 105/STJ.

No sistema de apuração mensal, como no caso do ICMS, a obrigação tributária nasce somente no último dia do mês de competência, após a compensação dos débitos e créditos do contribuinte.

Por isso, a edição de decreto antecipando o prazo de recolhimento do ICMS, ainda durante o período (mês) de competência, não agride o princípio da anterioridade.

De igual sorte, não há falar em ofensa ao princípio da legalidade, por não se configurar a data de vencimento como elemento constitutivo da instituição do tributo.

¹⁰ Art. 54. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias saídas do estabelecimento e o pago relativamente às mercadorias nele entradas. (Revogado pelo Decreto-lei nº 406, de 31.12.1968)

Hipótese não sujeita ao alcance da norma contida no artigo 97 do CTN.

Embargos recebidos, decisão por maioria de votos.

(REsp 53432 / SP ; Embargos de Divergência no Recurso Especial 1995/0009973-0, Relator Min. Peçanha Martins (1094), Relator p/ acórdão Demócrito Reinaldo (1095), órgão julgador: S1 – Primeira Seção, Data do Julgamento: 30/05/1995, Data da publicação: DJ 11.12.1995, p. 43170)

Como dito no voto condutor do REsp 64186 (precedente na 2ª Turma, em relação ao entendimento vencedor na 1ª Seção), da lavra do Min. Demócrito Reinaldo:

"Ademais, o ICMS, como já se salientou, não é exigível a partir da ocorrência do fato gerador. Ele fica "diferido", para momento futuro. A apuração do débito tributário (no período determinado) depende do encontro que se faz entre o tributo incidente sobre as operações realizadas e o crédito pertinente ao valor já recolhido. A constituição do crédito tributário só ocorre quando encerrado esse período de apuração. O imposto a ser pago em maio é exatamente aquele apurado em abril.

Dai se concluir: o recolhimento é feito mediante apuração, em determinado período, e após aperfeiçoados todos os fatos geradores (correspondentes ao mês) . Arigor, o tributo (ICMS) teria de ser recolhido tão logo se verificasse o fato gerador. A concessão de prazo é uma tolerância do Estado, que permite, ao contribuinte, permanecer, durante lapso de tempo razoável, com o valor total dos tributos retidos (no curso de todo o mês do período), podendo, até, auferir lucros com aplicações financeiras e somente em data do mês subsequente, recolhendo-o à Fazenda, sem acréscimo, sem aumento, sem prejuízo, sem dano. Tanto que, no julgamento do REsp. de nº 39.454-6, assim me posicionei: "Entendo que em se tratando de recolhimento mediante apuração em períodos (do ICMS), só poderia haver ilegalidade com a antecipação do pagamento do tributo para data anterior ao do fato gerador, ou, se, mesmo este tributo sendo pago no mês subsequente ao do ato impositivo,

houvesse maior encargo para o contribuinte de direito. A data do pagamento pode ser alterada (prevista para o mês subsequente) sem aumento da carga tributária para o contribuinte".

Portanto, para débitos de ICMS apuráveis ao longo de determinado período de tempo (a maioria, já que só uma parte se submete ao regime de pagamento antecipado mediante notificação), havemos de considerar que a *obrigação tributária* nasce somente após a ocorrência de *vários fatos geradores*, e desde que estes gerem *débitos* em montante superior ao *crédito fiscal* (que não se confunde com o *crédito tributário* propriamente dito) acumulado na *conta corrente fiscal* do contribuinte.

Nesse passo, já temos subsídios para analisar a possibilidade de responsabilização dos Requerentes pelo art. 133 do do CTN. Interpretando-o, tem-se o seguinte:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:(sem grifos no original)

Observe-se que o CTN está disciplinando a responsabilidade do adquirente (e, no inciso II, também do alienante) de um estabelecimento comercial "*pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato*". Ora, se o tributo é devido, então significa dizer que o CTN está a se referir a *obrigação tributária* já "nascida".

Mas não é só.

Tal artigo insere-se no capítulo V, intitulado "Responsabilidade Tributária". Tal capítulo divide-se em quatro seções, sendo que o mencionado art. 133 está na "Seção II", cujo artigo inaugural diz:

An. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de

constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Tal dispositivo, orientando o âmbito de incidência dos casos de *responsabilidade por sucessão* (arts. 130 a 133), dá conta de que só se aplicam tais normas de sujeição passiva excepcional em relação “a obrigações tributárias surgidas até” a data do negócio da sucessão. É o que se depreende das expressões “créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos” e créditos “constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data”, pois “constituição” aí deve ser interpretada como sinônimo de “lançamento”. É o que ensina LUCIANO AMARO¹¹:

“Adverte o Código Tributário Nacional, em preceito de evidente obviedade (art. 129), que as normas sobre sucessão por ele postas são aplicáveis a obrigações tributárias surgidas até a data do evento que implica a sucessão (...), não importando a data em que tenha sido ou venha a ser feito o lançamento do tributo (ou, na linguagem do CTN, a ‘constituição do crédito tributário’): (...)”

Aliás, mencione-se que a utilização da expressão “crédito tributário constituído” harmoniza-se com o restante do Código [art. 141; título do Capítulo II do Título III (*Constituição de Crédito Tributário*); e art. 142 (que trata do *lançamento*)]¹², que trata do crédito tributário.

¹¹ AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 310/311.

¹²CTN:

TÍTULO III
Crédito Tributário
CAPÍTULO I
Disposições Gerais

(...)

Logo, está claro que o art. 129 está a eleger como marco temporal a ocorrência da **obrigação tributária**, dizendo, em outras palavras, ser irrelevante o fato de **o lançamento** (1) ter ocorrido ("*créditos tributários definitivamente constituídos*"; (2) estar ocorrendo ("*em curso de constituição à data dos atos nela referidos*"; ou (3) ainda sequer ter-se iniciado ("*aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data*").

Portanto, o caso que estamos tratando não se enquadra na hipótese da sucessão do art. 133, porquanto a **obrigação tributária** (fruto do balanço entre *créditos* e *débitos* da conta corrente fiscal, apurado no último dia do mês de março) nasceu somente **após** o ato de transferência do estabelecimento (verificado em meados de março).

Assim, no caso concreto dos autos em análise, vê-se que não tiveram nenhuma participação no *inadimplemento* do crédito tributário em tela, muito embora, é bem verdade, não estejam completamente desvinculados de **parte** dos fatos geradores em questão.

Mas, além de não se enquadrarem nas condições legais de responsabilização tributária por sucessão, num exercício de imaginação seriam "responsáveis" (*fato sensu*) no máximo (1) pela obrigação principal, isto é, apenas o débito de imposto, e não a multa pelo inadimplemento; e (2) à proporção do saldo eventualmente devedor que apresentassem no dia do ato de compra e venda do estabelecimento comercial.

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

CAPÍTULO II

Constituição de Crédito Tributário

SEÇÃO I

Lançamento

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Não obstante, é nossa opinião que, além da difícil operacionalização dessa repartição de responsabilidade, a mera vinculação de fatos geradores não é bastante para gerar a responsabilização, que, no caso concreto, não prescindiria da apuração de indícios que apontassem para fraude à lei por parte dos Requerentes, o que, efetivamente, não se verifica.

Registro, por fim, que os Requerentes possuíam poderes de gerência.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, **considerando** que (1) a jurisprudência do STJ considera que a *obrigação tributária* de tributos apuráveis em determinado período de tempo (como o ICMS) **nasce** somente no último dia de apuração, na hipótese de saldo devedor entre *créditos e débitos*; (2) que a *responsabilidade tributária* do CTN só se aplica *créditos tributários* cujas *obrigações tributárias* sejam anteriores ao fato da sucessão; (3) que, *ipso facto*, a conduta de inadimplemento do *crédito tributário* ora em tela é de responsabilidade exclusiva dos adquirentes; (4) que não há indícios de fraude por parte dos Requerentes/alienantes; **somos de opinião** de que essas circunstâncias constituem motivos que os isentam de responsabilidade pelos mesmos débitos, devendo seu pleito de exclusão da CDA, para este processo, ser deferido.

Considerando, ainda, que o presente entendimento contraria *condição* imposta ao deferimento do pleito dos interessados no proc. 14.773 / 02-8, tendente à baixa de seus nomes no CCEA como sócios da empresa em epígrafe, que seja enviada juntada nesses autos cópia deste parecer, acaso aprovado, e devolvido o processo à Secretaria de Fazenda, para conhecimento e providências cabíveis tendentes ao deferimento da baixa.

É o parecer *sub censura*.

**PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E DA COBRANÇA
EXTRAJUDICIAL – PRODACE/PGE** em Manaus (AM), 31 de outubro de 2006.

RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
Procurador do Estado

PROCESSO N. 1823/2006-PGE (08103-3 - SEFAZ)

INTERESSADO: Fábio Coutinho de Farias e Cunha e Isabel Rodrigues Santiago

DESPACHO

Recebi em 08.11.06.

ACOLHO o Parecer n. 085/2006-PRODACE/PGE, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. Rômulo de Souza Carpinteiro Pêres, por seus próprios e legítimos fundamentos.

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

PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA EXTRAJUDICIAL-PRODACE/PGE, em Manaus, 14 de novembro de 2006.

ANGELA BEATRIZ G. F. DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado - Chefe da PRODACE/PGE

PROCESSO N. 1823/2006- PGE

INTERESSADO: Fábio Coutinho de Faria e Cunha e outra
(07.000.811-6)

ASSUNTO: Pedido de exclusão de sócios

DESPACHO

APROVO o Parecer n. 85/2006-PRODACE/PGE, do Procurador do Estado Rômulo de Souza Carpinteiro Pêres, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria da Dívida Ativa e Cobrança Extrajudicial-PRODACE/PGE, Dra. Ângela Beatriz G. F. de Oliveira.

ENCAMINHE-SE o Processo n. 14.773/02-8 à Secretaria de Estado da Fazenda, nos termos do aludido pronunciamento.

DEVOLVAM-SE os autos à PRODACE/PGE.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 20 de novembro de 2006.

R. FRÂNIO A. LIMA

Procurador-Geral do Estado

PROCESSO Nº 1089/2006-PGE**INTERESSADO:** Casa Civil

ASSUNTO: Aprovação de Minuta de Projeto de Lei que dispõe sobre a competência do Estado do Amazonas para acompanhar e fiscalizar a exploração de recursos hídricos e minerais e as receitas não-tributárias geradas pelas respectivas explorações, relativamente à parcela que lhe é devida, e dá outras providências.

PARECER nº 01/2006-PE/DF

EMENTA: MINUTA DE PL RELATIVO A PROCEDIMENTOS PARA FISCALIZAÇÃO DAS COMPENSAÇÕES E PARCIPAÇÕES FINANCEIRAS DE RECEITAS ORIUNDAS DAS CONCESSÕES PARA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DOS RECURSOS HÍDRICOS PARA FINS DE ENERGIA ELÉTRICA E DOS RECURSOS MINERAIS, INCLUSIVE PETRÓLEO E GÁS NATURAL, ASSEGURADAS AO ESTADO, NA FORMA DO ART. 20, § 1º, DA CF. COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA EDITAR NORMAS ESPECÍFICAS DE DIREITO FINANCEIRO, NA FORMA DO ART. 24, I, E PARÁGRAFOS, DA CF. LEGITIMIDADE PARA LANÇAMENTO, ARBITRAMENTO, IMPUTAÇÃO DE OBRIGAÇÕES, SANÇÕES E MULTAS E DEMAIS PROCEDIMENTOS ESTABELECIDOS, OBSERVADAS AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 4.320/64.

O Exmº Sr. Subprocurador-Geral Adjunto, Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, encaminhou para exame e parecer, minuta de projeto de lei que fora encaminhado pela Casa Civil para exame pela Procuradoria Geral do Estado.

Coube a primeira distribuição dos autos à Procuradoria Administrativa, recebendo o Parecer nº 82, de 24 abril de 2006, da lavra da ilustre Procuradora do Estado Glícia Pereira Braga e Silva, devidamente aprovado pela Procuradora-Chefe da Especializada, Drª Heloysa Simonetti Teixeira, que sugeriu a aprovação da minuta de PL encaminhada naquela ocasião.

Para executar a tarefa determinada, recebi, eletronicamente, as minutas da PA-PGE/AM e da SEFAZ/AM, que ora nominarei de **minuta 1** e **minuta 2**, respectivamente, bem como o parecer nº 82/06-PA/PGE.

Conhecidos os fundamentos do parecer nº 82/06-PA/PGE, lancei mão dos seguintes documentos:

- a) Minutas 1 e 2;
- b) Lei do Estado de Sergipe, analisada no Encontro Técnico realizado nos dias 24 a 26 de maio de 2006, em que participei como debatedora;
- c) Leis Federais Nº 7.990/89, 8001/90, 9478/97 e 9433/97 e respectivos Decretos regulamentadores;
- d) Minuta elaborada pelo Grupo Técnico Especial de Auditores Fiscais da COTEPE/CONFAZ, que doravante nominarei **minuta 3**, apresentada em reunião nos dias 02/06/06, em Brasília, de que participei como convidada;
- e) Ação Civil Originária nº 845/STF, proposta pelo Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM em face da Lei nº 6.710/05, do Estado do Pará, que trata da fiscalização e acompanhamento das concessões de recursos minerais e das receitas não-tributárias;
- f) Jurisprudência do STF sobre o tema.
- g) Doutrina e Nota Técnica.

Notas de rodapé objetivam tornar auto-explicativa a minuta e informar fontes legislativa, doutrinária e jurisprudencial consultadas.

Ressalto que as receitas aqui tratadas – compensações e participações financeiras equivalem à categoria receitas não-tributárias, que inscritas passam a constituir a Dívida Ativa Não-Tributária, nomes jurídicos que constarão das disposições estabelecidas na versão de minuta, a ser apresentada por esta PE/DF, que nominarei **minuta 4**.

É o relatório.

De início, devo dizer que adiro aos fundamentos jurídicos do parecer nº 082/2006, da lavra da ilustre Procuradora Glícia Pereira Braga e Silva, sobretudo nos aspectos formais de competência privativa para iniciativa de lei, de natureza financeira

e orçamentária, realizada à luz do art. 33, § 1º, inciso II, alínea b, da Constituição Estadual, bem como no tocante à competência concorrente do Estado para editar normas de Direito Financeiro, a teor dos arts. 18, I, da Constituição Estadual. Tais matérias correspondem, respectivamente, aos arts. 61, § 1º e 24, inciso I, e parágrafos, da Carta Federal.

Entretanto, em relação aos demais aspectos formais e materiais da minuta 1, da PA/PGE, cumpro-me fazer algumas ponderações. É que fatos supervenientes aconteceram, após a emissão do parecer nº 82/06, inclusive questionamentos judiciais sobre os fundamentos de validade constantes das minutas 1, 2 e 3, anexas.

Considero que o debate aperfeiçoa entendimentos e sedimenta, com maior eficiência, um trabalho jurídico. Ademais, o tema de fundo do PL envolve alto índice de transversalidade¹ de vários ramos da ciência jurídica e não-jurídica, cuja pacificação aqui não se efetivará. Mas vamos ao exame das novas questões e entendimentos.

O contexto material da fiscalização das receitas não-tributárias, tratadas nas minutas 1, 2 e 3, fundamenta-se no art. 23, XI, da CF que atribui competência comum à União, aos Estados e ao Distrito Federal para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. Não é demais lembrar que a eficácia da cooperação entre os entes políticos ali prevista está condicionada à edição de Lei complementar, que não aconteceu.

Assim, para que não paire dúvidas de que o Estado do Amazonas não está regulamentando procedimentos relacionados à atividade minerária, ou sobre jazidas e outros recursos minerais, de competência privativa da União, como disposto no art. 22, inciso XII, da CF, direcionei a fundamentação jurídica, da minuta 4, exclusivamente para o art. 24, inciso I, e parágrafos da CF, que atribui competência comum à União e aos Estados para editar normas de Direito Financeiro, respeitada a competência da União para editar normas gerais.

¹ Expressão utilizada pelo Min. Nelson Jobim no julgamento da ADI 2777.

Como as normas gerais em matéria de Direito Financeiro já se encontram veiculadas através da Lei nº 4.320, de 12 de setembro de 1964, compete ao Estado editar legislação para regular os procedimentos de fiscalização de sua parcela das receitas não-tributárias decorrentes da exploração dos recursos hídricos, dos recursos minerais, inclusive petróleo e gás natural, aos moldes constitucionais autorizados para as receitas tributárias.

Outrossim, verifico que o STF vem declarando inconstitucionais Leis que tratam das matérias elencadas no art. 22 da CF, de competência privativa da União, não somente por vício formal, mas também material, por ausência de Lei complementar que poderia autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo². Este motivo foi valorado e, por cautela, foi excluído da minuta ora elaborada, a regra do art. 23, cuja eficácia, como no caso do art. 22, da CF, depende da edição de Lei complementar.

Ademais, cabe-me informar que o art. 23, inciso XI, da CF já é objeto de questionamento perante o STF³; daí a razão para recomendar que a Lei do Amazonas tenha como fundamento de validade o art. 24, inciso I e §§, da CF, de sorte que as normas veiculadas sejam de Direito Financeiro, respeitadas as normas gerais estabelecidas pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 e legislação federal⁴ relacionada às compensações e participações financeiras asseguradas ao Estado pelo art. 20, § 1º, da CF.

Recomendo, assim, para que se guarde simetria com os procedimentos estabelecidos na legislação federal editada para cada recurso mineral⁵, inclusive petróleo e gás natural, que se mantenham os elementos constitutivos das receitas não-tributárias, os responsáveis, os documentos de controle financeiro e econômico adotados pelos órgãos, entidades federais e agências reguladoras, para que fique caracterizado que as normas veiculadas pelo Estado são específicas de Direito Financeiro, afastando-se a aplicação dos arts. 22 e 23 da CF.

² ADI 3671 e 3322.

³ ACO 845

⁴ Leis nº 7.990/89, 8.001/90, 9.478/97 e 9433/97.

⁵ Leis citadas na nota anterior.

Ressalto que a matéria já mereceu exame, sob a ótica do Direito Financeiro, através da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário e Fundiário e da Procuradoria do Estado no DF, resultando no parecer conjunto nº 01/2002-PE/DF-PGE/AM, subscrito pelo Procurador do Estado Ruy Marcelo Alencar de Mendonça e por esta Procuradora, sendo que as conclusões firmaram a competência do Estado para editar lei que disponha sobre as receitas não-tributárias que lhe são conferidas pelo art. 20, § 1º, da CF.

Este entendimento adveio do julgamento do recurso extraordinário nº 228.800, em que foi recorrido o Estado do Amazonas, com voto proferido pelo E. Ministro Sepúlveda Pertence que definiu que a natureza jurídica das receitas prescritas no art. 20, § 1º da CF, é não-tributária, bem como a titularidade é do Estados em que se der a exploração econômica do recurso mineral.

O Pleno do STF reafirmou os fundamentos do acórdão proferido no recurso extraordinário nº 228.800, ao apreciar novamente a matéria no MS nº 24.312/RJ, em face de voto divergente nesse julgamento do E. Ministro Sepúlveda Pertence, prevalecendo, a final, que as receitas têm natureza não-tributária, pertencem aos Estados produtores e sujeitam-se à fiscalização do Tribunal de Contas dos Estados.

Desde então, o Estado do Amazonas vem concretizando esse entendimento jurisprudencial, e ditou a Lei nº 2.781, de 31 de dezembro de 2002, para tratar de procedimentos de fiscalização, lançamento, julgamento de processos referentes a receitas não-tributárias ou, consoante letra do art. 20, § 1º, da CF, às compensações e participações financeiras.

Para melhor situar o conteúdo conceitual doutrinário das receitas não-tributárias, reporto-me aos estudos doutrinários⁶ desenvolvidos na tese defendida e aprovada no XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estados e do Distrito Federal, realizado no Estado do Pará, que mereceu aprovação e foi publicada na Revista daquele Congresso.

⁶ A Lei nº 4.320 comentada. 25. ed., Rio de Janeiro: IBAM, 1993, p. 26; J. Angélico. Contabilidade Pública. 8. ed., São Paulo: Atlas, 1995, p.44 e Luiz Emyddio F. da Rosa Júnior. Manual de direito financeiro e direito tributário, 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 59.

No caso do petróleo e gás natural, é possível extrair-se do artigo 20, § 1º combinado com o artigo 176, § 2º, ambos da CF e artigos 45 e 52, da Lei nº 9.478/97, a Lei do Petróleo, conceito legal de receitas não-tributárias ou **participações governamentais que são receitas asseguradas à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e a órgãos da Administração Direta da União, a título de participação no resultado da exploração do petróleo ou gás natural, no respectivo território, plataforma e mar territorial ou zona econômica exclusiva, pagas pelo concessionário.**

Guardadas as tênues diferenças no conceito legal, possível afirmar-se que a legislação federal específica a cada recurso mineral reproduz a titularidade do Estado. Daí a legitimidade para dispor sobre as compensações e participações financeiras, sob a ótica financeira e orçamentária.

Outrossim, embora desde 1989 já se encontrassem definidos os parâmetros federais para o pagamento das compensações e participações financeiras, os Estados produtores de minerais, inclusive petróleo e gás natural, quedaram-se inertes no exercício da competência para legislar sobre a matéria e dispor sobre a respectiva parcela das receitas não-tributárias que lhes cabe constitucionalmente.

Desse modo, à ausência de leis estaduais, a respectiva parcela de tais receitas não-tributárias cabível ao Estado ficou submetida, exclusivamente, à fiscalização de órgãos federais, a exemplo do Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM que, em verdade, deve fiscalizar a atividade minerária e a parcela de receitas que cabe à União.

Em síntese, como restou interpretado pelo STF, outra não deverá ser a conclusão senão aquela que reconhece a competência dos Estados produtores conferida pelo art. 24, §§ 1º a 4º, da CF, para editar normas de Direito Financeiro que disponham sobre procedimentos de fiscalização e demais controles financeiros e orçamentários exigidos pela Lei nº 4.320/64, como já procederam os Estados do Pará e Sergipe.⁷

⁷ Lei nº 6.710, de 14 de janeiro de 2005 e Lei nº 5.854, de 22 de março de 2006.

Situado o conjunto normativo de validade da minuta 4 do PL, passo ao exame das questões técnicas, estritamente voltadas para os aspectos materiais da fiscalização, lançamento, controle de apuração e pagamento das receitas não-tributárias, de competência da Secretaria de Estado da Fazenda.

Foram acolhidos e consolidados na minuta 4 da PE/DF, os aspectos fiscais e técnicos, debatidos e definidos pelos Auditores Fiscais constantes das minutas 2 e 3, inclusive parte deles se encontra trasladada para a minuta 1, da PA-PGE.

A minuta 4 de PL, versão PE/DF, consolidou as 3 (três) versões examinadas e está assim constituída :

TÍTULO I – DA ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS e 2 (dois)

Capítulos, assim distribuídos:

CAPÍTULO I – DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

CAPÍTULO II – DA APRECIÇÃO E DO JULGAMENTO

**TÍTULO II – DAS OBRIGAÇÕES DOS CONCESSIONÁRIOS E
DEMAIS RESPONSÁVEIS e 3 (três)** Capítulos, assim distribuídos:

CAPÍTULO I – DO PAGAMENTO

CAPÍTULO II – DO PARCELAMENTO

CAPÍTULO III – DAS DEMAIS OBRIGAÇÕES

**CAPÍTULO IV – DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA
EXPLORAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS PARA GERAÇÃO
DE ENERGIA ELÉTRICA**

**CAPÍTULO V – DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA
EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS;**

**CAPÍTULO VI – DAS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS
PELA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO e GÁS NATURAL.**

TÍTULO III – DO ARBITRAMENTO e 1 (um) Capítulo:

CAPÍTULO I – DAS REGRAS GERAIS E ESPECÍFICAS

**TÍTULO IV – DAS INFRAÇÕES E DAS PENALIDADES E 3
(três)** Capítulos assim distribuídos:

CAPÍTULO I – DAS INFRAÇÕES;

CAPÍTULO II – DAS PENALIDADES APLICÁVEIS

CAPÍTULO III – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS.

A sistematização do PL considerou, no Título I, a atribuição de competências para os procedimentos de fiscalização, lançamento, apreciação e julgamento, inscrição do crédito não-tributário em Dívida Ativa, cobrança extrajudicial e judicial.

No Título II, elencaram-se as obrigações dos concessionários e demais responsáveis, tais como pagamento, parcelamento, demais obrigações.

Ressalto que no tocante às obrigações, à exceção do pagamento das compensações e participações financeiras, não me parecem definidas com clareza, como principais e acessórias, bem como a penalidade correspondente.

Tratando-se de aspecto técnico de valoração, fica a critério da SEFAZ estabelecer as diferenças.

Tendo em conta que leis federais distintas (Leis nº 7.990/89, 8001/90, 9478/97 e 9433/97) dispõem sobre os elementos constitutivos das receitas não-tributárias, bem como tratam de documentário fiscal e controles financeiros referentes à compensação financeira advinda da exploração econômica de cada recurso mineral, tais compensações e participações financeiras foram tratadas em capítulos distintos.

Sob o Título III, tratou-se da técnica fiscal do arbitramento, aos moldes do art. 148, do Código Tributário Nacional.

No Título IV, elencaram-se infrações e penalidades aos concessionários, responsáveis e terceiros, sugerindo-se que percentuais de multas e índices de atualização monetária não ultrapassem valores cobrados pelos órgãos federais com competência para aplicar penalidades, tais como o Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM, a Agência Nacional de Águas-ANA e a Agência Nacional de Petróleo-ANP.

Nas disposições finais, foi tratada a destinação de percentual de 15% (quinze por cento) das multas para Fundo de Incentivo à Fiscalização, para gestão pela SEFAZ, e percetual de 10% (dez por cento) das multas para Fundo de Reequipamento e Modernização da Cobrança da Dívida Ativa Tributária e Não-Tributária, para gestão pela PGE.

A destinação de multas para Fundo foi adotada tanto na Lei do Estado do Pará quanto do Estado de Sergipe, sendo que esse procedimento segue o modelo adotado para as multas tributárias.

No caso do Fundo para gestão pela PGE, com disciplina pelo Conselho Superior respectivo, apresenta-se como fonte de custeio para que se imprima maior eficiência na arrecadação de tributos e de receitas não-tributárias, para realizar a inscrição em Dívida Ativa e a cobrança extrajudicial e judicial, em conformidade com a norma do art. 95, inciso III, da Constituição do Estado e art. 2º, inciso IV, da Lei nº 1.639/83- LOPGE.

Portanto, firmada a proposta na minuta 4, para avaliação, considerando-se que as multas representarão o custeio das novas atividades a cargo da PGE, que vão exigir recrutamento de novos Procuradores, treinamento de Procuradores e servidores, aquisição de livros técnicos, implantação de sistema de informática específico, para o sucesso da arrecadação de tais receitas não-tributárias.

A constitucionalidade do art. 24, da minuta 4, se apresenta, à medida que se trata de destinação de multas que decorrem da falta de pagamento de receitas não-tributárias a Fundos institucionais, inexistindo vedação constitucional à vinculação a Fundos, que se dá em relação a impostos e não multas, sejam elas relacionadas a receitas tributárias ou não-tributárias, como se infere do art. 167, IV da CF.

Concluo, portanto, que as disposições que integram a minuta 4, sugerida pela PE/DF, consolida as disposições constantes das minutas 1, 2 e 3, tem como supedâneo o art. 24, inciso I, e parágrafos da CF, e veicula normas específicas de Direito Financeiro para regular as receitas não-tributárias, de titularidade do Estado, respeitadas as normas gerais advindas da Lei nº 4.320/64 e observada a legislação federal que regula cada espécie de compensação e participação financeira.

Assim, reafirmando a adesão parcial às razões expendidas no parecer nº 082/06, da ilustre Procuradora do Estado Glícia Pereira Braga e Silva, sugiro que seja dado conhecimento

do presente parecer à PA/PGE, no sentido de exame e, se for o caso, de assinatura conjunta, para posterior aprovação, se for o caso, pelas instâncias superiores da PGE.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PROCURADORIA DO ESTADO no DF, em 17 de agosto de 2006.

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA

Procuradora do Estado

PROCESSO Nº 1089/2006-PGE

INTERESSADO: Casa Civil

ASSUNTO: Minuta de anteprojeto de lei.

DESPACHO

Trata-se de consulta formulada pela Casa Civil acerca do projeto de lei atinente à competência do Estado para acompanhar e fiscalizar a exploração de recursos hídricos e minerais, bem como as receitas não-tributárias oriundas daquela.

Os autos foram inicialmente remetidos à análise, onde, por meio do Parecer n. 082/06-PA/PGE, a Procuradora do Estado Glícia Pereira Braga e Silva ofereceu minuta substitutiva.

A posteriori, juntou-se ao processo o parecer da PE/DF, ocasião em que a Procuradora Sandra Maria do Couto e Silva complementou o entendimento esposado pela PA, a qual, depois, discordou em parte de sua manifestação e sugeriu fosse excluído o parágrafo único do art. 25 do anteprojeto

À vista do caráter especial do processo, seguiram os autos para a Subprocuradoria Geral Adjunta, pronunciando-se o Subprocurador/Seção I, Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, pelo acolhimento dos dois pareceres, propondo, no que tange à divergência, nova redação.

Feitas estas considerações, **APROVO** os Pareceres n. 082/06-PA e n. 01/06-PE/DF/PGE, ratificados e complementados pelo aludido Subprocurador.

OFICIE-SE à Casa Civil.

Após, **ENCAMINHEM-SE** os autos à SEFAZ

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO,
em Manaus, 5 de outubro de 2006

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

DESPACHO

PROCESSO Nº 2525/2006 – PGE (3772/2006-CASA CIVIL – 08050/2003-SUSAM – 3948/2005-AMAZONPREV)

PROCESSO Nº 2527/2006 – PGE (3677/2006-CASA CIVIL – 663/2006-SEDUC – 2006.2.05714-AMAZONPREV)

INTERESSADOS: Djanira Lopes dos Anjos e Raimunda Lima de Oliveira

ASSUNTO: Aposentadoria por idade com proventos proporcionais.

DESPACHO

Senhora Procuradora-Chefe

A Consultoria Técnico-Legislativa da Casa Civil encaminha os processos de aposentadoria por idade com proventos proporcionais de *Djanira Lopes dos Anjos e Raimunda Lima de Oliveira*, para que esta PGE esclareça em que casos de inativação serão aplicados o Decreto nº 16.472/95 e a Lei nº 10.887/2004.

No Parecer nº 191/2006-PPE/PGE, esta Especializada firmou o entendimento de que, em razão do que dispõe o artigo 1º da Lei nº 10.887/2004, o Decreto nº 16.472/95 só será aplicado aos casos em que o cálculo de aposentadoria for feito de acordo com a legislação vigente até a data da publicação da referida Lei, não se aplicando às hipóteses em que o cálculo tiver de ser feito de acordo com a média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor.

Quanto à Lei nº 10.887/2004, é de se ver que será aplicada nos seguintes casos:

1) aos servidores que ingressaram ou vierem a ingressar no Serviço Público após a promulgação da EC 41/2003 e que preencherem os requisitos do artigo 40 da CF, com a redação dada pelas EC 20/98 e 41/03, a partir de 20/02/2004, data da edição da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004.

2) aos que ingressaram no Serviço Público antes da promulgação da EC 41/2003 que, não tendo implementado as exigências para aposentadoria de acordo com as regras anteriores, preencherem os requisitos do artigo 40 da CF, com a redação dada pelas EC 20/98 e 41/03, a partir de 20/02/2004, data da edição da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004.

3) aos servidores que ingressaram no Serviço Público antes da promulgação da EC 41/2003 e que, apesar de terem preenchido os requisitos para aposentadoria nos termos das normas anteriores, optarem pela inativação de acordo com as regras do artigo 40 da CF, com a redação dada pelas EC 20/98 e 41/03. Nesse caso, o cálculo dos proventos será feito de acordo com a média aritmética se os respectivos requisitos forem atendidos a partir de 20/02/2004, data da edição da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004.

4) aos servidores que ingressaram no Serviço Público antes da promulgação da EC 41/2003, que não implementaram as exigências para aposentadoria de acordo com as regras anteriores e que, apesar de terem preenchido os requisitos do artigo 40 da CF, com a redação dada pelas EC 20/98 e 41/03, até 19/02/2004, optarem por se aposentar de acordo com a média aritmética estabelecida na MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004.

5) aos servidores que ingressaram no Serviço Público antes da promulgação da EC 41/2003 e que, apesar de terem preenchido os requisitos para aposentadoria nos termos das normas anteriores, optarem pela inativação de acordo com as regras do artigo 40 da CF, com a redação dada pelas EC 20/98 e 41/03. Nesse caso, ainda que os respectivos requisitos tenham sido preenchidos até 19/02/2004, os servidores podem optar pelo cálculo de seus proventos de acordo com a média aritmética estabelecida na MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004.

6) aos servidores que, tendo ingressado no Serviço Público até 16/12/98, optarem pela aposentadoria de acordo com a regra de transição prevista no artigo 2º da EC 41/03. Nesse caso, se os respectivos requisitos forem preenchidos a partir de 20/02/2004, data da edição da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004, o cálculo dos proventos será feito de acordo com a média aritmética.

7) aos servidores que ingressaram no Serviço Público até 16/12/98, que optaram pela aposentadoria de acordo com a regra de transição prevista no artigo 2º da EC 41/03 e que, apesar de terem preenchido os respectivos requisitos até 19/02/2004, optarem pelo cálculo de seus proventos de acordo com a média aritmética estabelecida na MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887/2004.

E para facilitar a compreensão de todas as hipóteses em que o Decreto nº 16.472/95 e a Lei nº 10.887/2004 serão aplicados, anexo a este despacho um esquema que contém todas as modalidades de aposentadoria atualmente existentes, com os respectivos fundamentos legais.

Quanto aos casos concretos submetidos à apreciação desta Especializada, tem-se o seguinte:

A servidora *Djanira Lopes dos Anjos* completou 60 anos de idade em **13/09/2003**. Considerando-se que preencheu os requisitos para aposentadoria por idade com proventos proporcionais antes da promulgação da EC 41/2003, a servidora tem duas opções: aposentar-se pelas regras do art. 40 da CF, com a redação da EC 20/98, c/c art. 3º da EC 41/03 ou pelas regras do art. 40 da CF, com a redação da EC 41/03.

Se optar pela aposentadoria de acordo com as regras do art. 40 da CF, com a redação da EC 20/98, c/c art. 3º da EC 41/03, os proventos da servidora deverão ser calculados de acordo com a remuneração do cargo efetivo em que se dará a inativação.

Se optar pela aposentadoria de acordo com as regras do art. 40 da CF, com a redação da EC 41/03, os proventos da servidora poderão ser calculados de duas maneiras: 1) de acordo com a remuneração do cargo efetivo em que se dará a

inativação, porque preencheu os requisitos antes da edição da MP nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004, ou 2) de acordo com a média aritmética, se assim optar.

A servidora *Raimunda Lima de Oliveira* completou 60 anos de idade em **12/05/2005**. Considerando-se que preencheu os requisitos para aposentadoria por idade com proventos proporcionais após a promulgação da EC 41/2003, a servidora terá de se aposentar pelas regras do art. 40 da CF, com a redação da referida emenda.

Nesse caso, seus proventos deverão ser calculados de acordo com a média aritmética, uma vez que preencheu os requisitos para aposentadoria após a edição da MP nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004.

É o entendimento que submeto à apreciação de Vossa Excelência.

**PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO –
PPE/PGE**, em Manaus - AM, 25 de agosto de 2006.

ISABELA PÉRES RUSSO ANDRADE
Procuradora do Estado

TIPOS DE APOSENTADORIA

1. REGRAS GERAIS DO ART. 40 DA CF/88, COM A REDAÇÃO DADA PELAS EC 20/98 E 41/03, VIGENTES A PARTIR DE 31.12.03

CLIENTELA: Servidores que ingressaram no serviço público a partir de 31.12.03 e que, havendo ingressado anteriormente, não preencheram os requisitos para aposentadoria de acordo com as normas então vigentes ou, tendo preenchido, optem por se aposentar de acordo com essas regras.

TIPOS:

I - VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS INTEGRAIS (ART. 40, § 1º, III, a):
10 ANOS NO SERVIÇO PÚBLICO
05 ANOS NO CARGO
60 ANOS DE IDADE E 35 DE CONTRIBUIÇÃO – HOMEM
55 ANOS DE IDADE E 30 DE CONTRIBUIÇÃO – MULHER

II - VOLUNTÁRIA POR IDADE COM PROVENTOS PROPORCIONAIS (ART. 40, § 1º, III, b):
10 ANOS NO SERVIÇO PÚBLICO
05 ANOS NO CARGO
65 ANOS DE IDADE – HOMEM
60 ANOS DE IDADE – MULHER

III – INVALIDEZ - PROVENTOS INTEGRAIS OU PROPORCIONAIS (ART. 40, § 1º, I)

IV – COMPULSÓRIA, COM PROVENTOS PROPORCIONAIS AO TEMPO DE SERVIÇO (ART. 40, § 1º, II):
70 ANOS DE IDADE

ABONO DE PERMANÊNCIA: § 19 DO ART. 40 - § 1º, III, a

CÁLCULO DOS PROVENTOS:

1. *Servidor que preencheu os requisitos até 19.02.2004:* os proventos podem ser calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria OU de acordo com a média aritmética estabelecida na MP nº 167, de 20.02.2004, convertida na Lei nº 10.887, de 18.06.2004.

2. *Servidor que preencher os requisitos a partir de 20.02.2004:* com base na média aritmética das remunerações que serviram de base para as contribuições previdenciárias aos regimes próprio e/ou geral.

DECRETO ESTADUAL Nº 16.472, DE 22.02.1995: Só será aplicado no caso do servidor que preencheu os requisitos até 19.02.2004, cujos proventos forem calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

2. REGRAS DE TRANSIÇÃO DA EC 41/03

2.1. ART. 2º, § 1º, DA EC 41

CLIENTELA: Servidores que ingressaram regularmente em cargo efetivo na administração pública até 16.12.98

TIPO:

VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS INTEGRAIS:

05 ANOS NO CARGO

53 ANOS DE IDADE E 35 DE CONTRIBUIÇÃO – HOMEM

48 ANOS DE IDADE E 30 DE CONTRIBUIÇÃO – MULHER

PERÍODO ADICIONAL DE 20% DO TEMPO QUE FALTAVA EM 16.12.98 PARA ATINGIR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

ABONO DE PERMANÊNCIA: § 5º DO ART. 2º DA EC 41/03

CÁLCULO DOS PROVENTOS:

1. *Servidor que preencheu os requisitos até 19.02.2004:* os proventos podem ser calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria OU de acordo com a média aritmética estabelecida na MP nº 167, de 20.02.2004, convertida na Lei nº 10.887, de 18.06.2004.
2. *Servidor que preencher os requisitos a partir de 20.02.2004:* com base na média aritmética das remunerações que serviram de base para as contribuições previdenciárias aos regimes próprio e/ou geral.

TABELAS DE REDUÇÃO DOS PROVENTOS PARA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA PELA REGRADO ARTIGO 2º, § 1º, DA EC 41/03

1. Servidor que preencheu os requisitos até 31/12/2005:

IDADE		(3,5% a.a.) % A REDUZIR	% A REDUZIR
HOMEM	MULHER		
53	48	24,5%	75,5%
54	49	21%	79%
55	50	17,5%	82%

56	51	14%	86%
57	52	10,5%	89,5%
58	53	7%	93%
59	54	3,5%	96,5%
60	55	0%	100%

2. Servidor que preencheu os requisitos a partir de 1º/01/2006:

IDADE		(3,5% a.a.) % A REDUZIR	% A REDUZIR
HOMEM	MULHER		
53	48	35%	65%
54	49	30%	70%
55	50	25%	75%
56	51	20%	80%
57	52	15%	85%
58	53	10%	90%
59	54	5%	95%
60	55	0%	100%

DECRETO ESTADUAL Nº 16.472, DE 22.02.1995: Só será aplicado no caso do servidor que preencheu os requisitos até 19.02.2004, cujos proventos forem calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

2.2. ART. 6º DA EC 41

CLIENTELA: Servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.03

TIPO:

VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS INTEGRAIS:

05 ANOS NO CARGO

10 ANOS NA CARREIRA

20 ANOS DE SERVIÇO PÚBLICO

60 ANOS DE IDADE E 35 DE CONTRIBUIÇÃO – HOMEM
55 ANOS DE IDADE E 30 DE CONTRIBUIÇÃO – MULHER

NÃO HÁ PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA O ABONO DE PERMANÊNCIA

CÁLCULO DOS PROVENTOS: com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

DECRETO ESTADUAL Nº 16.472, DE 22.02.1995: Sempre será aplicado.

3. REGRAS DO DIREITO ADQUIRIDO

3.1. APOSENTADORIA COM BASE NAS REGRAS VIGENTES ATÉ 16.12.98

CLIENTELA: Servidores que preencheram os requisitos para aposentadoria até 16.12.98.

TIPOS:

I - VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS INTEGRAIS (Art. 40, III, a, da CF/88 c/c art. 3º da EC 41/03)

35 ANOS DE TEMPO DE SERVIÇO – HOMEM

30 ANOS DE TEMPO DE SERVIÇO – MULHER

II - VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS PROPORCIONAIS (ART. 40, III, c, da CF/88 c/c art. 3º da EC 41/03)

30 ANOS DE TEMPO DE SERVIÇO – HOMEM

25 ANOS DE TEMPO DE SERVIÇO – MULHER

III - VOLUNTÁRIA POR IDADE COM PROVENTOS PROPORCIONAIS (Art. 40, § 1º, III, d, da CF/88 c/c art. 3º da EC 41/03)

65 ANOS DE IDADE – HOMEM

60 ANOS DE IDADE – MULHER

IV - INVALIDEZ - PROVENTOS INTEGRAIS OU PROPORCIONAIS (ART. 40, I, da CF/88 c/c art. 3º da EC 41/03)

V - COMPULSÓRIA COM PROVENTOS PROPORCIONAIS (ART. 40, II, da CF/88 c/c art. 3º da EC 41/03)

70 ANOS DE IDADE

CÁLCULO DOS PROVENTOS: com base na legislação vigente à época em que preencheu os requisitos para a aposentadoria.

DECRETO ESTADUAL Nº 16.472, DE 22.02.1995: Sempre será aplicado.

3.2 – COM BASE NO ARTIGO 8º DA EC 20/98 (REGRAS DE TRANSIÇÃO),
VIGENTE DE 16.12.98 A 30.12.03

CLIENTELA: Servidores que ingressaram regularmente em cargo efetivo na administração pública até 16.12.98.

TIPOS:

I. VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS INTEGRAIS (Art. 8º da EC 20/98 c/c art. 3º da EC 41/03);

05 ANOS NO CARGO

53 ANOS DE IDADE E 35 DE CONTRIBUIÇÃO – HOMEM

48 ANOS DE IDADE E 30 DE CONTRIBUIÇÃO – MULHER

PERÍODO ADICIONAL DE 20% DO TEMPO QUE FALTAVA EM 16.12.98
PARA ATINGIR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

II. VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS PROPORCIONAIS (Art. 8º, § 1º, da EC 20/98 c/c art. 3º da EC 41/03);

05 ANOS NO CARGO

53 ANOS DE IDADE E 30 DE CONTRIBUIÇÃO – HOMEM

48 ANOS DE IDADE E 25 DE CONTRIBUIÇÃO – MULHER

PERÍODO ADICIONAL DE 40% DO TEMPO QUE FALTAVA EM 16.12.98
PARA ATINGIR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

OBS.: O art. 8º da EC 20 foi revogado pela EC 41/03. Se o servidor houver preenchido os requisitos até 31.12.03 poderá aposentar-se de acordo com essas regras, conforme assegurado pelo art. 3º da EC 41/03.

CÁLCULO DOS PROVENTOS: com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

DECRETO ESTADUAL Nº 16.472, DE 22.02.1995: Sempre será aplicado.

3.3 - COM BASE NO ART. 40 DA CF, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA EC 20/98, VIGENTE DE 16.12.98 A 31.12.03

CLIENTELA: Servidores que ingressaram regularmente em cargo efetivo na administração pública até 16.12.98

TIPOS:

I. VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS INTEGRAIS (Art. 40, § 1º, III, a com a redação da EC 20/98 c/c art. 3º da EC 41/03):

10 ANOS NO SERVIÇO PÚBLICO

05 ANOS NO CARGO

60 ANOS DE IDADE E 35 DE CONTRIBUIÇÃO – HOMEM

55 ANOS DE IDADE E 30 DE CONTRIBUIÇÃO – MULHER

II. VOLUNTÁRIA POR IDADE COM PROVENTOS PROPORCIONAIS (Art. 40, § 1º, III, b com a redação da EC 20/98 c/c art. 3º da EC 41/03):

10 ANOS NO SERVIÇO PÚBLICO

05 ANOS NO CARGO

65 ANOS DE IDADE – HOMEM

60 ANOS DE IDADE – MULHER

III. INVALIDEZ - PROVENTOS INTEGRAIS OU PROPORCIONAIS (Art. 40, § 1º, I, com a redação da EC 20/98 c/c art. 3º da EC 41/03)

IV – COMPULSÓRIA PROVENTOS PROPORCIONAIS (Art. 40, § 1º, II, com a redação da EC 20/98 c/c art. 3º da EC 41/03)

70 ANOS DE IDADE

ABONO DE PERMANÊNCIA: § 1º DO ART. 3º DA EC 41/03

CÁLCULO DOS PROVENTOS: com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

DECRETO ESTADUAL Nº 16.472, DE 22.02.1995: Sempre será aplicado.

4. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA EC 47/05 (EFEITOS RETROATIVOS A 31/12/2003)

CLIENTELA: Servidores que ingressaram no serviço público até 16.12.98

TIPO:

VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS INTEGRAIS

25 ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO NO SERVIÇO PÚBLICO

05 ANOS NO CARGO

15 ANOS NA CARREIRA

35 DE CONTRIBUIÇÃO – HOMEM

30 DE CONTRIBUIÇÃO – MULHER

IDADE MÍNIMA RESULTANTE DA REDUÇÃO, RELATIVAMENTE AOS LIMITES DO ART. 40, § 1º, III, A DA CF, DE UM ANO DE IDADE PARA CADA ANO DE CONTRIBUIÇÃO QUE EXCEDER 35 ANOS, SE HOMEM OU 30, SE MULHER.

Exemplo: o homem que tem 36 anos de contribuição pode se aposentar com 59 anos de idade e assim sucessivamente.

CÁLCULO DOS PROVENTOS: com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

DECRETO ESTADUAL Nº 16.472, DE 22.02.1995: Sempre será aplicado.

EM SÍNTESE, COEXISTEM ATUALMENTE AS SEGUINTE S S ITUAÇÕES:

1) a dos servidores que cumpriram os requisitos para aposentadoria até 16/12/98 (promulgação da EC nº 20/98), assegurado o direito de optarem pela aposentadoria com base nas regras vigentes até aquela data ou nas demais regras posteriores, inclusive as gerais previstas no art. 40, §§ 3º e 17, com a redação dada pela EC 41/03;

2) a dos servidores que cumpriram os requisitos para aposentadoria entre 16/12/98 (promulgação da EC nº 20/98) e 31/12/2003 (promulgação da EC nº 41/2003 e vigência dos efeitos da EC nº 47/05), assegurado o direito de optarem pela aposentadoria com base nas regras vigentes até a data em que preencheram os requisitos para inativação ou nas demais regras posteriores, inclusive as gerais previstas no art. 40, §§ 3º e 17, com a redação dada pela EC 41/03;

3) a dos servidores que ingressaram no Serviço Público antes da promulgação das EC 20/98 e 41/2003, mas que não cumpriram os requisitos para a obtenção da aposentadoria pelas regras então vigentes;

4) a dos servidores que ingressaram e que virão a ingressar em cargo efetivo após a publicação da EC nº 41/2003.

PROCESSO Nº 2525/2006 – PGE (3772/2006-CASA CIVIL – 08050/2003-SUSAM – 3948/2005-AMAZONPREV)

PROCESSO Nº 2527/2006 – PGE (3677/2006-CASA CIVIL – 663/2006-SEDUC – 2006.2.05714-AMAZONPREV)

INTERESSADOS: Djanira Lopes dos Anjos e Raimunda Lima de Oliveira

ASSUNTO: Aposentadoria por idade com proventos proporcionais. Forma de cálculo dos proventos. Hipóteses de aplicação das regras constantes do Decreto nº 16.472/95.

DESPACHO

Aprovo o despacho retro, de fls. PGE-100/103, do Processo nº 2525/06-PGE, o qual, juntamente com este, deverá ser anexado, também, ao Processo nº 2527/06-PGE.

De se ressaltar, por oportuno, que o esquema apresentado às fls. PGE-104/111 foi elaborado no âmbito desta Especializada, visando facilitar a compreensão das hipóteses de aposentadoria atualmente existentes, não sendo ele, entretanto, exaustivo, não só porque deixou de ser tratada ali a hipótese de aposentadoria dos professores, para cuja inativação a CF prevê, em alguns casos, a redução de idade e tempo de contribuição, mas também porque poderá haver escapado dessa análise, alguma outra situação específica.

Com essas considerações, devolvam-se os autos à Casa Civil, observado o disposto no item II da Portaria nº 086/02-GPGE.

PROCURADORIA DO PESSOAL ESTATUTÁRIO-PPE/PGE, em Manaus, 28 de agosto de 2006.

ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
Procuradora-Chefe, em substituição

TRABALHOS FORENSES**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE
DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelos Procuradores do Estado infrafirmados, na conformidade do art.132 da Constituição da República c/c art.12, inciso I, do Código de Processo Civil, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com supedâneo no art. 25 da Lei n.º 8.038, de 28 de Maio de 1990, c/c o art. 4.º, da Lei 4348, de 26 de junho de 1964, ajuizar, a presente

S U S P E N S Ã O D E S E G U R A N Ç A

pelos fundamentos de fato e de direito que seguem, em face das decisões liminares e definitivas concedidas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, nas seguintes ações:

N. do Proc. Judicial	Nome da Parte	Decisão a suspender
2006.00.1395-7	Dulcinéia Souza da Silva	Liminar
2005.00.3321-7	Valdisa Costa dos Santos	Liminar
2006.00.1217-5	Leonardo Prestes Martins	Liminar
2005.00.4201-0	Elenise dos Santos Santos	Liminar
2005.00.5157-6	Naiã Aida de Oliveira Nobre	Liminar
2005.00.5019-6	Elza de Almeida Silva	Liminar
2006.00.1192-2	Alcimar Pessoa de Melo	Liminar

2005.00.4249-8	Maria das Graças A. da S. Byron	Liminar
2005.00.2993-3	Cecilio Porto Cromwell	Liminar
2006.00.0777-2	Raimundo Bezerra de Macedo	Liminar
2006.00.0271-0	M ^a do Perpétuo S. da S. Gomes e Outros	Liminar
2006.00.0334-1	Ari Castelo Branco	Liminar
2005.00.5145-9	Maria Lúcia Silva Ramos	Liminar
2006.00.0147-1	Vera Lúcia Marques Edward	Liminar
2006.00.0069-9	Emiliano Marques de Freitas	Liminar
2006.00.0644-0	Raimundo Astério Mota Pimentel	Liminar
2006.00.1554-2	Homero Leite de Almeida	Liminar
2006.00.1091-3	Ruy de Moura Bananeira	Liminar
2006.00.1475-3	Mário Jorge Souza Belota	Liminar
2006.00.1280-7	Júlio César Lemos de Almeida	Liminar
2005.00.2827-8	Maria do Perpétuo Socorro da Silva Cruz	Liminar
2005.00.1592-7	Oscar Moura dos Santos	Liminar
2005.00.4790-0	Cristina Fátima de Araújo Domingos	Liminar
2005.00.5020-6	José Carlos Campos Ferreira	Liminar
2006.00.1635-5	Eda Maria Oliva Souza	Liminar
2006.00.1093-7	Nicias Goreth Bastos Varjão	Liminar
2006.00.0062-0	Sandra Brasil Coutinho	Liminar
2006.00.0063-7	Júlia Magalhães da Rocha	Liminar
2006.00.0072-3	Jorge Almeida Brito	Liminar
2006.00.0183-5	Maria Miste Ribeiro Silva	Liminar
2006.00.0332-7	Maria Antônia da Silva Miranda	Liminar
2005.00.5156-9	Aldemira Pinheiro Pereira	Liminar
2006.00.1103-2	Marlene Vieira de Lima	Liminar
2006.00.1090-6	Eliane Corrêa Gentil	Liminar
2006.00.0615-8	Ana Maria Geraldês de Menezes	Liminar
2006.00.0054-1	Nelson Abrahim Fraiji	Liminar
2005.00.4751-5	Darcy Barros Brasil	Liminar
2006.00.0277-2	Waldemar Queiroz da Silva	Liminar
2005.00.2067-4	Francisco F. da Silva Sobrinho e Outros	Acórdão
2005.00.5119-8	Henrique Jorge Paes de Barreto	Acórdão
2004.00.1128-8	Francisco das Chagas G. Pereira	Acórdão

I – DA SÍNTESE FÁTICA E DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL

As decisões, cuja eficácia o Estado do Amazonas pretende suspender, foram proferidas em ações de mandado de segurança, por meio das quais os impetrantes pleiteiam majoração de suas respectivas vantagens pessoais de quintos, a eles individualmente atribuídas pelo revogado art. 82 da Lei Estadual n.º 1.762/86 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Amazonas – ESPCEA). Estabelecia o dispositivo em questão:

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

I – da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo;

II – do valor da função gratificada.

§ 1.º O acréscimo a que se refere este artigo ocorrerá a partir do sexto ano, à razão de um quinto por ano completo de exercício de cargo ou função de confiança até completar o décimo ano.

§ 2.º Quando mais de um cargo ou função houver sido desempenhado no período de um ano ininterruptamente, considerar-se-á, para efeito de cálculo da importância a ser adicionada ao vencimento do cargo efetivo, o valor do cargo ou da função de confiança exercido por maior tempo, obedecidos os critérios fixados nos itens I e II deste artigo.

§ 3.º Enquanto exercer cargo em comissão ou função de confiança, o funcionário não perceberá a parcela cuja adição fez jus, salvo no caso de opção pelo vencimento do cargo efetivo... (VETADO).

§ 4.º As importâncias referidas neste artigo não serão consideradas para efeito de cálculo de vantagens ou gratificações incidentes sobre o vencimento do cargo efetivo, nem para gratificação por tempo de serviço.

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

Vale destacar que esse dispositivo do ESPCEA foi expressamente revogado pelo art. 1.º da Lei Estadual n.º 2.531, de 16 de abril de 1999, que além de ressaltar as situações já estabelecidas, consolidou em uma denominada vantagem pessoal nominalmente identificada os valores que até então vinham sendo recebidos, sujeitando-os apenas à revisão geral de remuneração do funcionalismo público:

Art. 1º. Fica extinto o adicional pelo exercício de cargo ou função de confiança instituído pelo artigo 82 da Lei n.º 1.762, de 14 de novembro de 1986, e previsto nas Leis n.º 1.778, de 08 de janeiro de 1987, 2.271, de 10 de janeiro de 1994, e 1.869, de 07 de outubro de 1988.

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

A vantagem pessoal de quintos, adquirida pelo exercício de cargo ou função de confiança, é parcela de remuneração que se adiciona àquela do cargo efetivo, nos termos da legislação. No âmbito do Estado do Amazonas, a partir de abril de 1999, **essas parcelas foram transformadas em vantagem pessoal nominalmente identificada**, o que revela o claro intuito, embora não fosse necessário, de incorporá-las **sem qualquer vinculação ao regime jurídico de remuneração dos cargos e funções de confiança**.

Ocorre que, por meio de diversas alterações no regime jurídico da remuneração dos cargos e funções de confiança, as parcelas remuneratórias que os compõem foram gradativamente majoradas, de forma que, por evidência, deixaram de corresponder àquelas com base nas quais os impetrantes incorporaram suas vantagens pessoais. Como resultado, o cálculo de quintos que se procede, hoje, utilizando como base as atuais remunerações dos ocupantes de cargos e funções de confiança será nominalmente superior ao cálculo da vantagem que se proceda de acordo com a remuneração para a época de cada incorporação.

Além disso, é importante salientar que a remuneração de determinados cargos e funções de confiança é composta não somente pelo vencimento e pela representação, mas, também, por uma gratificação específica, a denominada Gratificação de Atividades Técnico-Administrativas – GATA. Essa gratificação, nos termos da legislação de servidores, é uma vantagem pessoal vinculada à produtividade do servidor em atividade – *pro labore faciendo*.

Em sendo uma vantagem pessoal, a GATA não integra a remuneração dos cargos e funções de confiança para qualquer efeito.

Não obstante, pretendem os impetrantes não somente a atualização de suas vantagens pessoais de quintos com base na atual remuneração de servidores que exercem os cargos e funções por si ocupados em outro tempo, mas também demandam no sentido de que seus quintos sejam calculadas também sobre a GATA paga aos servidores que atualmente ocupam os mesmos cargos e funções que outrora os demandantes exerceram.

Essas pretensões **encerram duplo equívoco**, pois além de pretenderem ter como base de cálculo gratificação à qual não fizeram jus quando exerceram esses cargos e funções, pretendem que uma verba com caráter pessoal, estatuído de acordo com a produtividade do atual servidor, sirva de base para sua vantagem de quintos. Ou seja, não bastasse a incorreta interpretação, *data venia*, do que venha a ser

estabilidade financeira, pretendem – e nesse sentido as decisões ora objurgadas lhes deram razão – que sejam utilizados como parâmetros as vantagens pessoais dos atuais ocupantes destes cargos e funções.

Assim, além de buscar vincular seus quintos ao regime jurídico de remuneração de pessoal, os impetrantes buscam vincular às vantagens pessoais dos atuais servidores, que não têm a menor pertinência com o cargo ou função de confiança que exercem.

Sendo assim, objetivamente, as liminares e acórdãos concessivos das seguranças pleiteadas neste sentido violam o disposto nas Leis n.º 4.348/64 e 5.012/66, além do que laboram em violação ao art. 37, XIII, da Constituição Federal, pois importam em vinculação de vantagens pessoais, outrora adquiridas com base em cargos e funções não mais exercidos, ao atual regime jurídico de remuneração do pessoal do Estado.

II – DO DIREITO

II.1 – DO CABIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO:

Pelo disposto no art. 4.º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, *"quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato."*

Os requisitos enumerados pela Lei são, segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ, Corte Especial; SS n.º 546-CE-AgRg; rel. Min. BUENO DE SOUZA; j. 19.12.1996; DJU de 19.12.1999, p. 41; STF, SS n.º 5.265-SP; rel. Min. NERI DA SILVEIRA; DJU de 07.12.1979), alternativos, de sorte que a lesão a qualquer daqueles bens jurídicos enseja, nos termos da lição de MARCELO ABELHA

RODRIGUES, a concessão da medida de *“sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público.”* (Suspensão da segurança – sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000).

II.2 DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICA

Há o fundado receio de que a concessão de liminares com o objeto ora tratado, sirva de **deletério estímulo para a repetição de tais ações e concessões de liminares, de graves conseqüências econômicas para o Erário estadual.**

A interposição do presente pedido, diante de vários casos que se vem anunciando, confirma os receios do Estado do Amazonas. Assim, evidencia-se que as **decisões concessivas, pelo seu efeito multiplicador, ameaçam de grave lesão à ORDEM e à ECONOMIA PÚBLICA**, consoante será demonstrado a seguir, razão pela qual urge a necessidade de sua imediata suspensão, por ato dessa DD. Presidência (cf. em anexo cópias de várias decisões liminares de igual teor proferidas pelo TJAM).

II.2.1 – DA GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA

Segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a proteção à ordem pública se manifesta em, pelo menos, duas frentes: a proteção à ordem administrativa e à ordem jurídica. Com efeito, segundo o Min. NERI DA SILVEIRA, cuja concepção acerca do ponto vem sendo seguida pelos demais Ministros tanto do STF quanto do STJ,

“quando na Lei n.º 4.348/1964, se faz menção a ameaça de lesão à ordem, tenho entendido que não se compreende aí, apenas a ordem pública, enquanto esta se dimensiona em termos de segurança interna, porque explicitamente de lesão à segurança, por igual, cogita o art. 4.º da Lei 4.348/1964.

Se a liminar pode constituir ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força da lei, nas suas múltiplas manifestações, cabe ser suspensa sua eficácia pelo Presidente do Tribunal. Não pode, em verdade, o juiz decidir contra a lei. Se esta prevê determinada forma para a prática do ato administrativo, não há o juiz, contra a disposição normativa, de coarctar a ação do Poder Executivo, sem causa legítima. Fazendo-o atenta contra a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração." (STF; SS n.º 5.265-SP; rel. Min. NERI DA SILVEIRA; DJU de 07.12.1979).

Assim, se o juiz, **decidindo contra lei**, expede ordem judicial que importará em grave lesão à ordem estabelecida para ação da Administração nas suas múltiplas manifestações, cabe o pedido de suspensão por lesão à ordem administrativa.

Dentro dessa linha, sempre que a decisão proferida contiver uma visível impropriedade, for visivelmente contrária à lei, for – segundo preceitua o art. 4.º da Lei n.º 8.437/92, "*manifestamente ilegítima*", far-se-á cabida a sustação dos seus efeitos pelo instrumento da Suspensão.

Descendo-se, agora, aos lindes do caso concreto, quer parecer claro que as liminares e acórdãos, cuja suspensão se pretende, são atos visceralmente atentatórios à ordem jurídica, visto que foram concedidas as ordens mandamentais com desrespeito a expressas vedações impostas pelas Leis Federais n.ºs 4.348/64 e 5.021/66 e Lei Estadual n.º 2.531/99, e que tem fundamento de validade no Texto Constitucional, disciplinando, no Estado, a vedação constitucional de vinculação e equiparação remuneratória no serviço público.

Cumprе enfatizar que a Constituição Federal de 1988, já em sua redação original, continha vedação quanto à vinculação ou equiparação remuneratória entre servidores públicos. Era o que preceituava o art. 39, § 1.º, da Lei Maior, vigente ao tempo da edição da Lei nº 2.619, de 01.12.2000, *in verbis*:

Art. 39. (...).

§ 1.º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

O caso *sub examine* representa clara situação de vinculação de vencimentos, posto que os Impetrantes pretendem a atualização de vantagens pessoais incorporadas no mesmo valor pago aos servidores que atualmente desempenham os respectivos cargos.

Nesse sentido, tem-se que a vedação que o art. 5.º da Lei 2.531/99 promoveu, no âmbito do funcionalismo estadual, em consonância com a CF/88, **EXPRESSA** desvinculação entre espécies remuneratórias. Em outras palavras, mesmo que antes da edição da Lei n.º 2.531/99 fosse diferente, a partir dela tornou-se **PROIBIDO** calcular e pagar determinada espécie remuneratória, como, *in casu*, a vantagem pessoal de quintos, tomando-se por base outra ou atual padrão remuneratório – leia-se regime jurídico remuneratório.

Nem se argumente, doutra banda, pela existência de violação, por parte da referida Lei Estadual n.º 2.531/99, aos preceitos constitucionais insculpidos no art. 5.º, XXXVI, da CF/88, haja vista que *“a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido da constitucionalidade de leis estaduais instituidoras da estabilidade financeira e não ilide a possibilidade, sem ofensa a direito adquirido, que o cálculo da vantagem seja desvinculado, para o futuro, dos vencimentos do cargo em comissão outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo. II. – Precedentes do STF: SS 844, Pertence, “DJ” de 1º.02.96; RE 233.958/PE, Pertence; RE 293.503/PE, M. Corrêa, “DJ” de 24.9.2001;*

RE 285.494/PE, Néri da Silveira; RE 294.983/PE, Velloso.” (STF-2.^a Turma, RE 324875 ED/PE, rel. Min. CARLOS VELLOSO).

Não tem cabimento, portanto, a pretensão dos Impetrantes em ter reajustadas suas vantagens pessoais. O direito adquirido à percepção de uma determinada vantagem **não significa, em absoluto, direito adquirido à forma de cálculo da mesma ou ao seu constante aumento.**

Observa-se, nesse caso, a patente ilegalidade da decisão, que finda por assegurar aos Impetrantes, ao arrepio da Lei n.º 2.531/99 que disciplina no Estado a vedação à vinculação prevista na Constituição Federal, uma injurídica vinculação remuneratória.

Outrossim, a Liminar ora guerreada esbarra nas disposições do art. 1.º, § 4.º, da Lei 5.021/66, e do art. 5.º, da Lei 4.348/64, literalmente reproduzidas:

LEI Nº 4.348/64

Art. 5.º Não será concedida a medida liminar de mandado de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

LEI Nº 5.021/66

Art. 1.º (...).

(...).

§ 4.º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Ora, é evidente que as decisões ora objugadas, ao assegurar aos servidores Impetrantes a atualização de vantagens pessoais de acordo com a atual remuneração dos cargos outrora exercidos, findou por determinar o pagamento de vencimentos, em clara violação não apenas ao disposto no art. 1.º, § 4.º, da Lei 5.021/66, mas, também, do disposto no art. 5.º, da Lei 4.348/64, por estar assegurando a concessão de um aumento remuneratório.

II.2.2. - DA GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA E O EFEITO MULTIPLICADOR

O Estado do Amazonas possui aproximadamente 110 mil servidores públicos ativos. Muitos deles incorporaram, ao longo de sua vida funcional, vantagem pessoal, especialmente os quintos, objeto das ações cujas decisões ora se pretendem suspender.

Como bem pode observar Vossa Excelência, as liminares e decisões concessivas determinam a atualização de valores para importâncias elevadas frente aos valores que vinham sendo pagos pelo Estado. **Há casos em que a vantagem pessoal, por conta das decisões, passam de R\$ 70,00 (setenta reais) para 2.000,00 (dois mil reais), dentre outros até mais gravosos.**

O Tribunal de Justiça do Estado, invariavelmente, quando não extingue o processo sem julgamento de mérito por falta de algum documento necessário, concede a medida liminar, determinando o imediato aumento da despesa de pessoal, por meio de ordem para atualização financeira de vantagem pessoal. Frente ao efeito multiplicador de tais decisões, não resta difícil prever a enorme despesa não orçada para o exercício.

A gestão de pessoal, diante de tais decisões, torna-se extremamente vulnerável, especialmente considerando que, por óbvio, a gigantesca quantidade de liminares, sendo as presentes uma microscópica fração, provocam um aumento absolutamente imprevisível da despesa de pessoal. O deslocamento de recursos ou abertura de créditos específicos para tal irão certamente interferir na gestão econômica em outras áreas, como serviços públicos e investimentos em projetos de grande alcance social.

É de se ver, portanto, que a questão financeira passará, caso não suspensas as decisões concessivas, a interferir na gestão econômica do Estado, com graves reflexos em diversas áreas de atuação da política pública.

A Administração Pública, compelida a atrelar padrões remuneratórios, perde as condições de avaliar, controlar, planejar, executar e rever a política remuneratória dispensada às diversas carreiras, ante a ameaça constante de repercussão financeira ilegal e inesperada, bem como não condizente com a responsabilidade esperada na gestão fiscal e orçamentária rigorosamente submetida à Lei de Responsabilidade Fiscal que, no lastro da Constituição Federal, impõe limitações aos gastos com pessoal, sob pena de restrições para recebimento de repasses voluntários pela União.

As equiparações aqui conferidas implicam a quebra da segurança jurídica indispensável à continuidade da execução da política previdenciária e remuneratória dos servidores do Estado do Amazonas, tendo em vista o descontrole que acarretam as liminares concedidas e o **malsinado efeito multiplicador que torna extremamente difícil a gestão de pessoal, sobretudo a formulação e execução de política remuneratória consentânea com a Reforma Constitucional que se busca efetivar como instrumento indispensável à melhoria dos serviços públicos.**

Dessa maneira, como provam as liminares e decisões concessivas anexas, há que se reconhecer que as mesmas vêm estimulando centenas de servidores da Administração Estadual a utilizarem a via do mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça Estadual, para fins de assegurar a atualização do valor das vantagens incorporadas, em razão do exercício de cargo comissionado, nos mesmos valores percebidos pelos servidores da ativa.

Conforme orienta o STF, o efeito multiplicador de determinada decisão individual impugnada demanda a suspensão de sua eficácia, pois há de se considerar o perigo de dano à ordem pública que exsurge da possibilidade de estimular novas e idênticas causas individuais que somadas agigantam o efeito lesivo primitivo (dentre outros, STF - SS 2466; SS 1492 AgR; SS 1817 AgR; SS 1489 AgR).

No caso concreto, o efeito multiplicador é significativo, pois são inúmeros servidores em idêntica situação que se vêm

estimulados a demandar o Estado do Amazonas, tornando previsível o ajuizamento de diversas ações que somadas às atuais causarão gigantesca e quiçá irreversível lesão no tocante ao gasto com pessoal, evidenciando o risco iminente à economia pública.

Assim, demonstrado que o princípio da legalidade foi visceralmente violado pela decisão concessiva da medida liminar, e que há evidente lesão à ordem jurídica e administrativa e, sobretudo, à economia pública, tem-se como legítima a formulação do presente pedido de suspensão.

III – PEDIDO

À vista de tudo quanto se expôs, tem o Estado do Amazonas como certo que concorrem os pressupostos de admissibilidade e de procedência do presente pedido, razão pela qual espera que Vossa Excelência, em acatamento aos fundamentos ora apresentados, haverá de atendê-lo, ordenando a suspensão das liminares e acórdãos concessivos em referência.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.
Brasília, 15 de agosto de 2006.

LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
Subprocurador-Geral Adjunto do Estado

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
Procuradora do Estado do Amazonas
Procuradora-Chefe da PE/DF

RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
Procurador do Estado do Amazonas

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

Processo nº 001.06.028667-0

O ESTADO DO AMAZONAS, pessoa jurídica de direito público interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, inscrita no CNPJ sob nº 04.312.369/0011-62, situada na Rua Emílio Moreira, nº 1308 – Praça 14 de Janeiro, onde receberá as intimações, por sua Procuradora infra-assinada, em conformidade com os artigos 132 da CF e 12-I do CPC, nos autos da **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA** movida por **SERRARIA MORAES LTDA**, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, em razão dos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Sustenta a Autora, em síntese, que é legítima proprietária de um imóvel situado na Av. Leopoldo Peres, n.º 1.251, Bairro de Educados, porém, ao realizar a desapropriação amigável, apenas recebeu pelo valor das acessões e benfeitorias edificadas no terreno, no valor de R\$ 992.446,86, não tendo recebido nenhuma quantia pelo valor da terra nua. Eis a síntese da *litiscontestatio*.

PRELIMINARMENTE

Antes, convém esclarecer o conceito e o alcance da desapropriação indireta, razão por que pedimos vênia para transcrever o resumo doutrinário extraído de artigo de autoria do Dr. Ruy Marcelo Alencar de Mendonça:

“A doutrina tem se manifestado de modo inequívoco quanto ao conceito da desapropriação indireta, traduzindo-a como fato jurídico-administrativo, consistente no apossamento definitivo de bem alheio, pelo Poder Público, com o seu consequente emprego a obras e serviços públicos, sem o devido processo legal.

Nesse sentido, JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES resume a figura como sendo a desapropriação 'que se realiza às avessas sem o devido processo legal' (*in* A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência).

Palmilhando esse trilha, o saudoso HELY LOPES MEIRELES, em sua consagrada obra Direito Administrativo, assevera que a desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade praticado pela Administração.

A mesma idéia reponta no magistério de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, a quem se atribui a assertiva de que 'a desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência das formalidades e cautelas do procedimento expropriatório'.

(...)

A ação de desapropriação indireta, por conseguinte, consiste em ação real, em que o particular desapossado pretende a fixação e pagamento da justa indenização pela perda da propriedade.

Trata-se, pois, de solução consentânea com o interesse público para composição definitiva dos danos provocados pela prática de ato ilícito pela Administração Pública, consistente no despojamento da propriedade privada. Ao invés da devolução do bem *in natura*, mediante o uso dos interditos possessórios ou petitório, que poderiam causar solução de continuidade e prejuízos aos serviços e obras públicas em cuja consecução esteja sendo empregado o bem apossado, possibilita-se tão-somente ao particular deduzir a pretensão de indenização pela perda da propriedade, como se de desapropriação regular se tratasse o fato administrativo, convalidando-se assim os seus efeitos com a concretização da aquisição do bem apossado ao domínio público."¹

¹ Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, As ações de indenização por desapropriação indireta sobre áreas de interesse ambiental: abusos e desvirtuamentos. Rev. Jurid. Amaz. Manaus, PGE/IPAAM, v. 1, n. 1, p. 78-9, ago./out. 1998.

O imóvel objeto da lide está inserido na área declarada de utilidade pública e interesse social pelo Decreto Estadual nº 24.868, de 23/03/2005, tendo sido indenizado pelo valor das acessões construídas, porque o terreno é integrante do patrimônio público estadual na condição de terra devoluta, haja vista a informação prestada pela Secretaria de Política Fundiária, de que se trata de imóvel não matriculado de jurisdição do Estado.

Marcelo Beserra² ensina, a respeito do tema:

"O Poder Público, através de seus agentes e seus concessionários, muitas vezes, prescinde dos procedimentos legais administrativos nos casos de desapropriação, e por que não dizer, movido por *dolo*, para safar-se da obrigação de pagar previamente a indenização ao proprietário, apossa-se ilicitamente do bem, sem qualquer comunicação prévia, cuja conduta revela verdadeiro esbulho possessório. Esse ilícito administrativo, cuja nomenclatura no caso é tratada pela doutrina e jurisprudência eufemisticamente como apossamento administrativo, é mais conhecido como desapropriação indireta, que é fruto de criação pretoriana, conforme já assentou o Excelso Supremo Tribunal Federal em acordo (sic) inserto na RT 465/238, *verbis*:

'A chamada desapropriação indireta, criação pretoriana à base de reivindicação convertida em indenizatória de esbulho, funda-se, em última análise, na prática de ato ilícito dos prepostos da autoridade que deveria ter promovido desapropriação com imissão de posse e, entretanto, não o fez, ordenando a violência ou fraude contra o particular'.

Há casos em que o Poder Público declara o bem de utilidade ou necessidade pública, bem ainda, de interesse social, conquanto não proceda o ajuizamento da ação de desapropriação, mas no entanto apossa-se do mesmo. Noutros casos, sequer edita qualquer decreto.

² Desapropriação no direito brasileiro, Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 227.

Na ocorrência desse ilícito administrativo, cabe ao proprietário promover ação de indenização por apossamento administrativo, mais conhecida como de desapropriação indireta, pela qual busca a indenização do justo preço do bem apossado administrativamente, com os acréscimos de eventuais perdas e danos, juros compensatórios e moratórios, ressarcimento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios."

Portanto, na impossibilidade de procedência da ação reivindicatória ajuizada pelo particular contra o Poder Público, converte-se em indenizatória por esbulho, cujo fundamento é o ato ilícito perpetrado pela Administração contra propriedade individual devidamente comprovada.

In casu, não se verifica a ocorrência do ato ilícito praticado pela Administração Pública estadual, haja vista que houve decreto declaratório de utilidade pública e interesse social e pagamento de indenização pelas acessões e benfeitorias, conforme termo de indenização. A Administração não indenizou pelo valor do terreno porque este pertence ao Estado.

Em sendo assim, Excelência, não há que se falar em desapropriação indireta, eis que não houve invasão, pelo Estado do Amazonas, de área particular sem o correspondente pagamento da indenização.

CARÊNCIA DE AÇÃO 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, isto é, que o pedido possua referência legal.

Na hipótese em apreço, a Autora não comprovou a propriedade do terreno; verifica-se a ilegitimidade ativa.

Somente tem legitimidade para propor ação de desapropriação indireta o proprietário da terra, mediante

exibição da cadeia de reconstituição imobiliária descendente de título definitivo validamente expedido pelo Poder Público.

Ademais, por meio de seu representante legal, de livre e espontânea vontade, a Autora aceitou o pagamento da indenização pelas acessões e benfeitorias, cujo termo se constitui em ato jurídico perfeito e acabado, configurando-se preclusão lógica.

O negócio jurídico entabulado entre as partes não padece de nenhum vício, já que reúne todas as condições de validade e eficácia impostas pela legislação, quais sejam: objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei e capacidade das partes (artigo 104 do Código Civil).

Aqui, não se cuida de ato jurídico nulo, muito menos anulável, não havendo fundamento jurídico para desconstituir o acordo celebrado entre as partes, eis que não estão presentes nenhuma das hipóteses legais descritas nos artigos 166 e 171 do Código Civil. Senão, vejamos.

Estabelece o artigo 166 do Código Civil as causas de nulidade absoluta do negócio jurídico: incapacidade do agente, ilicitude do objeto ou do motivo, forma contrária à lei, ausência de solenidade essencial, finalidade de fraude ou prática proibida por lei. De imediato, é possível afirmar que nenhuma delas está presente no termo de indenização, aliás, foi sequer alegada pela Autora.

De igual forma, não há que se falar em nulidade relativa, ante a inoccorrência de incapacidade relativa ou vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, não se aplicando o disposto no artigo 171 do Código Civil.

Destarte, o pedido formulado pelo Autor esbarra na impossibilidade jurídica, à medida que não encontra respaldo legal.

A respeito, a jurisprudência assim se manifesta:

“Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico,

ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa (STJ-RT 652/183, maioria)."³

Ante o exposto, requer seja acolhida a preliminar argüida, para o fim de decretar a carência de ação, pela impossibilidade jurídica do pedido, julgando-se extinto o processo sem julgamento do mérito, com base no artigo 267-VI do CPC, e condenando-se a Autora nas verbas sucumbenciais.

AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO

É irremediável a falta de prova pré-constituída da propriedade imobiliária, por ser documento indispensável à propositura da ação.

Por força dos artigos 283, 396 e 333-I, do CPC, cabe ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito, devendo instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Documentos indispensáveis são aqueles nos quais o pedido está fundamentado, isto é, que fazem prova das alegações do autor.

O Prof. J. J. Calmon de Passos⁴, ao cuidar da matéria, reconheceu a absoluta imperatividade na produção da prova documental, pelo autor, no momento do ajuizamento da petição inicial e a conseqüente preclusão do direito de juntar os documentos indispensáveis após a contestação, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito.

A respeito, leia-se a posição da jurisprudência:

"Quando proposta a ação, a inicial deve vir instruída com os documentos necessários, só se permitindo a juntada posterior

³ Theotônio Negrão. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 34. ed., colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, São Paulo: Saraiva, nota 33 ao art. 267, p. 338.

⁴ apud R. Reis Friede, Questões de direito positivo (à luz do novo ordenamento jurídico em vigor), Rio de Janeiro: Biblioteca Estácio de Sá, 1993. p. 98.

deles se a parte provar que não o fez, no momento oportuno, por motivo de força maior. Na ausência de tais documentos, extingue-se o processo nos termos do art. 267, VI, do CPC (Ac. unân. da 2ª T. do TJMS de 20.9.89, na apel. 2.386/89, rel. des. Nelson Mendes Fontoura)."⁵

(grifos não constantes do original)

"Os documentos indispensáveis à propositura da ação não são só aqueles que a lei expressamente exige, como, também, aqueles nos quais a pretensão se ampara (Ac. unân. da 14ª Câmara do TJSP de 27.6.89, no agr. 145.592-2, rel. des. Franklin Neiva; RJTJSP 120/376)."⁶

(grifos não constantes do original)

"Toda documentação essencial à propositura da ação deve vir com a petição inicial, para o juiz decidir segundo o alegado e provado. Não pode, por conseguinte, a prova ser posterior à solução heterônoma do conflito de interesses, salvo exceções cabíveis (Ac. unân. da 8ª Câmara do 2º TACivSP de 11.3.86, na apel. 188.422-6, rel. juiz Garreta Prats; JTACivSP 102/349)."⁷

(grifos não constantes do original)

"É obrigação da parte, e não do juiz, instruir o processo com os documentos tidos como pressupostos da ação que, obrigatoriamente, devem acompanhar a inicial ou a resposta (art. 283 do CPC)" (STJ-1ª Turma, REsp 21.962-4-AM, rel. Min. Garcia Vieira, j. 10.6.92, negaram provimento, v.u., DJU 3.8.92, p. 11.269)."⁸

(grifos não constantes do original)

"Os pressupostos processuais são requisitos necessários para que a relação jurídica processual se constitua e tenha validade e, assim, à falta de qualquer um deles acarreta a

⁵ Alexandre de Paula, Código de processo civil anotado, vol. II, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, nota 7 ao artigo 283, p. 1199.

⁶ Alexandre de Paula, obra citada, nota 17 ao artigo 283, p. 1200.

⁷ Alexandre de Paula, obra citada, nota 21 ao artigo 283, p. 1201.

⁸ Theotonio Negrão, Código de processo civil e legislação processual em vigor, 37. ed., São Paulo: Saraiva, nota 2c ao artigo 284, p. 394.

nulidade *ex radice* do processo e, por isso mesmo, impossibilita a decisão sobre o merecimento do pedido (Ac. unân. da 1ª Câm. do TJES de 17.9.85, na apel. 13.944, rel. des. Hilton Sily; Rev. TJES, vol. 40/172).⁹

Deveria a Autora ter juntado aos autos a prova de que o imóvel fora validamente destacado do patrimônio público por meio de titulação definitiva, porque se cuida de ação de direito real.

O fato é que, sem prova, não há como se dar guarida aos argumentos da Autora e, em nenhum momento, restou provado que o imóvel de propriedade da Autora foi validamente destacado do patrimônio público.

Frise-se que tal prova cabe à Autora, já que o Estado do Amazonas não pode provar fato negativo, isto é, que não expediu título definitivo naquela área.

Assim sendo, entende o Réu que não se aplica à hipótese o artigo 284, do CPC, eis que se trata de defeito substancial, insuscetível de correção, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pois não se trata de documento novo ou de fato superveniente à propositura da ação, mas de documento indispensável.

Com efeito, em se tratando de documentos destinados a fazer prova das alegações, incumbe ao Autor juntá-los com a petição inicial, pois alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Neste sentido, merece destaque a seguinte lição de J. J. CALMON DE PASSOS¹⁰:

"O momento para a produção da prova documental, pelo autor, é o do ajuizamento da petição inicial (art. 396). Se não produzido o documento nessa oportunidade, precluso estará o seu direito de trazê-lo aos autos com fins probatórios.

⁹ Alexandre de Paula, obra citada, nota 56 ao artigo 267, p. 1063.

¹⁰ apud R. Reis Friede, obra citada, p. 98.

Somente quando se cuida de fazer prova de fato ocorrido após os articulados, ou de contraprova à que foi produzida na circunstância apontada, é que se admitirá a produção de documento, pelo autor, após a inicial. Em face disso, nem só os documentos ditos indispensáveis à propositura da ação (sic) devem acompanhar a inicial. Anexados a ela deverão estar todos os documentos que constituem fonte de prova para a demanda do autor, sob pena de não mais deles poder utilizar-se no processo."

As lições e decisões acima transcritas aplicam-se como uma luva ao caso em tela, pois a Autora não fez a prova de que seu título de propriedade deriva de área validamente destacada do patrimônio público.

Isto posto, espera seja acolhida a preliminar argüida, para o fim de extinguir o processo sem julgamento, por ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, eis que o Autor não juntou aos autos provas indispensáveis à obtenção da pretensão, condenando-o aos ônus da sucumbência, sob pena de se negar vigência aos artigos 283, 396 e 333-I, do CPC.

DO MÉRITO

O Estado do Amazonas protesta desde já pelo inexorável decreto de improcedência do pedido, à consideração da manifesta falta de arrimo jurídico para a pretensão externada.

Ora, a Autora anseia obter, por meio da Ação de Indenização por Desapropriação Indireta, indenização de terreno que, a bem da verdade, constitui propriedade do Estado do Amazonas.

O imóvel objeto da lide é constituído de terras pertencentes ao domínio público, porque não foram validamente destacadas.

A informação técnica de que o imóvel objeto da lide está situado em área não matriculada de jurisdição do Estado

significa que o imóvel não está matriculado em nome do Estado do Amazonas, mas também que o imóvel não foi validamente destacado do patrimônio público estadual, estando sujeito à arrecadação como terra devoluta.

As terras devolutas foram adquiridas pelo Estado 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.”

Este também é o entendimento de um dos nossos maiores administrativistas, Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 30. ed., p. 531):

"Terras devolutas são 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 traspassaram, em parte, aos municípios. (...)"

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.

Dessa feita, o Estado do Amazonas, 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 sujeito 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. 66, 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:

¹¹ Correspondente aos artigos 99, 100 e 102 do atual Código Civil.

"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."

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 fáctico 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.

Por esta razão, não se concebe pretensa posse *ad interdicta* do Autor da ação oponível ao Estado do Amazonas, 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 pela Autora 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 Estado do Amazonas 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.

Cumprindo seu mister, o Estado do Amazonas declarou a área em que está inserido o imóvel objeto da lide de utilidade pública e interesse social, com o objetivo de implantar

o Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus – PROSAMIM, cuja finalidade é a promoção do saneamento e da utilização racional do uso do solo às margens dos Igarapés que compõem a Bacia Hidrográfica dos Educandos, na cidade de Manaus, com vistas à preservação do meio ambiente, com a conseqüente melhoria da qualidade de vida da população amazonense.

Ante a informação da Secretaria de Política Fundiária de que o imóvel objeto da lide estava inserido em terras do Estado do Amazonas não matriculadas, não poderia o Estado do Amazonas efetuar o pagamento da terra nua, porque estaria pagando por uma área que já lhe pertence por destinação legal.

Isto posto, espera seja julgado totalmente improcedente o pedido, uma vez que o imóvel constitui terras devolutas.

DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Ad argumentandum tantum, na eventual hipótese de procedência do pedido, o valor da indenização apresentado pela Autora não merece prosperar, devendo ser realizada perícia.

Neste sentido, confira-se a lição de Mário Roberto N. Velloso¹²:

“Tirante a hipótese de o expropriado concordar com o preço oferecido pelo expropriante, circunstância assazmente difícil de ocorrer, a prova por excelência na ação expropriatória é a perícia de engenharia, que determinará, ou fornecerá, os subsídios necessários para a avaliação do valor de mercado do imóvel objeto da constrição estatal. Mesmo que as partes não requeiram a perícia, deve o juízo determiná-la de ofício, pois sem ela não há como julgar a causa com justiça. Já se disse anteriormente inclusive que a revelia não dispensa a avaliação.

¹² Desapropriação – Aspectos Cíveis. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 61.

O magistrado não pode dispensar a perícia para julgar baseado no conhecimento pessoal sobre o mercado imobiliário local; o juiz pode não ser leigo em matéria de avaliações, pois julgando algum tempo na comarca e tendo contato com outros casos pode ter noção do valor de mercado. Mas não é um técnico na matéria, devendo a avaliação ficar a cargo dele, até para preservar a imparcialidade do juiz e permitir às partes melhor aproveitamento do contraditório processual."

Ademais, não foi apresentada pela Autora a ART-Anotação de Responsabilidade Técnica do engenheiro que elaborou o laudo acostado à exordial.

Em sendo assim, o Estado do Amazonas impugna, desde logo, o valor apresentado pela Autora a título de indenização e requer a realização de perícia, para apurar o real preço de mercado.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, espera seja acolhida uma das preliminares argüidas, para o fim de extinguir o processo sem apreciação do mérito, condenando-se a Autora aos ônus sucumbenciais.

Caso assim não entenda, espera seja julgado totalmente improcedente o pedido, condenando-se a Autora nos ônus sucumbenciais.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exclusão de nenhum, notadamente depoimento pessoal das partes, juntada de novos documentos e perícia, o que se requer desde logo.

Nestes Termos

Pede Deferimento.

Manaus, 16 de outubro de 2006.

ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA

Procuradora do Estado – OAB/AM nº 2.334

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
AMAZONAS**

PROCESSO Nº 20000276-7

ESTADO DO AMAZONAS – CNPJ 04.312.369/0011-62, representado pelo Procurador do Estado que a esta subscreve, na forma do art. 132 da Carta Magna combinado com o artigo 12, inciso I do CPC, nos autos da **AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE** movida por **MINERAÇÃO ITAETÊ LTDA** contra **SUPERINTENDÊNCIA DE URBANIZAÇÃO HABITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS**, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Carta Magna, interpor **RECURSO ESPECIAL**, consubstanciado nas inclusas razões, requerendo, após o cumprimento das formalidades legais, a remessa dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para apreciação.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Manaus, 22 de fevereiro de 2006.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
Procurador do Estado do Amazonas

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL.**

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

RECORRENTE/ASSISTENTE: ESTADO DO AMAZONAS

**ASSISTIDA: SUPERINTENDÊNCIA DE URBANIZAÇÃO E
HABITAÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS – SUHAB**

RECORRIDA: MINERAÇÃO ITAETÊ LTDA

Egrégio Tribunal,

1 - DA SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de ação de manutenção de posse movida pela Recorrida em face da Assistida, na qual alega que a Assistida procedeu a turbação da área.

No decorrer da ação de manutenção de posse, ingressou a Recorrida com ação de atentado. Ambos os processos foram julgados procedentes, inclusive com a determinação, na ação de atentado, de desfazimento de construções.

Na petição inicial da ação de manutenção de posse, a Recorrida pleiteou a posse com base no domínio, apresentando a matrícula 13.790 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Manaus, tendo como registro anterior à matrícula 13.097 do mesmo cartório que por seu turno possui como matrícula anterior, portanto, a matrícula raiz, a de nº 9.272 também do 1º Ofício.

A Assistida, contestando o feito, também alegou o domínio, apresentando a matrícula 20.366 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Manaus, adquirido por doação do Assistente, Estado do Amazonas, proprietário original.

A Assistida, em sua contestação, comprovou que a matrícula primeira do imóvel da Recorrida, isto é, a de nº 9.272

fora objeto de cancelamento pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas em face de tratar-se de título de outra comarca, ou seja, a área que originou o registro na matrícula 9.272 jamais foi no lugar ocupado pela Recorrida.

Portanto, trata-se de posse disputada com base no domínio, pois as partes apresentam-se como proprietários do bem imóvel.

Julgando o feito, a 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual julgou procedente o pedido para manter a Recorrida na posse do imóvel, assim a desfazer as construções porventura efetuadas na área, afastando a hipótese de disputa da posse com base no domínio.

Publicada a sentença de primeiro grau, não constou da publicação (anexa), o nome do Estado do Amazonas, como Assistente, não havendo, por consequência, a interposição de apelação em nome do Assistente.

Em sede de apelação, a Assistida protestou pela reforma da decisão, demonstrando tratar-se de verdadeira proprietária da área, reiterando que a matrícula originária fora cancelada e, por via de consequência, das matrículas subseqüentes, entre elas a da Recorrida, em face do princípio da continuidade do registro público.

O Recorrente, descobrindo ocasionalmente que o processo encontrava-se em sede de apelação, sem que tenha sido intimado da decisão de primeira instância, sentiu-se, na qualidade de Assistente, violado em seu direito de defesa e devido processo legal.

Nesse sentido, o Recorrente ingressou com os pedidos constantes as fls. 855/856 e 860/864 alegando justamente a violação ao devido processo legal e ao amplo direito de defesa, pleiteando, em consequência, a nulidade do processo.

No v. acórdão que se pretende reformar, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por meio da 2ª Câmara Cível, afastou, novamente, a discussão da posse com base no domínio e rejeitou os pedidos formulados pelo

Recorrente, asseverando que a interposição de apelação pela Assistida supre a ausência de intimação do Assistente.

2 - DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

O presente recurso especial fundamenta-se no art. 105, inciso III, letras "a" e "c" da Constituição Federal, porquanto contrariados, pelo v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, os artigos 236, §1º, 242 e 506, todos do Código de Processo Civil Brasileiro e do art. 505 do Código Civil de 1.916 e da Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, além da divergência jurisprudencial.

A violação aos mencionados dispositivos ocorreu de forma direta e clara, na medida em que não houve, para o Recorrente, intimação da Sentença que julgou procedente o pedido da ação de manutenção de posse e de atentado.

O acórdão guerreado, conforme consta as fls. 877, foi publicado no diário de justiça do dia 02/02/06, com circulação na mesma data.

Considerando que o prazo para a interposição do Recurso Especial, de acordo com o art. 508 combinado com o art. 188, ambos do CPC é de 30 (trinta) dias, o prazo final é o dia **04/03/06**.

É cediço que cabe ao Superior Tribunal de Justiça promover, além da uniformização da interpretação do Direito, em nível federal, a sua correta aplicação por parte dos demais tribunais do país.

À luz do magistério de NELSON LUIZ PINTO¹, os termos contrariar ou negar vigência, eficazes a sustentar a interposição de recurso especial, possuem estreita relação entre si, senão vejamos:

"Entretanto, a distinção entre os sentidos de contrariar e negar vigência inspirou o Supremo Tribunal Federal a editar

¹ PINTO, Nelson Luiz. Recurso especial para o STJ. Teoria geral e admissibilidade. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. pp. 116/117.

a conhecida Súmula 400 de sua jurisprudência dominante, que diz o seguinte: 'Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra 'a' do art. 101, III, da Constituição Federal.'

(...)

"A Constituição de 1988, entretanto, ao tratar das hipóteses de cabimento do recurso especial, não se limitou à hipótese de negativa de vigência à lei, mas referiu-se à contrariar tratado ou lei federal, expressão essa que, como dissemos, é muito mais abrangente do que negar vigência." (grifos do Recorrente)

Inferre-se, da lição acima, que o termo contrariar, por ser mais amplo do que negar vigência, não se restringe apenas à aplicação de determinada lei à situação sub judice, vale dizer, o constituinte permitiu, nas palavras de NELSON LUIZ PINTO², que "qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses a que a ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-a de modo não-adequado e diferente da interpretação correta, possibilita a interposição de recurso especial; afastando, conseqüentemente, a incidência da Súmula 400."

In casu, o v. acórdão recorrido, além de divergir de decisões proferidas por este C. STJ, trazidas à liça como paradigmas, violou os artigos 236, §1º, 242 e 506 do CPC, como se passa a demonstrar.

3 – DA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 236, §1º, 242 E 506 DO CPC E DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

In casu, a violação aos dispositivos ocorreu **pela não intimação do Recorrente** que, na qualidade de Assistente, deixou de ser intimado da sentença de primeiro grau, pois da publicação da decisão, que circulou no Diário de Justiça do

² PINTO, Nelson Luiz, ob. cit.

Estado do Amazonas do dia 08/11/99 (anexa), não constou o nome do Estado do Amazonas como Assistente, não havendo, em consequência, a interposição do recurso de apelação.

Dispõe o art. 242 do CPC que "o prazo para interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão". Ocorre que a intimação não ocorreu, porque ausente o nome do Assistente e do respectivo Procurador do Estado.

No mesmo sentido é a determinação do art. 506 do CPC, in verbis:

Art. 506. O prazo para interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data:

II – da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência;

A necessidade de constar o nome das partes e seus advogados, segundo preceitua o art. 236, §1º do CPC é indispensável, sob pena de nulidade.

Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.

§1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.

Esse é o entendimento sedimentado da jurisprudência pátria, a saber:

"Sentença. Intimação pela imprensa. Requisitos de validade. É nula a intimação feita por nota de expediente em que não constou o nome de litisconsorte passivo necessário – CPC, arts. 236, §1º, e 247 – que sucumbiu na demanda" (STJ-4ª Turma, Resp 12.807-CE, rel. Min. Athos Carneiro, j. 17.12.91).

"É nula a intimação – e, por consequência, os atos processuais posteriores -, quando não constar da publicação o nome de nenhum dos advogados da parte à qual o ato judicial é dirigido" (RSTJ 104/179).

Também como demonstração do dissenso pretoriano, merece destaque a decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 58.575-9, publicado no Diário da Justiça de 13/3/95:

"A publicação do despacho, sob pena de nulidade, deve indicar o nome das partes e de seus advogados (CPC, art. 236, §1º). Impõe-se a formalidade ainda que uma delas disponha de corpo de Procuradores". (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – RT-720/295).

No mesmo sentido, cite-se a decisão proferida nos autos do MS 426.261-1 TP, J. 9.11.89, Rel. Juiz Celso Bonilha do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo:

"Intimação de transferência de dia de sessão de julgamento do órgão oficial sem constarem os nomes das partes e seus advogados – Cerceamento do direito dos patronos de proferirem sustentação oral – Mandado de Segurança concedido – Aplicação dos arts. 236, §1º, 552 e 554 do CPC".

No voto condutor do acórdão que serve de paradigma, o Relator asseverou que:

"Em suma, a publicação constante do Diário Oficial, de 13.3.89 não atingiu a sua finalidade de dar conhecimento aos interessados da data designada para o julgamento, em face de omissão dos nomes das partes e seus advogados, cerceado o direito do patrono da impetrante de proferir sustentação oral (art. 554 do CPC)".

Portanto, é clara a violação aos dispositivos elencados, pela desobediência aos termos da lei adjetiva e à própria constituição federal, pela ausência do devido processo legal e do amplo direito de defesa.

4 – DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INTERPRETAÇÃO E VIOLAÇÃO DO ART. 505 DO CÓDIGO CIVIL DE 1.916 – SÚMULA 487 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Tanto a sentença de primeira instância quanto o v. acórdão, afastaram a aplicação do art. 505 do Código Civil de 1.916 que diz:

Art. 505 – Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

Como dito no item, tanto a Assistida quanto a Recorrida disputam a posse com base no domínio (propriedade), pois ambos sustentam registros de imóveis e se intitulam legítimos proprietários.

Com base nisso, desde a contestação até o recurso, a Assistida vem requerendo a aplicação da norma do art. 505 do CC/1916 e da Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal que diz:

Súmula 487 – Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.

Não há como se negar, *concessa vênia*, que a posse, no caso do litígio em análise, é disputada com base no domínio, incidindo, em grave erro, a sentença e o v. acórdão.

Disse o ilustre Relator do acórdão atacado que:

"No que tange à apelação oferecida pela Superintendência de Urbanização e Habitação do Estado do Amazonas, tem-se que não assiste razão à apelante, visto que, de natureza

possessória o pleito inicial, a posse da área pretendida pela ora apelada encontra-se lastreada pela documentação acostada aos autos, como também pelas provas testemunhais.

Assim, o deslinde do conflito ***não passa pela discussão acerca do domínio*** sobre a área discriminada no caderno processual, sob pena de sua conversão de possessória para petítória, inviável na espécie". (destaques não constam do original).

Somente a interpretação equivocada da legislação pertinente, art. 505 do CC/1.916 e da Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, poderia conduzir ao raciocínio externado no voto condutor do acórdão.

Nessa linha, não precisaria, sequer, a confrontação dos termos do voto do relator com o art. 505 do CC/1.916 e com a Súmula 487 do STF, pois o dissídio é notório (STJ, 4ª Turma, Resp 476.752-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 20.2.03, DJU 17.3.03, p. 238).

CONCLUSÃO

Isto posto, espera seja conhecido e provido este recurso especial, para o fim de anular os atos processuais a partir da intimação da sentença e determinar a republicação desta para o fim de constar o nome do Assistente e de seu procurador, propiciando a interposição do recurso cabível ou, acaso superado este argumento, seja o v. acórdão reformado para o fim de ser reconhecida a posse em favor da Assistida, com base no domínio, eis que cancelada a matrícula originária (9.272 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Manaus) da qual decorreu a matrícula da Recorrida (13.790 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Manaus), consoante consta as fls. 38, volume 1.

Nestes termos.

Pede deferimento.

Manaus, 22 de fevereiro de 2006.

EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS

Procurador do Estado do Amazonas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Proc. n. **2005.003457-0** (Apelação e Remessa *Ex-Officio*)
Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
Recorrida: ANJINHAS DELIKATESSEN COMERCIAL LTDA.

A Fazenda Pública do Estado do Amazonas, representada pela Procuradoria Geral do Estado, CNPJ 04.312.369.011-62, por intermédio de seu Procurador infrafirmado, na forma do art. 132 da Constituição da República, comparece, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo em epígrafe, para interpor

RECURSO ESPECIAL

ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com fulcro no art. 105, III, "a", pelos motivos de fato e de direito expostos nas razões anexas.

Portanto, requer-se, desde já, a juntada aos autos do presente recurso, e, verificada sua admissibilidade, sejam os presentes autos imediatamente remetidos ao D. Juízo *ad quem*.

Nestes termos, pede deferimento.

Manaus, 16 de fevereiro de 2007.

JULIO CESAR DE VASCONCELLOS ASSAD

Procurador do Estado

OAB/AM 4.765

RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL

Proc. n. **2005.003457-0** (Apelação e Remessa *Ex-Officio*)
Recorrente: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS
Recorrida: ANJINHAS DELIKATESSEN COMERCIAL LTDA.

Colenda Turma,
Eméritos julgadores,
Ilustre Relator,

I - DA TEMPESTIVIDADE

O prazo para interposição do presente recurso, considerando a prerrogativa de prazo da Fazenda Pública, é de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 188 c/c 508, ambos do CPC.

O v. Acórdão do D. Juízo *a quo* foi publicado em 17.01.2007, quarta-feira.

Portanto, o termo inicial do prazo de deu em 18.01.2007, quinta-feira, e o termo final do prazo dar-se-á em 16.02.2007, sexta-feira.

Assim, cotejando a data da protocolização do presente recurso com o termo final para sua interposição, tem-se por demonstrada sua tempestividade.

II – DO OBJETO DO RECURSO

Visa a recorrente a reformar ou, subsidiariamente, anular o V. Acórdão prolatado pelo D. Juízo *a quo*, que, em sede de remessa *ex-officio* e apelação (interposta exclusivamente pela Fazenda Pública), reformou a r. sentença prolatada pelo d. Juízo de 1.º grau, que, por sua vez, havia julgado parcialmente procedente o pedido da recorrida.

Para que fique melhor esclarecida a pretensão da recorrente, mister se faz ressaltar os fatos a seguir delineados.

A recorrida ajuizou ação anulatória de débito fiscal, deduzindo cinco pedidos, quais sejam: 1) a anulação do auto de infração; 2) a extinção da execução fiscal; 3) a exclusão de MÁRIO ANTÔNIO DA SILVA SUSSMANN e o ESPÓLIO DE CARLA ÂNGELA CORDEIRO E MELO; 4) a condenação da Fazenda Pública, na forma do art. 1.531, do antigo Código Civil; e 5) a condenação da Fazenda Pública em honorários de advogado em 20% (vinte por cento) sobre o valor cobrado.

Após a contestação, o D. Juízo de 1.º grau, nos termos da parte dispositiva da sentença (fl. 48), julgou parcialmente procedente a pretensão da ora recorrida, para o fim de, APENAS, anular parcialmente o auto de infração n. 98144-3, excluindo-se da cobrança o valor da estimativa fixa relativo ao mês de março/1999.

De tal decisão (sentença), somente a FAZENDA PÚBLICA, ora recorrente, recorreu.

Evidentemente, o recurso de apelação da Fazenda Pública ateu-se ao capítulo em que houvera parcialmente sucumbido (anulação parcial do auto de infração). Portanto, as únicas matérias devolvidas ao E. TJ/AM foram as relativas à anulação parcial do AINF e aos ônus da parcial sucumbência.

Ocorre que, no julgamento da Remessa *Ex-Officio* e apelação, o D. Juízo *a quo*, reformando a r. sentença de fls. 42-48, acolheu todos os pedidos deduzidos na inicial pela autora, ora recorrida, em flagrante violação a uma série de preceitos de ordem pública, quais sejam: a) violação da coisa julgada; b) violação do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*; e c) violação do princípio da *non reformatio in pejus*.

Tendo em vista a omissão, atinente às questões de ordem pública, e a contradição existente no v. Acórdão de fls. 70-75, a ora recorrente opôs embargos de declaração; contudo, não obteve o êxito que esperava, uma vez que, instado a se pronunciar, o D. Juízo *a quo*, nos termos do v. Acórdão de fls. 111-114, de forma genérica e não-motivada, cingiu-se a registrar a inexistência de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

Portanto, como já ressaltado, o escopo do presente recurso é reformar ou, subsidiariamente, anular a decisão proferida pelo D. Juízo *a quo*, para que sejam removidos os capítulos referentes a: 1) total anulação do AINF; 2) extinção do processo de execução fiscal; 3) a exclusão de MÁRIO ANTÔNIO DA SILVA SUSSMANN e ESPÓLIO DE CARLA ÂNGELA CORDEIRO E MELO do pólo passivo da execução fiscal; e 4) fixação dos honorários de advogado em 20%. Removidos os capítulos apontados, restaria o que havia sido decidido na r. sentença de fls. 42-48.

III - DAS RAZÕES DA REFORMA DA CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL (ART. 105, III, "A", CF)

O V. Acórdão prolatado pelo D. Juízo *a quo* contrariou uma série de dispositivos de lei federal, motivo pelo qual não pode subsistir.

1. DA VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA (VIOLAÇÃO DOS ARTS. 467 E 468 DO CPC)

Inicialmente faz-se oportuno consignar que a recorrida, ao deduzir vários pedidos na petição inicial, forçou que a decisão contivesse tantos capítulos quantos fossem os pedidos deduzidos.

Contudo, a r. sentença de fls. 42-48 acolheu parcialmente apenas um pedido da autora, ora recorrida, isto é, por meio da r. sentença de fls. 42-48, foi anulado parcialmente o AINF 98144-3, para que fosse removida apenas a parcela de estimativa fixa relativa ao mês de março/1999.

De tal sentença somente a Fazenda Pública, ora recorrente, apelou.

Contudo, o E. TJ/AM, ao julgar a Remessa *Ex-Officio* e apelação, acolheu todos os pedidos deduzidos pela autora, ora recorrida, na inicial.

Ao agir de tal forma, inquestionavelmente, ocorreu violação da coisa julgada (arts. 467 e 468 do CPC), quanto aos capítulos não impugnados, haja vista que a recorrida, ao não recorrer da sentença, conformou-se com o julgamento da demanda.

Com efeito, as lições do Prof. Fredie Didier Jr. parecem ter sido cunhadas à luz do vertente caso, *ad litteram*:

O capítulo não impugnado fica acobertado pela preclusão – e, se se tratar de capítulo de mérito, ficará imutável por força da coisa julgada material. Assim, o tribunal, ao julgar o recurso parcial, não poderá adentrar o exame de qualquer aspecto relacionado ao capítulo não impugnado, nem mesmo para constatar a ausência de um “pressuposto processual” ou de uma condição da ação. Ao recorrente “arrependido” da opção somente restará a rescisória¹.

Portanto, diante de tais razões, deve ser reconhecida a ofensa à coisa julgada.

2. DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO *TANTUM DEVOLUTUM* *QUANTUM APPELATUM* (VIOLAÇÃO DOS ARTS. 515 E 475 DO CPC)

O princípio acima referido restou igualmente violado pelo D. Juízo *a quo*.

Com efeito, para que seja constatada a violação do princípio apontado, dois fatos devem ser levados em consideração: 1) somente a Fazenda Pública apelou; e 2) a remessa *ex-officio* e a apelação interposta pela Fazenda Pública devolveram ao conhecimento do E. TJ/AM apenas o capítulo referente à parcial anulação do AINF n. 98144-3, ou seja, a exclusão da parcela referente a março/1999.

¹ DIDIER JR, Fredie, direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais; Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, Salvador: JusPODIVM, 2006, pág 25.

Portanto, ao E. TJ/AM só era dado o conhecimento da anulação parcial do AINP, e, não, toda a decisão prolatada pelo D. Juízo de 1.º grau.

Mais uma vez, esclarecedoras são as lições de Fredie Didier Jr., a saber:

A interposição do recurso transfere ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Podem variar, de recurso para recurso, a extensão e a profundidade do efeito devolutivo. O estudo da profundidade do efeito devolutivo é examinada por alguns autores como se se tratasse de efeito diverso: denominam o fenômeno de efeito translativo.

O efeito devolutivo é comum a todos os recursos. É essência do recurso provocar o reexame da decisão – é isso que caracteriza a devolução.

(...)

A extensão do efeito devolutivo significa precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (CPC, 515). Sobre o tema, convém ressaltar que as normas que cuidam da apelação funcionam como regra (CPC, 515 a 517). **A extensão do efeito devolutivo determina o objeto litigioso, a questão principal do procedimento recursal. Trata-se de sua dimensão horizontal.**

(...)

O efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; o efeito translativo, os verticais. O efeito devolutivo delimita o que se pode decidir; o efeito translativo, o material com o qual o *ad quem* trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. O efeito devolutivo (extensão) relaciona-se ao objeto litigioso do recurso (a questão principal do recurso); o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) relaciona-se ao objeto de conhecimento do recurso, às questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem*

como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal. É preciso, porém, fazer uma advertência: o efeito devolutivo limita o efeito translativo, que é o seu aspecto vertical: o tribunal poderá apreciar todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado – e somente àquilo. O recorrente estabelece a extensão do recurso, mas não pode estabelecer a sua profundidade [grifou-se]².

Assim, resta inequivocamente caracterizada a ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, uma vez que, a despeito de ter sido devolvido ao conhecimento do E. TJ/AM apenas a matéria atinente à anulação parcial do AINF, o D. órgão julgador a *quo* extravasou os limites de seu conhecimento, manifestando-se sobre matéria que não foi objeto de impugnação.

3. DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO *NON REFORMARIO IN PEJUS* (VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128 E 475 DO CPC E ENUNCIADO N. 45 DA SÚMULA DO STJ)

O princípio acima referido restou igualmente violado pelo D. Juízo a *quo*.

Com efeito, para que seja constatada a violação do princípio apontado, dois fatos devem ser levados em consideração: 1) a Fazenda Pública Estadual, ora recorrente, sucumbiu apenas no que se refere à anulação parcial do AINF 98144-3 e aos ônus de sucumbência - honorários em R\$ 1.000,00 (mil reais) em favor da autora, ora recorrida, e pagamento de custas na proporção da sucumbência; e 2) somente a Fazenda Pública apelou.

² DIDIER JR, Fredie. Direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais; Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, Salvador: JusPODIVM, 2006, pág. 66-70.

Ora, reitere-se, apenas a Fazenda Pública apelou. Portanto, sua situação não poderia piorar por causa de seu próprio recurso, sob pena de violação do princípio sob análise.

A respeito de tal princípio, assim já teve a oportunidade de se manifestar o Prof. Rogrigo Baroni³, *in verbis*:

2. Considerações sobre o princípio da proibição da *reformatio in pejus* no processo civil. Ensina Barbosa Moreira que "há *reformatio in pejus* quando o órgão *ad quem*, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso". De acordo com a lição do mestre carioca, a análise da existência da *reformatio in pejus* ocorre sempre do prisma prático. Deve-se confrontar a situação do recorrente antes e após o julgamento do recurso, só importando, em regra, a conclusão.

Evidente que, após o julgamento da remessa *ex officio* e da apelação interposta apenas pela ora recorrente, a situação da Fazenda Pública piorou (e muito!), o que evidencia infringência ao princípio *sub examen*.

De toda forma, caso a piora da situação da Fazenda Pública seja justificada em virtude, não da apelação, mas da remessa *ex-officio*, melhor sorte não assiste ao entendimento levado a cabo pela instância recursal ordinária.

É que, no âmbito desse Egrégio Tribunal Superior, o entendimento já foi pacificado, estando devidamente registrado no enunciado n. 45 da Súmula dessa C. Corte, *in verbis*:

Enunciado n. 45 da Súmula do STJ. No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

³ NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim Wambier (Coord.), série aspectos polêmicos e atuais dos recursos. v. 8. São Paulo: RT, 2005. p. 694-5.

Ademais, o enunciado acima apontado abrange, também, o capítulo referente aos honorários de advogado, nos termos da Jurisprudência desse E. STJ, *in verbis*:

Processo

Resp 272400 / SP ; RECURSO ESPECIAL2000/0081697-3

Relator(a)

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

04/10/2005

Data da Publicação/Fonte

DJ 19.12.2005 p. 300

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 45/STJ.1. Em sede de reexame necessário, não pode o Tribunal a quo alterar a sentença de primeiro grau quanto a verba honorária, para agravar a situação da Fazenda Pública. Aplicação da Súmula n. 45 do STJ.2. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Portanto, o julgado *a quo* infringe o princípio da *non reformatio in pejus*, já que destoa do entendimento dessa C. Corte, que, inclusive, já sumulou seu entendimento.

4. DA PERSISTÊNCIA DAS OMISSÕES ATINENTES À MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E DA CONTRADIÇÃO, MESMO APÓS A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

(VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC)

Após a prolatação do v. Acórdão de fls. 111-114, verificou-se que três matérias de ordem pública deixaram de ser apreciadas pelo D. Juízo *a quo*, quais sejam: 1) violação da coisa julgada; 2) violação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*; e 3) violação do princípio da *non reformatio in pejus*.

Persistiu, também, a contradição entre o relatório (fl. 70) e o voto (fl. 75) do v. Acórdão de fls. 70-75.

Com efeito, no relatório do v. Acórdão (fl. 70), o ilustre Desembargador Relator registrou:

(...) **inconformada com a r. sentença** prolatada pelo doutor Juiz de Direito da Vara Especializada da Dívida Ativa Estadual, **que julgou parcialmente procedente** a Ação Anulatória de Débito Fiscal (...) [grifou-se].

Já em seu voto (fl. 75), consignou:

Confirmo a Sentença do ilustre Doutor Juiz *a quo*, às fls. 42/48, **que julgou procedente** esta Ação Ordinária Anulatória de Débito Fiscal (...) [grifou-se].

Eis aí a controvérsia existente no v. Acórdão *a quo*.

Em virtude de tais vícios da decisão, a recorrente opôs embargos de declaração, a fim de que tais omissões e contradição fossem superadas.

Sobreveio, então, o V. Acórdão de fls. 111-114.

Em tal decisão, restou afirmado que (a) o julgador não está obrigado a responder todas as considerações postas pelas partes e (b) que não há qualquer omissão, contradição ou obscuridade na decisão.

Ocorre que ao não se pronunciar sobre matérias de ordem pública e sobre a contradição da decisão, a despeito da oposição dos embargos de declaração, o v. Acórdão *a quo* infringiu o disposto no art. 535, I e II, do CPC, motivo pelo qual deve ser anulada a decisão.

IV - DO PEDIDO

Portanto, ante o exposto, requer a recorrente:

1. Seja conhecido o presente recurso;
2. Em virtude de a v. decisão prolatada pelo D. Juízo *a quo* estar em dissonância com a jurisprudência pacífica desse E. Tribunal, **seja dado provimento ao recurso, monocraticamente pelo i. Relator**, na forma do § 1.º-A do art. 557 do CPC, para o fim de, **REFORMANDO o v. Acórdão** prolatado pelo D. Juízo *a quo*, excluir os capítulos relativos a (1) total anulação do AINF n. 98144-3, (2) exclusão de MÁRIO ANTÔNIO DA SILVA SUSSMANN e ESPÓLIO DE CARLA ÂNGELO CORDEIRO E MELO do pólo passivo da execução fiscal, (3) extinção do processo de execução fiscal e (4) condenação da Fazenda Pública em honorários de 20% sobre o valor cobrado; **restabelecendo os termos da r. sentença prolatada pelo D. Juízo de 1.º grau;**

3. SUBSIDIARIAMENTE, na hipótese de não ser considerado o pedido supramencionado, **seja dado provimento ao recurso pela turma**, para o fim de, **REFORMANDO o v. Acórdão** prolatado pelo D. Juízo *a quo*, excluir os capítulos relativos a (1) total anulação do AINF n. 98144-3, (2) exclusão de MÁRIO ANTÔNIO DA SILVA SUSSMANN e ESPÓLIO DE CARLA ÂNGELO CORDEIRO E MELO do pólo passivo da execução fiscal, (3) extinção do processo de execução fiscal e (4) condenação da Fazenda Pública em honorários de 20% sobre o valor cobrado; **restabelecendo os termos da r. sentença prolatada pelo D. Juízo de 1.º grau;**

4. SUBSIDIARIAMENTE, na hipótese de não serem atendidos os pedidos acima deduzidos, **seja dado**

provimento ao recurso, para o fim de, **ANULAR** o v. **Acórdão** prolatado pelo D. Juízo *a quo*, a fim de que este se manifeste sobre os pontos omissos (questões de ordem pública) e sobre a contradição que deixou de enfrentar, a despeito da oposição de embargos de declaração pela recorrente.

Nestes termos, pede deferimento.

Manaus, 16 de fevereiro de 2007.

JULIO CESAR DE VASCONCELLOS ASSAD

Procurador do Estado

OAB/AM 4.765

DOCTRINA**SENTENÇA ESTRANGEIRA E CARTA ROGATÓRIA:
PERSPECTIVA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04**

Vitor Hugo Mota de Menezes

Procurador do Estado do Amazonas. Professor
Universitário de Direito Internacional Público e Direito
Internacional Privado. Mestrando em Direito Ambiental
pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema – 2. Sistemas
de Homologação de Sentença Estrangeira – 3.
Homologação de Sentença Estrangeira no Brasil – 4.
A mudança na relação do texto constitucional. 5. Carta
Rogatória – 6. Conclusões – 7. Referências.

1. Colocação do problema

Convém firmar de início a premissa já assentada na doutrina jusprocessualista que, nos atos do processo, distinguem-se os ligados mais diretamente à marcha e ao desenvolvimento da instância, geralmente chamados *ordinatórios litis*, dos que se referem à solução da causa ou chamados de *decisória litis*.

São acordes os autores de Direito Internacional em que todos os atos pertencentes à primeira categoria subordinam-se necessariamente à *lex fori*. Os da segunda, porém, dependem da determinação da lei competente, da natureza e do fim da relação jurídica que constitua o objeto do litígio.

Desse modo, o Direito Internacional Processual começa por se ocupar da competência judiciária geral

para resolução das controvérsias e caminha por analisar os conflitos em espécies e a aplicação efetiva da lei.

As correntes doutrinárias antigas do Direito Internacional Privado – DIPr analisavam a questão de aplicação de forma simplista e utilizando apenas a *lex fori* para resolver todos os problemas. Para essa escola até hoje defendida por Goldschmidt, o Direito Processual Internacional se reduz a uma só norma indireta, estatuinto que todos os problemas processuais se regularão pelo Direito do Estado a que pertencem os tribunais perante os quais o processo tramita.

Inolvidável é, todavia, que as normas processuais são territoriais, mas os preceitos atinentes à competência, normalmente, e ao processo, com as limitações de ordem pública, colocam problemas conflituais ao ensejo da validade e eficácia dos atos e sentenças proferidas por órgãos judiciários estrangeiros.

As leis processuais são vinculadas ao foro. Em outras palavras, dizem-se territoriais. Os atos e as sentenças judiciais, entretanto, devem produzir efeitos *extra territorium*, uma vez observados os princípios da competência judiciária geral, da normal forma de processo e trânsito em julgado, bem como verificados os pressupostos estabelecidos pelo país em que devam ser executados ou meramente produzir efeitos, sempre com a ressalva da ordem pública do país da execução ou da produção de efeitos.

É do internacionalista cearense Edgard Carlos Amorim a observação de que o Direito Processual Internacional é produto das relações e da cooperação dos Estados.

Ao equiparar os estrangeiros aos nacionais na aquisição e no gozo dos direitos civis, o Código Civil estabeleceu, em consequência, a capacidade de o estrangeiro para estar em juízo, como sujeito ativo ou como sujeito passivo. Não poderíamos conceber a aquisição e o gozo dos direitos civis sem as medidas processuais que os assegurem.

Embora de caráter interno a disposição da codificação civil, consideram alguns autores que a regra de

conferir ao estrangeiro a capacidade de estar em juízo é o complemento necessário da obrigação derivada da regra consuetudinária, que confere ao estrangeiro personalidade jurídica.

Desse modo, os estrangeiros têm acesso aos tribunais em pé de igualdade com os nacionais.

É de ver-se que todas as garantias processuais contidas na Constituição são oferecidas aos litigantes, sem quaisquer discriminações de nacionalidade, visto que o caráter territorial do processo justifica a regra, como a justifica o direito das gentes.

Se por um lado, segundo análise de Oscar Tenório, o regime das capitulações, instituído principalmente para subtrair estrangeiros à jurisdição local, mereceu censuras, declinando depois da 1ª Guerra Mundial, mesmas censuras merecem as restrições processuais ao estrangeiro hoje.

O progresso moral e material dos tempos modernos, nivelando os Estados em sua participação cada vez maior na Organização das Nações Unidas, tende a abolir as desigualdades.

De tudo isso, depreende-se que a sentença é a expressão do poder jurisdicional de uma soberania. Por isso, o juiz só deve proferir sentença que possa ser cumprida, caso contrário, será inócua.

Em matéria de fixação de jurisdição, atuam fatores determinantes como o domicílio do réu, a situação geográfica da coisa, a eleição feita pelas partes no contrato, o local da prática do ato, entre outros.

Na grande maioria dos países, os processos nos tribunais seguem as regras e leis de cada Estado, pelo princípio da *lex fori*, ainda que, no fundo da causa, se aplique uma lei estrangeira.

Assim sendo, conforme já mencionado, as leis que dizem respeito aos aspectos formais, ao rito processual, seguem a lei do foro, não suscitando qualquer controvérsia.

No Brasil, a nossa Lei de Introdução ao Código Civil -

LICC e demais diplomas processuais não contêm regras específicas a respeito dos temas.

Todavia, é cediço que a sentença estrangeira necessita da autorização de alguém competente para que ela possa entrar em outro sistema jurídico, de modo que sejam estabelecidas regras para que ela possa surtir efeitos fora do seu Estado.

Assim, quando uma questão é posta à apreciação no Judiciário, o tribunal ou juiz há de decidir previamente como pressuposto a competência jurisdicional, do tribunal e do Estado para evitar teratologias e decisões que sejam um nada jurídico.

O art. 314 e seguinte do Código de Bustamante – Tratado de Havana, de que o Brasil é signatário, estabelece:

Art. 314 – A lei de cada Estado contratante determina a competência dos tribunais, assim como sua organização, as formas de processo e a execução das sentenças e os recursos contra suas decisões.

Art. 315 – Nenhum Estado contratante organizará ou manterá no seu território tribunais especiais para os membros dos demais Estados contratantes.

Art. 316 - A competência *ratione loci* subordina-se, na ordem das relações internacionais, à lei do Estado contratante que a estabelece.

Art. 317 - A competência *ratione materiae* e *ratione personae*, na ordem das relações internacionais, não se deve basear, por parte dos Estados contratantes, na condição de nacionais ou estrangeiros.

De outra banda, o Capítulo II do Título IV de nosso Código de Processo Civil trata da competência internacional, dispondo o art. 88 (competência internacional relativa, concorrente ou alternativa, que pode ser prorrogada pela vontade expressa das partes) ser competente a autoridade judiciária brasileira quando:

- I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
- II - a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil;
- III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

O art. 60 da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, assinada em Montevideu em 1979 (o Brasil é signatário), estabelece que os procedimentos, inclusive a competência dos respectivos órgãos judiciários, para assegurar a eficácia das sentenças, laudos arbitrais e decisões jurisdicionais estrangeiras, serão regulados pela lei do Estado em que for solicitado o seu cumprimento.

Desse modo, a execução de sentença judicial estrangeira, via de regra, importa o cumprimento de um requisito prévio, que é a homologação da mesma sentença por um órgão judiciário do Estado em que ela deva ter cumprimento. Trata-se, em geral, de um juízo de verificação.

2. Sistemas de homologação de sentença estrangeira

Existem várias regras para a homologação da sentença e atos processuais estrangeiros. A seguir, trataremos de forma tópica os mais comuns sistemas relatados pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira:

- **Sistema da recusa absoluta** - É aquele que não admite a homologação ou execução de sentença estrangeira, sendo necessário que o interessado mova novo processo no território em que o julgado estrangeiro vai operar seus efeitos, servindo a sentença estrangeira como um elemento do processo. Esse sistema possui variações e, segundo professor Oliveiros Litrento, ainda persiste na Holanda, Suécia, Dinamarca e Noruega. A recusa é absoluta, formal e material.

- **Sistema da revisão ilimitada** – É o sistema que possibilita o exame do mérito da decisão estrangeira, mas para ao fim e ao cabo admiti-la ou rejeitá-la. Vigora, segundo Dolinger, na Bélgica. O juiz tem o poder ilimitado de examinar o mérito do processo, porém não pode modificar a sentença. Os seguidores desse sistema argumentam que a revisão se impõe com vistas a evitar iniquidades provenientes de má aplicação da lei.

- **Sistema de revisão do mérito de modo parcial** - Este sistema é justificado pelos que o adotam, sob a égide de que pretende (como se isso fosse possível), averiguar a boa ou má aplicação da lei do país em que irá ser executada a sentença. É uma espécie de abrandamento do sistema anterior, é dizer, a revisão não será de modo global, mas tão somente no que tange à aplicação da lei do Estado em cujo território a sentença estrangeira irá produzir efeitos.

- **Sistema da reciprocidade diplomática** – Esta corrente remonta a prístinas épocas em que os Estados só validavam atos de outros Estados que reconhecessem e tivessem compromissos diplomáticos, é dizer, se nessa área houvesse tratado confirmando a vontade das partes, valia a homologação. Ficava, assim, a execução da sentença condicionada à existência de um direito convencional. Para essa corrente doutrinária se não houvesse tratados entre os dois Estados, ou seja, entre aquele no qual fora proferida a decisão e o da sua execução, sequer a homologação seria apreciada.

- **Sistema de reciprocidade de fato** – Para esse sistema a homologação de sentença estrangeira ou ato decisório teria um caráter pragmático, com contornos muito simples. Apóia-se no princípio segundo o qual a execução somente seria aceita quando o Estado, cuja sentença se pretendesse executar, procedesse de igual modo. A dificuldade nesse sistema é saber quem começa a exercitar o sistema em primeiro lugar.

- **Sistema da delibação** – O mais moderno e considerado como "o científico" dos sistemas, surgiu em 1865, no Código

de Processo Civil Italiano, sendo, hoje, o sistema mais utilizado entre os Estados tidos como avançados em matéria de homologação de sentença estrangeira é também o adotado pelo Brasil.

A delibação ou *delibazione* em italiano é o sistema em que o órgão homologante verifica alguns pressupostos com vistas à segurança da parte contra a qual a sentença deva ser executada, não podendo reexaminar o mérito da decisão. Estabelece, apenas, a verificação de certos requisitos externos da sentença, não entra no mérito da questão, não se questiona se a sentença é justa ou injusta.

Assim, o chamado juízo de delibação, como bem preleciona Humberto Theodoro Júnior, verifica-se por meio desse crivo para saber se está regular ou não, principalmente no tocante à forma, mas também, à autenticidade, à competência do órgão prolator estrangeiro, e ainda se tangencia quanto à substância da sentença para verificar se, face ao Direito nacional, não há ofensa à ordem pública e aos bons costumes.

Tal juízo se faz necessário no sistema de delibação por respeitar a decisão proveniente de Estado estrangeiro, limitando-se a verificar seus aspectos formais, e sua adequação à ordem pública e aos bons costumes do ordenamento jurídico pátrio.

3. Homologação da sentença estrangeira no Brasil

A sentença, como já foi dito, é ato de soberania, expressão da soberania interna e, para extrapolar seus limites, precisa da autorização do Judiciário.

A reforma do Judiciário reduziu as atribuições que julgou de somenos importância da Corte Constitucional, de sorte a liberá-la para outras de maior relevo, transferindo a competência para o Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004 essa competência foi transferida ao Superior Tribunal de Justiça – STJ com a seguinte dicção:

I - O art. 105, I, *ii*, da CF de 1988, estabelece competir ao Superior Tribunal de Justiça a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

4. A mudança na redação do texto constitucional

Inicialmente, após a edição da norma constitucional muitos entenderam, na esteira da interpretação feita por José Afonso da Silva, de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, que essa era de eficácia limitada, segundo a qual, teria efeito imediato, mas não tendo o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional, e no caso seria a alteração no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – STJ, onde deveria conter a ritualística desses procedimentos.

Todavia, conforme se observa da Resolução do STJ nº 22 de 31.12.2004, os efeitos do novo art. 105, I, "i" da Constituição foram imediatos, revestindo-se a modificação, segundo também o entendimento do ministro Celso de Mello, de aplicabilidade instantânea, alcançando, desde logo, todos os pedidos de concessão de *exequatur* de cartas rogatórias e de homologação de sentenças estrangeiras.

Antecipou-se assim às novas responsabilidades do STJ quando seu Presidente editou a Resolução nº 22, em 31.12.2004, sujeitando tais feitos, transitoriamente, aos ritos previstos no Regimento Interno do STF para a homologação de sentença estrangeira (arts. 215 a 224) e cartas rogatórias (arts. 225 a 229). A Resolução também cometeu à Corte Especial do STJ as competências atribuídas, no antigo regime, ao Plenário do STF (arts. 223, 219, § único, e 228 § único do RISTF).

Por outra banda um ponto que passou despercebido dos juristas que se debruçaram até agora sobre essa mudança operada na Constituição do Brasil a respeito da competência para o processo de homologação de sentenças estrangeiras foi o da alteração de redação do texto constitucional.

É que a alteração trazida pela EC 45/2004 não se

limitou a transferir a competência do STF em matéria de homologação de sentença estrangeira e carta rogatória para o STJ. Há uma quase imperceptível mas importante mudança também na redação do texto constitucional.

É que antes da Emenda Constitucional n.º 45 competia ao Supremo Tribunal Federal a homologação das sentenças estrangeiras, e agora compete ao Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentenças estrangeiras.

A mudança é muito maior do que a mera supressão do artigo definido as, que estava no texto anterior contraído com a preposição de pode fazer supor.

O dado é importante porque o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil (editada sob a égide da Constituição de 1937) dispensa de homologação a sentença estrangeira meramente declaratória do estado das pessoas. A respeito do ponto, pronunciou-se o grande processualista brasileiro, Barbosa Moreira:

Mas a verdade é que a doutrina mais autorizada recebeu muito mal o parágrafo único do art. 15. Lançou-se até a pecha de institucionalidade, por subtrair à Corte Suprema, em parte, o exercício da competência homologatória que lhe outorgava a Lei Maior. Esse argumento ganhou nova força com o advento da Constituição de 1946, cujo o art. 101, n.º I, letra g, passou a referir-se à homologação das sentenças estrangeiras, enquanto os textos anteriores falavam da homologação de sentenças estrangeiras. A mudança da redação, com efeito, resultara de emenda do então Deputado ADROALDO MESQUITA DA COSTA, destinada precisamente a tornar certo que todas as sentenças estrangeiras precisavam de homologação para produzir efeitos no Brasil. Destarte, o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, na melhor hipótese, ter-se-ia ao menos de considerar revogado por aquela Carta.

É de ver, que a modificação operada em 1946 teve

por fim deixar claro que todas as sentenças estrangeiras dependeriam, para produzir efeitos no Brasil, de homologação. Ocorre que a Emenda Constitucional n.º45 tanto acometeu ao STJ a competência originária para a homologação de sentença estrangeira, quanto retornou ao regime que vigorava por força das Constituições de 1934 e 1937.

Se por um lado não se pode negar que a mudança de orientação no texto constitucional não é capaz de repristinar o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, por outro não deixa de criar uma discussão doutrinária importante a respeito do tema. Nada impede, por exemplo, que aquele dispositivo venha a ser expressamente repristinado por lei. Do mesmo modo, nada impede que venha a ser editada lei que dispense de homologação qualquer outra espécie de sentença estrangeira.

Destaco, todavia, que como não encontrei essa discussão, quer na mídia especializada quer na doutrina penso improvável que chegue a jurisprudência e talvez essa modificação não tenha sido proposital. Sendo certo, porém que não se deve levar em conta a *mens legislatoris*, mas a *mens legis*.

O fato que é incontestável decorre da necessidade não há dúvida da modificação operada para o sistema brasileiro de reconhecimento da eficácia de sentenças estrangeiras, que agora passa a permitir que o legislador dispense de homologação alguma sentença estrangeira, reconhecendo-se *pleno iure sua eficácia no Brasil*.

Poderão ser objeto de homologação os provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença. Além de estar aberta a possibilidade das decisões estrangeiras poderem ser homologadas parcialmente.

Outra novidade trazida pela resolução é a contemplação expressa da possibilidade de ser concedida tutela antecipada de urgência em casos de homologação de sentença estrangeira. Significa dizer que, nos casos em que um país pede ao Brasil a homologação de uma sentença judicial, antes mesmo de ela ser analisada pelo STJ, pode ser tomada uma medida de urgência, como uma antecipação de

tutela, para garantir um direito ao interessado sem que ele tenha que esperar pela decisão final do tribunal superior.

Determinados aspectos, no entanto, não revelaram modificações. A guarida da soberania e da ordem pública, como não poderia deixar de ser, continua um fator categórico, não podendo ser homologada a sentença estrangeira ou concedido o *exequatur* a carta rogatória que os ofendam.

Os requisitos imprescindíveis à homologação permanecem os seguintes:

- I. Haver sido proferida por autoridade competente;
- II. Terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia.;
- III. Ter transitado em julgado; e
- IV. Estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

A homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados.

A parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira ou intimada para impugnar a carta rogatória. A defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos da Resolução.

O Ministério Público terá vista dos autos pelo prazo de dez dias, podendo impugná-las.

Uma vez concedida a homologação, cuja atribuição é do Presidente, extrair-se-á carta de sentença, exequível no juízo Federal, cabendo agravo regimental da decisão do Presidente do STF. A sentença estrangeira homologada será executada por carta de sentença, no Juízo competente.

Oportuno destacar, por fim, que as novas regras não são definitivas. A resolução tem caráter transitório e será posteriormente substituída por uma nova discutida pelo plenário do tribunal.

Concedida a homologação, extrair-se-á carta de sentença, exequível no juízo competente, cabendo agravo regimental da decisão do Presidente do STF.

Dessa forma, estava previsto no Regimento Interno do STF e deve ser repetido pelo STJ o seguinte:

Será extraída carta de sentença, a requerimento do interessado, para execução da decisão:

quando deferida a homologação de sentença estrangeira;
quando o interessado não a houver providenciado na instância de origem e pender de julgamento do Tribunal recurso sem efeito suspensivo.

O pedido será dirigido ao Presidente ou ao Relator, que o apreciará.

A carta de sentença conterá as peças indicadas na lei processual e outras que o requerente indicar; será autenticada pelo funcionário encarregado e assinada pelo Presidente ou Relator.

A execução é realizada perante a Justiça Federal, devendo ser a carta de sentença registrada no Registro de Títulos e Documentos.

Finalmente, é importante ressaltar que, além dos requisitos já citados para a homologação da sentença estrangeira, com espeque no art. 105, I, da CF, em harmonia com o art. 458 do CPC, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando analogicamente os critérios da sentença nacional como exigência de ordem pública, entende que as sentenças estrangeiras, para serem homologadas, necessitam ser fundamentadas.

5. Cartas rogatórias

É chamado de carta rogatória ou comissão rogatória

o pedido do juiz de um país para o juiz de um outro, em que aquele solicita que sejam praticados atos de interesse da justiça.

O Código de Bustamante prevê, em seu art. 38, que todas as diligências judiciais que um Estado contratante necessite praticar em outro Estado serão efetuadas mediante carta rogatória, transmitida por via diplomática, ou pela forma que os Estados contratantes convencionarem entre si, em matéria civil e comercial.

Nos termos destacados pelos arts. 389 e 390 do mesmo Código, caberá aos juízes dos Estados envolvidos decidirem sobre suas competências e legalidades para os atos da rogatória.

No Brasil, a matéria é regida pelo art. 12 da LICC, determinando que é competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu for domiciliado no Brasil, ou aqui tiver de cumprir a obrigação.

O mestre Oscar Tenório observa que os mesmos princípios aplicáveis às rogatórias cíveis se aplicam às rogatórias criminais e apenas há uma tendência favorável à execução de determinados atos na área penal, o que se justifica pela natureza publicista do direito penal e da existência de certas garantias processuais que se incluem na esfera da ordem pública.

Nos termos do art. 211 do CPC, o cumprimento de cartas rogatórias depende de *exequatur* concedido pelo Supremo Tribunal Federal e agora STJ.

Deste modo, *Exequatur* (execute-se, cumpra-se), um pedido ultimado antes do cumprimento ou da concessão da rogatória, pode ser concedido pelo Presidente do STJ.

Importante destacar que a impugnação só será admitida se à rogatória faltar autenticidade, ou atentar contra a ordem pública ou a soberania nacional. Da concessão ou denegação do *exequatur*, cabe apenas agravo regimental ao próprio STJ.

Destaque-se, ainda, que, no Brasil, as rogatórias executáveis não possuem eficácia posto que não são coisas julgadas.

Se um país se recusa a cumprir a rogatória, ela será feita por edital. As rogatórias independem de homologação e têm por fim o cumprimento de atos e diligências no exterior sem fins executórios.

Resumindo, Carta Rogatória é a solicitação feita pela Justiça de um país à de outro, por via diplomática, com a finalidade de fazer se cumprir uma diligência necessária à formação ou instrução do pedido.

Tem por finalidade:

- a efetivação de citações, intimações e notificações;
- a tomada de provas testemunhal ou depoimento pessoal;
- a realização de prova pericial ou qualquer outro ato necessário ao desenvolvimento do processo.

A Carta Rogatória é enviada à autoridade estrangeira por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que se há de praticar o ato.

Após o atendimento de todas as formalidades e o conseqüente cumprimento da carta, será ela devolvida ao juízo de origem no prazo de dez dias, sendo as custas pagas pela parte requerente.

6. Conclusão

Após o breve bosquejo sobre o tema, conclui-se que ainda a vasta e secular jurisprudência do STF sobre *homologação de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias* deverá guiar os passos do STJ por algum tempo, como já está fazendo com os procedimentos, conforme transcrito alhures.

Todavia, não é improvável que esta Corte, em virtude de sua decantada posição mais progressista, venha a tratar *diversamente* alguns temas, entre eles a questão da inclusão ou não da necessidade de homologação de laudo arbitral, de forma diferente do até então tratado pelo STF.

Ainda é verossímil que venha a *revisitar* questões discutidas por doutrinadoras como Nadia Araújo e Maria Helena

Diniz, especialmente redefinindo os contornos da *afronta à ordem pública e aos bons costumes*, que impede a homologação de um julgado estrangeiro ou a concessão de *exequatur* a uma carta rogatória em matéria de dívida de jogo contraída no exterior.

É clássico o exemplo em que STF parece ser mais conservador que o STJ – cujas decisões daquele é sistematicamente acatada em sede de argumento da ordem pública para impedir a citação, por rogatória, de devedor domiciliado no Brasil.

Nesse sentido, recentemente, a 4ª Turma do STJ rejeitou recurso interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, favorável a cassino estrangeiro que cobrava a dívida de um conhecido político brasileiro.

A Turma afastou a ilicitude da dívida de jogo, com base na lei (estrangeira) aplicável à obrigação (art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil) e nos princípios da boa-fé objetiva e da vedação do enriquecimento sem causa (*cf.* RESP 307.104). Espera-se, assim, que a jogatina de brasileiros em cassinos estrangeiros não continue a terminar em *calote*, referendado pela nossa Suprema Corte (*cf.* CR 10.416 Agr – Estados Unidos).

Ademais, e nesse mesmo diapasão de evolução que se espera seja revisto pelo STJ a posição tradicional do STF sobre o descabimento de *medida de urgência* (cautelar, antecipação de tutela etc.) em *homologação de sentença estrangeira* (*cf.* SE 3.408 Agr – Estados Unidos e SE 6.526 - França).

É que não se reputa razoável, e compatível com o comando da *efetividade* e prestação jurisdicional perseguida pela chamada Reforma do Judiciário, ou EC 45/04.

Exemplo clássico é o caso da mulher, credora de pensão alimentícia fixada por sentença francesa em 1998, que, tendo requerido a sua homologação ao STF em março de 1999, *até hoje* não conseguiu cobrá-la do ex-marido (*cf.* SEC 6.069 – França), pois o STF não lhe concedeu a *tutela antecipada* nem decidiu a homologação. Nesses casos, a

contradição com o direito interno é evidente, já que na ação de alimentos pode o juiz, ao despachar a petição inicial, determinar de imediato que o devedor pague alimentos provisórios (art. 4º da Lei 5.478/68).

É de bom alvitre na doutrina que o STJ também supere a timidez do STF na concessão de *cartas rogatórias* de caráter *executório*, como as que determinam a apreensão, penhora ou indisponibilidade de bens, quebra de sigilo etc. Há alguns anos a Suprema Corte passou a admiti-las, porém apenas quando haja, entre o Brasil e o país requerente, *tratado ou convenção* que autorize tais medidas (cf. CR 11.531 – México). Num mundo em que as comunicações são instantâneas e há amplo acesso às informações via Internet, não subsistem razões para desconfiar *sistematicamente* das decisões estrangeiras de caráter construtivo e que, via rogatória, devem surtir efeitos no Brasil. Nessas situações, se o Brasil pretende beneficiar-se de igual tratamento no exterior (v.g., para pedir o bloqueio de dinheiro ilegalmente subtraído dos cofres públicos), devem nossas Cortes abrandar a noção de *ordem pública*, *bons costumes* e de *soberania* e analisar, caso a caso, a concessão da ordem em tais rogatórias.

Por fim, no que toca à *cooperação internacional* em sentido amplo (ativa e passiva com Estados estrangeiros, incluindo extradição, transferência de pessoas condenadas e assistência direta), vale lembrar que uma comissão nomeada ano passado (2006) pelo Ministro da Justiça trabalha na elaboração de um *Anteprojeto de lei* que tratará, de forma estruturada e sistêmica, dos temas em comento.

Não é dispiciendo a lembrança do Professor João Grandino Rodas, com a qual concordamos, de que é necessário e urgentemente a edição de uma nova Lei Introdução ao Direito Brasileiro (em substituição a Lei de Introdução ao Código Civil) para conformar, tanto o novo Código Civil e os elementos de conexão, quanto as alterações trazidas pela Reforma do Judiciário.

Referências

ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado; teoria e prática brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado.** 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 11. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992. _____ **Igualdade e Liberdade.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Ediouro, 3. ed., 1997.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional Privado: parte geral.** 6. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro Interpretado.** 11. ed São Paulo: Saraiva, 2005.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de direito internacional público.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Problemas relativos a litígios internacionais.** Revista de Processo 65/157.

RODAS, João Grandino. **Direito internacional privado brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado.** 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REFLEXÕES ACERCA DA LEI DE CONCESSÃO DE FLORESTAS PÚBLICAS

Júlio Cezar Lima Brandão

Procurador do Estado.

Especialista (UFAM) e Mestre em Direito Ambiental (UEA).

Mestre em Política e Gestão Ambiental (UFAM).

Presidente da Comissão de Meio Ambiente da OAB/AM.

E-mail: juliobrandao@vivax.com.br

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Críticas ao discurso oficial: alguns aspectos negativos da lei. 3. Aspectos relevantes da lei. 4. Conclusão.

1. Introdução

A Lei 11.284, de 2 de março de 2006, regulamentada, no âmbito federal, pelo Decreto 6.063, de 20 de março de 2007, introduziu no sistema jurídico nacional o instituto da *concessão de florestas públicas*.

Como toda lei polêmica, é alvo de elogios e de críticas.

A polêmica, em apertada síntese, polarizou-se em torno de dois grupos bem distintos: os que criticam e os que elogiam o referido diploma legal.

Os que o criticam aduzem que o governo federal pretende mesmo é entregar as florestas públicas às grandes corporações privadas nacionais e transnacionais, dada a sua notória incapacidade de administrá-las e protegê-las. Os críticos estigmatizaram-na com a alcunha de *Lei do Aluguel das Florestas Públicas*.

De outra banda, os que a elogiam e defendem a lei – desde a sua concepção no governo federal anterior – argumentam que a concessão de florestas públicas será capaz de impedir a extração ilegal e predatória de madeiras, a

grilagem de terras públicas e o avanço da fronteira agrícola, evitando, enfim, o colapso iminente das florestas brasileiras, em especial da Amazônia, cuja destruição é pública e notória.

Pois bem, este ensaio, é preciso esclarecer desde logo, não pretende ser exaustivo. Objetiva destacar alguns aspectos, positivos e negativos, da *Lei de Concessão de Florestas Públicas* e com isso contribuir para a reflexão acerca do tema.

2. Críticas ao discurso oficial: alguns aspectos negativos da lei

Como afirmado anteriormente, os que elogiam e defendem a Lei 11.284/06 alegam, em apertada síntese, que a concessão de florestas públicas será capaz de impedir a extração ilegal e predatória de madeiras, a grilagem de terras públicas e o avanço da fronteira agrícola.

O discurso é apelativo, tendo em vista ser difícil imaginar que exista alguém que pretenda, deliberadamente e por puro deleite, destruir a Floresta Amazônica ou a Mata Atlântica. Portanto, não se pode negar que esse discurso é do tipo que “pega”. Aliás, tanto isso é verdadeiro que o projeto foi aprovado no parlamento com pouquíssimas alterações.

Além do mais, o problema da devastação de nossas florestas, em especial da Amazônia, não será resolvido com a simples criação de mais um sistema legal, sem que outras medidas colaterais sejam adotadas, inclusive, com amparo em leis já existentes e bem mais antigas que a novel *Lei de Concessão de Florestas Públicas*.

Qualquer pessoa mediana sabe que a destruição das florestas e a grilagem de terras públicas ocorrem porque o poder público, em todos os níveis de governo, é incapaz de combater e reprimir, eficientemente, essas práticas predatórias, por vários motivos. O principal deles, sem dúvida, é a reduzida quantidade de servidores nos órgãos ambientais no exercício das atividades ordinárias de controle, monitoramento e fiscalização das florestas públicas. Se alguém duvidar, basta

averiguar quantos servidores o IBAMA tem no Estado do Amazonas e quais os equipamentos que dispõe para o exercício dessas atribuições.

Obviamente que o desmatamento e a destruição da Floresta Amazônica, nosso principal bioma, são fatos incontroversos.

De acordo com Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), a taxa estimada de desmatamento da Amazônia para o período agosto 2005 a agosto 2006 é de 13.100 km². Essa projeção indica uma queda de 30% em relação ao período 2004/2005. Contudo, não há negar, são dados ainda preocupantes.

Nesse ritmo, a Floresta Amazônica desaparecerá da face da Terra, não sem antes fazer companhia à agonizante Mata Atlântica, atualmente reduzida a menos de 9% de sua cobertura florestal originária. Nada absurdo, pois, imaginar-se o caos.

Mas, daí dizer que mais um sistema legal é a solução para o problema, parece-me demasiadamente simplista.

Isso porque, como dito anteriormente, o desmatamento decorrente da extração ilegal de madeiras e a grilagem de terras públicas é fruto da inércia, da ausência e do descaso do Estado brasileiro que tem sido incapaz, v.g., de dar máxima efetividade à legislação ambiental já existente nos três níveis da Federação.

Aliás, bastaria mesmo a aplicação enérgica do Código Florestal, que tem 40 anos de vigência, para que o Estado brasileiro garantisse a proteção de pelo menos 80% da Floresta Amazônica; é dizer, bastaria exigir dos proprietários rurais a manutenção das reservas florestais legais. Como é sabido, na Amazônia Legal, 80% de suas áreas rurais devem ser mantidas a título de reserva florestal legal.

É fundamental que o Estado se faça presente no interior das florestas. Em gabinetes refrigerados não se faz muita coisa. As fotos de satélite são importantes instrumentos de auxílio no combate ao desmatamento, mas sem servidores suficientes para o exercício da atividade de fiscalização no

interior da floresta, de nada valerá essa importante ferramenta tecnológica. Quanto menos enérgica a aplicação da legislação e quanto mais ineficiente a fiscalização, maior será o desmatamento e a grilagem das terras e florestas públicas.

A proteção florestal deve ser preventiva. Não se faz proteção ambiental sem prevenção. Para tanto, é preciso fortalecer institucionalmente todos os órgãos e as entidades responsáveis pela implementação das políticas públicas ambientais. Maior contingente humano, melhores salários e equipamentos adequados e suficientes são ingredientes fundamentais.

Entretanto, o que se percebe é que a própria *Lei de Concessão de Florestas Públicas* acena para outra direção, ao estabelecer mecanismo para transferir a responsabilidade de fiscalização da União para os Estados e Municípios, mediante "convênio ou acordos de cooperação".¹

Quanto ao avanço da fronteira agrícola, é preciso salientar que não se trata de atividade ilegal. Pelo contrário, é atividade inclusive fomentada por todos os governos.

Conter o seu avanço sobre as florestas públicas passa, necessariamente, pela mudança de enfoque das políticas públicas para o setor. Incentivar atividades de agropecuária em áreas já desmatadas seria uma alternativa para se evitar o avanço da agropecuária sobre a floresta nativa.

A produção de alimentos é atividade essencial para qualquer país do mundo. Porém, é importante conciliar a agropecuária com a proteção dos recursos naturais e do meio ambiente, sob pena das conseqüências serem as piores possíveis. Em curto prazo, é bem possível que a derrubada da floresta para pasto e agricultura possa render bons dividendos na balança comercial brasileira. No entanto, não se derruba uma floresta impunemente.

É importante ressaltar que na China, cujo crescimento anual médio é de 8%, morrem 900 mil pessoas, a cada ano, vítimas de doenças pulmonares causadas pela poluição do ar.

¹ Cf. art. 40, § 3º, c/c o art. 69.

Se essa carnificina for o preço do desenvolvimento e do progresso, imagine-se o que acontecerá no Brasil com a destruição da Floresta Amazônica e do que resta da Mata Atlântica, por exemplo.

Algumas questões merecem profunda reflexão. Por exemplo: para preservar as florestas públicas, o Estado brasileiro necessita do auxílio e do socorro do capital privado, por intermédio das grandes empresas madeireiras? A solução do problema passa necessariamente por se livrar das florestas? Se o Poder Público não é capaz de fiscalizar extratores ilegais de madeiras e grileiros de terras públicas, será capaz de fiscalizar as grandes empresas transnacionais concessionárias de florestas públicas?

Uma coisa é certa: uma vez outorgada a concessão da floresta pública, a empresa concessionária adotará as medidas necessárias para afastar a concorrência do extrator ilegal de madeira e do grileiro. Porém, também é certo que essas pessoas procurarão outras florestas públicas, não concedidas e não fiscalizadas, para continuar suas atividades ilícitas.

Desde logo, esclareço que não tenho nada contra as madeireiras que atuam legalmente neste País, criando empregos e pagando regularmente seus impostos. Penso, contudo, que a vocação da Amazônia não é a exploração madeireira pura e simples, mas sim a utilização de sua biodiversidade.

A biodiversidade brasileira é a maior, dentre todas, em mamíferos, peixes de água doce e plantas superiores. É a segunda em anfíbios, a terceira em aves e a quinta em répteis. O território brasileiro abriga cerca de 10 a 20 % do número de espécies conhecidas pela ciência, principalmente nas suas florestas tropicais que representam cerca de 30% das florestas desse tipo no mundo. A flora brasileira contribui com 56 mil espécies descritas de plantas superiores, o que corresponde a cerca de 20% do total de espécies conhecidas no mundo.²

² Ministério do Meio Ambiente. Primeiro Relatório Nacional para a Convenção Sobre Diversidade Biológica. Ministério do Meio Ambiente, Brasília, 1998.

A biodiversidade, sustenta Posey, é um mercado internacional que movimenta, por exemplo, perto de 45 bilhões de dólares por ano no comércio de produtos farmacêuticos e essa indústria não se interessa somente pelos recursos biogenéticos, mas também pelo conhecimento tradicional que as comunidades locais têm sobre a utilização da flora e da fauna. Segundo o referido autor, as empresas *Shaman Pharmaceuticals* e *The Body Shop* constataram que, mediante o acesso ao conhecimento tradicional, os custos de pesquisa poderiam ser reduzidos em até 40%, o que representa uma soma significativa, na medida em que o desenvolvimento de um único remédio novo pode custar 150 milhões de dólares.³

Por tudo isso, é irrefutável que a vocação da Floresta Amazônica é manter-se em pé para a exploração sustentável de sua biodiversidade e para continuar prestando serviços ambientais inestimáveis ao povo brasileiro e ao mundo.

É evidente que biodiversidade e floresta são faces da mesma moeda. Ao conceder a floresta, o governo, na prática, estará também concedendo – ou dando, quem sabe – a biodiversidade da área, embora a lei diga exatamente o contrário. E mais: ao derrubar a floresta para explorar os recursos madeireiros, ainda que seja sob o manto do *Plano de Manejo Florestal Sustentável* (PMFS), o concessionário estará também, irremediavelmente, destruindo a diversidade biológica brasileira.

Tanto isso é verdade que a lei exige que o PMFS apresente área destinada à reserva absoluta, representativa dos ecossistemas florestais manejados, equivalente a, no mínimo, 5% (cinco por cento) do total da área concedida, para conservação da biodiversidade e monitoramento dos impactos do manejo florestal.⁴

³ POSEY, Darrel. A exploração da biodiversidade e do conhecimento indígena na América Latina: desafios à soberania e à velha ordem. In: Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas. Clóvis Cavalcanti (Org.). São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1997. p. 345-368.

⁴ Cf. art. 32.

Além disso, a sociedade brasileira só terá garantias do cumprimento do PMFS quando os órgãos e entidades ambientais responsáveis pela fiscalização ambiental tiverem condições humanas e materiais para desempenhar suas atividades. Se isso não ocorrer, a Lei 11.284/06 terá sido feita para “inglês ver”.

Os críticos que afirmam que a lei pretende “alugar” as florestas públicas às empresas madeireiras nacionais e transnacionais, não deixam de ter razão. Pelo menos quanto ao aspecto fático.

Na prática é privatização pura e simples mesmo. É evidente que existem diferenças jurídicas entre os institutos da “privatização” e da “concessão de bem público”. No dia-a-dia, contudo, os institutos se igualam, na medida em que ambos têm como consequência inevitável a utilização exclusiva, pelo particular, do bem privatizado ou concedido. A única diferença é que o bem concedido retorna ao controle do poder público, uma vez expirado o prazo de concessão.

Porém, esse é o grande problema no caso das florestas públicas. Tenho sérias dúvidas se os concessionários – após 40 longos anos de exploração madeireira – devolverão a floresta com sua biodiversidade preservada.

Vários artigos da Lei 11.284/06 me prendem a atenção. Aqui, partilharei dois deles.

A Lei 11.284/06 prevê, *v. g.*, a rescisão do contrato de concessão em caso de descumprimento de cláusulas contratuais, mediante o devido processo legal (processo administrativo de inadimplência),⁵ especialmente pelo descumprimento do PMFS e diante da perda das condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a regular execução do plano.

Ora, custo a crer que a rescisão ou anulação administrativa de um contrato de concessão se dê de forma rápida, sem prejuízo para o meio ambiente florestal. Isso porque, como é sabido, o sistema jurídico brasileiro permite a

⁵ Cf. art. 45, § 3º.

rediscussão judicial de qualquer decisão administrativa. Além do mais, nada impede que o concessionário inadimplente discuta e alegue em juízo uma série de outras questões como prévia indenização, lucros cessantes, danos emergentes etc. Logo, é fácil imaginar que a questão pode se arrastar por longos anos no Judiciário e, o que é mais preocupante, com o concessionário na posse da floresta.

Outro ponto grave é a falta de convicção do legislador (ou do governo?) quanto a contenção do avanço da atividade agropecuária sobre a floresta. Explico: o art. 72 da 11.284/06 estabelece que as florestas públicas não destinadas a manejo florestal ou unidades de conservação ficam impossibilitadas de conversão para uso alternativo do solo, *até que* sua classificação de acordo com o Zoneamento Econômico-Ecológico (ZEE) esteja oficializada e a conversão seja plenamente justificada. Por outras palavras: as demais florestas públicas não destinadas ao manejo florestal ou unidades de conservação podem ser derrubadas para uso alternativo do solo, ou seja, para realização de atividades agropastoris. Esse artigo derruba o argumento dos que defenderam a lei como instrumento de eficaz combate ao avanço da fronteira agrícola.

De qualquer forma, a lei é uma realidade – não há como fugir disso – e necessita ser enfrentada e utilizada para a defesa das florestas públicas.

3. Aspectos relevantes da lei

A Lei 11.284/06 tem seus aspectos relevantes e assume papel importante no sistema jurídico nacional.

O principal deles, sem dúvida, foi preencher a lacuna que havia na legislação brasileira, decorrente da ausência de norma disciplinando a gestão e utilização⁶ das florestas públicas

⁶ Esclareça-se que a concessão florestal é apenas uma das formas de gestão de florestas públicas para a produção sustentável, ao lado da criação de florestas nacionais e da destinação de florestas públicas às comunidades locais, nos termos do art. 4º da Lei 11.284/06.

brasileiras, sempre tratadas por grileiros e extratores ilegais de madeiras como "coisa de ninguém" e, portanto, suscetíveis da mais singela "apropriação", com graves e incalculáveis prejuízos para a sociedade.

É importante ressaltar, ainda, que a novel legislação criou regras específicas de licitação para a outorga das florestas públicas.

A seguir, sem pretender esgotar o tema, cito alguns aspectos importantes acerca da novel legislação.

3.1. Instituição do Sistema Nacional de Gestão de Florestas Públicas. A Lei 11.284/06 ao conferir caráter unitário à gestão de florestas públicas federais, estaduais e municipais instituiu um verdadeiro *Sistema Nacional de Gerenciamento de Florestas Públicas*.

3.2 Estabelecimento de um "modus" de gestão. A lei estabeleceu, ainda, os princípios⁷ desse sistema de administração e determinou que a gestão fosse realizada *direta* ou *indiretamente* pelo Poder Público.

A *gestão direta* far-se-á pela criação de florestas nacionais, estaduais ou municipais, na forma preconizada pela Lei 9.985, de 18 de julho de 2000 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC).

Por sua vez, a *gestão indireta* compreende a *destinação de florestas públicas às comunidades locais* e a *concessão de florestas naturais ou plantadas e de unidades de manejo das florestas nacionais, estaduais e municipais*.⁸

3.3 Estados e Municípios são obrigados a adotar as regras gerais estabelecidas na lei federal na hipótese de outorga de suas florestas. Essa imposição é consequência da unidade de procedimentos que se exige de um sistema, que terá caráter nacional.⁹

3.4 Proibição de concessão de floresta pública ocupada ou utilizada por comunidades locais. Aspecto

⁷ Cf. art. 2º.

⁸ Cf. art. 4º.

⁹ Cf. arts. 2º, §§ 1º e 2º e 48.

extremamente positivo da norma é a obrigatoriedade do poder concedente destinar, necessariamente, as florestas públicas às comunidades locais¹⁰ que as ocupam ou as utilizam.

Uma vez identificada a ocupação ou a utilização da floresta, o poder público deve destiná-la às comunidades locais por meio de: criação de *reserva extrativista* ou *reserva de desenvolvimento sustentável*, observado os critérios estabelecidos na Lei do SNUC; concessão de uso, por meio de projetos de assentamento florestal, de desenvolvimento sustentável, agroextrativistas ou similares; ou por intermédio de outras formas legais.¹¹

Enfim, floresta pública ocupada ou utilizada por comunidades locais não poderá ser concedida às empresas madeireiras. É, sem dúvida, um aspecto relevante.

3.5 Participação das comunidades locais na licitação para a concessão florestal. A lei permite que as comunidades locais, por meio de associações comunitárias, cooperativas ou outras pessoas jurídicas legalmente constituídas, participem das licitações para concessão florestal, independentemente de terem seus direitos assegurados à destinação da área.¹²

3.6 Exigência de realização de audiência pública e publicação de ato justificando a conveniência da concessão florestal. A lei estabeleceu duas importantes exigências a serem satisfeitas pelo poder público concedente e que devem anteceder a publicação do edital de licitação: a primeira, a *realização de audiência pública*, sem prejuízo de outras formas de consulta;¹³ a segunda, a *publicação de ato administrativo justificando a conveniência da concessão florestal*.¹⁴

A concessão de florestas públicas exige publicidade ainda maior do que a normalmente requerida pela Lei 8.666/93

¹⁰ Populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica (art. 3º, X).

¹¹ Cf. art. 6º.

¹² Cf. art. 6º, § 2º.

¹³ Cf. art. 8º.

¹⁴ Cf. art. 12.

(Lei de Licitações e Contratos). Essa publicidade, que antecede o início da licitação, tem por escopo permitir que a sociedade civil possa interagir com o poder público concedente discutindo, por exemplo, a viabilidade ou não do empreendimento e a relação custo-benefício, na medida em que o objeto da concessão – floresta pública – é bem difuso de extrema fragilidade e de fácil perecimento, especialmente quando localizado na Amazônia.

Se o público administrador não atender as referidas exigências, verdadeiras condições de procedibilidade da licitação, além de viciar irremediavelmente o certame, sujeitar-se-á à condenação por improbidade administrativa.

3.7 Estabelecimento do Plano Anual de Outorga Florestal (PAOF). O PAOF é documento de extrema complexidade e deve ser elaborado sob a responsabilidade do poder público concedente.

Trata-se de estudo técnico que, por determinação, observará: as políticas e o planejamento para o setor florestal, a reforma agrária, a regularização fundiária, a agricultura, o meio ambiente, os recursos hídricos, o ordenamento territorial e o desenvolvimento regional; o ZEE nacional e estadual e demais instrumentos que disciplinam o uso, a ocupação e a exploração dos recursos ambientais; a exclusão das unidades de conservação de proteção integral, das reservas de desenvolvimento sustentável, das reservas extrativistas, das reservas de fauna e das áreas de relevante interesse ecológico, salvo quanto a atividades expressamente admitidas no plano de manejo da unidade de conservação; a exclusão das terras indígenas, das áreas ocupadas por comunidades locais e das áreas de interesse para a criação de unidades de conservação de proteção integral; as áreas de convergência com as concessões de outros setores, conforme vier a ser estabelecido em regulamento; as normas e as diretrizes governamentais relativas à faixa de fronteira e outras áreas consideradas indispensáveis para a defesa do território nacional; as políticas públicas dos Estados, dos Municípios e do Distrito

Federal; os PAOFs dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; e as áreas de uso restrito destinadas às comunidades locais.¹⁵

Nada impede, ao meu sentir, que o poder público concedente contrate terceiros para a elaboração do PAOF. Contudo, esse documento será nulo de pleno direito se não atender aos requisitos legais supracitados, ou, o que é pior, se for alheio à realidade local. O PAOF é documento complexo de natureza multidisciplinar e que, evidentemente, não pode ser feito em uma semana na calada do escritório.

3.8 As licitações para a concessão florestal serão realizadas sob a modalidade de concorrência. A Lei de Concessão de Florestas Públicas não permite que a outorga da concessão florestal seja realizada por meio de outras modalidades de licitação como pregão, leilão, convite ou tomada de preços.¹⁶

A concorrência é sabidamente a modalidade de licitação mais complexa e, na Lei de Licitações e Contratos, é utilizada para contratos de grande valor, sendo obrigatória para compra ou alienação de imóveis, concessão de uso, de serviços ou de obra pública e licitações internacionais, independentemente do valor do objeto do contrato.

3.9 Proibição de declaração de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição. A licitação para concessão florestal não pode ser declarada inexigível ao argumento de inviabilidade de competição, com arrimo no art. 25 da Lei de Licitações e Contratos.¹⁷ Portanto, a disputa é da própria natureza do ato de outorga.

3.10 Licitação se destina não só para a exploração de produtos, como também de serviços florestais. A lei disciplina a concessão florestal para a exploração de produtos madeireiros e não madeireiros, gerados pelo manejo florestal sustentável (*produtos florestais*), e a exploração do turismo e

¹⁵ Cf. arts. 10 e 11.

¹⁶ Cf. art. 12, § 1º.

¹⁷ Cf. art. 13, § 2º.

outras ações ou benefícios decorrentes do manejo e conservação da floresta, não caracterizados como produtos florestais (*serviços florestais*). Portanto, a concessão não se destina única e exclusivamente para exploração madeireira. É possível a utilização da floresta para atividades de lazer e ecoturismo de um modo geral, inclusive com a construção de infra-estrutura no local como, por exemplo, hotéis de selva, pousadas, museus etc.¹⁸

3.11 Proibição de se licitar os produtos de uso tradicional e de subsistência para as comunidades locais. A lei exige que os produtos de uso tradicional e de subsistência para as comunidades locais sejam excluídos do objeto da concessão e explicitados no edital, juntamente com a definição das restrições e da responsabilidade pelo manejo das espécies das quais derivam esses produtos, bem como por eventuais prejuízos ao meio ambiente e ao poder concedente.¹⁹

3.12 Criação do Cadastro Nacional de Florestas Públicas (CNFP). Na esteira de criação de um *Sistema Nacional de Gestão de Florestas Públicas*, a lei criou o CNFP que é constituído pelo *Cadastro-Geral de Florestas Públicas da União* e pelos cadastros de florestas públicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.²⁰

3.13 Proibição de outorga de determinados direitos. A concessão florestal confere ao concessionário somente a possibilidade de explorar os produtos ou os serviços florestais, sendo terminantemente vedada a outorga dos seguintes direitos: titularidade imobiliária ou preferência em sua aquisição; acesso ao patrimônio genético para fins de pesquisa e desenvolvimento, bioprospecção ou constituição de coleções; uso dos recursos hídricos acima do especificado como insignificante, nos termos da Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997 (Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos); exploração

¹⁸ Cf. arts. 14 a 17.

¹⁹ Cf. art. 17.

²⁰ Cf. art. 14, parágrafo único.

dos recursos minerais; exploração de recursos pesqueiros ou da fauna silvestre;²¹ e comercialização de créditos decorrentes da emissão evitada de carbono em florestas naturais.^{22 23}

Com efeito, o poder público concedente deve, pois, ser diligente e periodicamente fiscalizar as concessões com o objetivo de averiguar se a concessionária não está se apropriando de outros recursos naturais não outorgados e proibidos por lei, no âmbito da concessão florestal.

*3.14 Estabelecimento de normas específicas para o licenciamento ambiental.*²⁴ Em um primeiro momento, com a dispensa expressa da *licença de instalação*, chegou-se a cogitar da frouxidão do licenciamento ambiental no processo de outorga das florestas públicas. Leitura mais atenta leva-me a concluir em sentido oposto.

Apenas duas licenças ambientais são exigíveis para o uso sustentável de unidade de manejo mediante concessão florestal: as indefectíveis licenças prévia e de operação.

No entanto, a lei exige sempre a apresentação de Relatório Ambiental Preliminar (RAP), elaboração do PMFS e, eventualmente, a apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EPIA/RIMA),²⁵ nos casos potencialmente causadores de significativa degradação ambiental,²⁶ assim considerados, entre outros aspectos, em *função da escala e da intensidade do manejo florestal e da peculiaridade dos recursos ambientais*.

Ressalva a lei que a aprovação do plano de manejo de floresta nacional, estadual ou municipal, nos termos da Lei

²¹ Contudo, o manejo da fauna silvestre pelas comunidades locais observará a legislação específica, como, por exemplo, o Código de Fauna e a Lei do SNUC.

²² Na hipótese de reflorestamento de áreas degradadas ou convertidas para uso alternativo do solo, o direito de comercializar créditos de carbono poderá ser incluído no objeto da concessão, na termos a serem definidos em regulamento.

²³ Cf. art. 16, § 1º.

²⁴ Cf. art. 18.

²⁵ A lei utiliza a expressão "estudo de impacto ambiental". Mas, como é sabido, este estudo deve ser "prévio" por determinação contida no art. 225 da CF.

²⁶ De acordo com § 7º do art. 18, os conteúdos mínimos do RAP e do EPIA/RIMA relativos ao manejo florestal serão definidos em regulamento.

do SNUC, substitui a licença prévia, sem prejuízo da elaboração de EPIA/RIMA nas hipóteses anteriormente consignadas e da observância de outros requisitos do licenciamento ambiental.

Antes de iniciar, porém, as atividades florestais na unidade de manejo, o concessionário vencedor da licitação deve elaborar e apresentar, perante o órgão ambiental competente, o PMFS. Este, uma vez aprovado, autoriza a expedição da *licença de operação* que confere ao concessionário a prerrogativa de iniciar as atividades florestais na área.

3.15 Estabelecimento de requisitos específicos para a fase de habilitação. Além dos requisitos previstos na Lei de Licitações e Contratos, a norma exige do licitante, para habilitação nas licitações de concessão florestal, a comprovação de ausência de débitos inscritos na dívida ativa relativos à infração ambiental nos órgãos competentes integrantes do SISNAMA, e de decisões condenatórias, com trânsito em julgado, em ações penais relativas a crime contra o meio ambiente, a ordem tributária ou previdenciário, observada a reabilitação de que trata o art. 93 do Código Penal.²⁷

3.16 Proibição de empresas estrangeiras de participar da licitação. A Lei proíbe a participação em licitação para concessão florestal de empresas que não estejam constituídas sob as leis brasileiras e que não tenham sede e Administração no País.²⁸ Essa proibição, entretanto, não impede que empresa de capital majoritariamente internacional participe da licitação.

3.17 Estabelecimento do critério de maior preço ofertado combinado com a melhor técnica para julgamento das propostas. No julgamento da licitação, a melhor proposta será considerada em razão da combinação dos critérios de *maior preço ofertado e melhor técnica*, considerando o menor impacto ambiental; os maiores benefícios sociais diretos; a maior eficiência; e a maior agregação de valor ao produto ou

²⁷ Cf. art. 19.

²⁸ Cf. art. 19, § 3º.

serviço florestal na região da concessão. A aplicação desses critérios será previamente estabelecida no edital de licitação, com regras e fórmulas precisas para avaliação ambiental, econômica, social e financeira e, especificamente, para fins de aplicação do critério de melhor técnica, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.²⁹

3.18 Imposição de transferência do controle societário da concessionária mediante prévia anuência do poder concedente. A norma exige que a transferência do controle societário tenha prévia anuência do poder concedente, sob pena de imediata rescisão contratual, e desde que o pretendente atenda às exigências da habilitação estabelecidas para o concessionário e se comprometa a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.³⁰

3.19 Repartição dos recursos financeiros decorrentes dos preços da concessão florestal. A norma estabelece critérios objetivos para a repartição dos recursos financeiros decorrentes dos preços da concessão florestal de unidades localizadas em áreas de domínio da União, entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.³¹ A norma também indica as atividades em que o recurso financeiro repassado deve ser empregado, o que afasta a discricionariedade na utilização desses recursos pelo ente que o recebe.

3.20 Condicionamento de repasses financeiros à instituição de conselho de meio ambiente. O repasse dos recursos financeiros decorrentes dos preços da concessão florestal a Estados e Municípios está condicionado à instituição de conselho de meio ambiente pelo respectivo ente federativo, com participação social, e à aprovação, pelo conselho, do cumprimento das metas relativas à aplicação dos recursos referentes ao ano anterior e da programação da aplicação dos recursos do ano em curso.³²

²⁹ Cf. art. 26.

³⁰ Cf. art. 28.

³¹ Cf. art. 39.

³² Cf. art. 39, § 3º.

3.21 *Criação do Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF)*. Os recursos do FNDF serão aplicados prioritariamente em projetos nas áreas de pesquisa e desenvolvimento tecnológico em manejo florestal; assistência técnica e extensão florestal; recuperação de áreas degradadas com espécies nativas; aproveitamento econômico racional e sustentável dos recursos florestais; controle e monitoramento das atividades florestais e desmatamentos; capacitação em manejo florestal e formação de agentes multiplicadores em atividades florestais; educação ambiental; e proteção ao meio ambiente e conservação dos recursos naturais.³³

3.22 *Obrigatoriedade das concessões submeterem-se a auditorias florestais*. A auditoria florestal é de inteira responsabilidade do concessionário, com exceção das hipóteses previstas em edital, nos quais a escala da atividade florestal torne inviável o pagamento desses custos, situação em que o órgão gestor adotará formas alternativas de realização das auditorias. A auditoria será sempre conclusiva em um dos seguintes termos: constatação de regular cumprimento do contrato de concessão, a ser devidamente validada pelo órgão gestor; constatação de deficiências sanáveis, que condiciona a manutenção contratual ao saneamento de todos os vícios e irregularidades verificados, no prazo máximo de 6 (seis) meses; ou constatação de descumprimento, que, devidamente validada, implica a aplicação de sanções segundo sua gravidade, incluindo a rescisão contratual.³⁴

3.23 *Acesso livre às informações referentes à gestão de florestas públicas, contratos, decisões, pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões e a instituição da visita de comprovação às operações florestais*. Com o propósito de permitir melhor controle por parte da sociedade e transparência absoluta na concessão florestal, a lei estabelece como princípio de gestão o acesso livre de qualquer indivíduo às informações

³³ Cf. art. 41.

³⁴ Cf. arts. 42 e 43.

referentes à gestão de florestas públicas, nos termos da Lei 19.650, de 16 de abril de 2003.³⁵ Também assegura a qualquer pessoa o acesso aos contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões,³⁶ e institui a *visita de comprovação de operações florestais de campo*.

Com efeito, qualquer pessoa física ou jurídica, de forma justificada e devidamente assistida por profissionais habilitados, poderá fazer visitas de comprovação às operações florestais de campo, sem obstar o regular desenvolvimento das atividades, observados aos requisitos de prévia obtenção de licença de visita no órgão gestor e da programação prévia com o concessionário.³⁷

3.24 Criação do Serviço Florestal Brasileiro (SFB). A lei cria, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o SFB, com autonomia administrativa, cuja atuação exclusiva será na gestão das florestas públicas.³⁸

4. Conclusão

A Lei 11.284/06 é em alguns aspectos – como, por exemplo, concessão florestal para a iniciativa privada – extremamente polêmica e ainda gerará inúmeras discussões, principalmente quando passar a ser aplicada no dia-a-dia.

Tem seus pontos positivos e assume papel importante no mundo jurídico, no que diz respeito à gestão das florestas públicas, suprimindo uma lacuna até então existente.

O só fato de estabelecer um *Sistema Nacional de Gerenciamento de Florestas Públicas* – algo inédito – e definir regras de concessão e licenciamento ambiental de observância obrigatória para os Estados e Municípios é um ponto de extrema importância, pois evitará, sem dúvida, a criação de *paraísos florestais*, assim compreendidos como aqueles locais

³⁵ Cf. art. 2º, V.

³⁶ Cf. art. 25.

³⁷ Cf. art. 43.

³⁸ Cf. art. 54 e seguintes.

em que as exigências para a extração madeireira em florestas públicas seriam dispensadas ao extremo, com o objetivo de atrair as empresas interessadas. A lei, ao uniformizar as exigências para a toda a Federação, só permite aos entes Federados maior rigor na outorga de suas florestas.

Retirar o maior proveito da lei em prol das florestas públicas será obrigação daqueles que ainda teimam em levantar a voz na defesa do meio ambiente e insistem que o caminho para o desenvolvimento sustentável é manter a Floresta Amazônica em pé para explorar a sua biodiversidade.

Entretanto, a lei, só por si, não será capaz de impedir a grilagem de terras e florestas públicas, bem como o avanço da fronteira agrícola sobre a floresta. Para tanto, é preciso mudar o enfoque das políticas públicas. O Poder Público, nas três esferas de governo, necessita, por exemplo, com urgência, investir maciçamente nos seus órgãos e entidades de meio ambiente, dotando-lhes de recursos humanos, materiais e financeiros suficientes para que possam exercer com eficiência as atividades de monitoramento, controle e fiscalização das florestas públicas, concedidas ou não.

Se o Estado brasileiro continuar ausente, pouca coisa mudará. A norma não fará o menor sentido e representará um faz-de-conta sem precedentes. Todos perderão. Até mesmo os que lucram fácil com a derrubada de nossas florestas e com a depredação da nossa biodiversidade, porque, inexoravelmente, mais cedo ou mais tarde, a natureza se vingará de todos nós.

O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NO DIREITO PENAL

SUELY XAVIER LIMA

Procuradora do Estado do Amazonas
Especialista em Direito Penal e Processual
Penal pela Universidade Federal do Amazonas

SUMÁRIO: I - INTRODUÇÃO. II - A intervenção mínima como princípio de direito penal constitucional. III - Origem e involução do princípio da intervenção mínima. IV - O princípio da intervenção mínima e as características da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal. 1. Subsidiariedade. 2. Fragmentariedade. V - Propostas para a implementação de um direito penal mínimo. 1. Descriminalização. 2. Retipificação. 3. Reeducação. 4. Observância de processo legislativo diferenciado. 5. Efetivo controle difuso de constitucionalidade. VI - CONCLUSÃO. VII - REFERÊNCIAS.

I - INTRODUÇÃO

O Direito Penal tem como um de seus papéis ser instrumento de controle social; porém não o único, nem mesmo o primeiro, senão o último de que o Estado deve lançar mão para enfrentar a criminalidade.

Além disso, é razoável afirmar-se que o direito penal tem por missão proteger bens jurídicos, porém, não todos e quaisquer bens jurídicos, mas somente aqueles que se possam considerar vitais para a sociedade humana, tais como a vida e a liberdade.

Deflui daí que a observância do princípio da intervenção mínima se impõe ao legislador e ao intérprete, na medida em que a atuação do direito penal só deve ocorrer quando houver premente necessidade, face à lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos indispensáveis.

Ver-se-á, no decorrer deste ensaio, que o princípio da intervenção mínima foi idealizado há mais de dois séculos. No entanto, ao invés de crescer, seu prestígio entrou em franco declínio, haja vista que as legislações que se lhe seguiram, ampliaram o campo de abrangência do Direito Penal. Apesar disso e, dada a sua importância, veremos o que pode ser feito para resgatar-lhe a força.

II - A INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO PRINCÍPIO DE DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

A Constituição de um Estado Democrático de Direito tem como uma de suas principais tarefas servir de instrumento viabilizador da tutela dos direitos humanos. Dimana dessa incumbência, o imperativo do estabelecimento de garantias fundamentais do homem em face do Estado, manifestando-se tais garantias por meio de princípios dirigentes limitadores da intervenção do Estado na esfera da liberdade e da integridade física individual.

Com efeito, é justamente em sede das garantias fundamentais do homem em face do Estado que reside o ponto de convergência do Direito Constitucional e do Direito Penal, na medida mesma dos princípios que limitam o poder de punir do Estado.

Nesse passo, apesar de vozes que se levantam em sentido contrário, pode-se afirmar que os princípios, assim como as regras de direito, são normas e, portanto, têm eficácia jurídica. Cabe lembrar aqui que a norma constitui gênero, do qual são espécies os princípios e as regras.

E, as regras de determinado sistema não se encontram isoladas; os princípios atuam como vínculos, mediante os quais elas se congregam de molde a constituírem um bloco sistemático, dando, dessa forma, maior coerência ao sistema.

Dito isto, importa recordar que, apesar da resistência de alguns, tem se reconhecido que a Constituição Brasileira alberga não apenas os princípios

expressos, mas também aqueles que, hauridos dos explícitos, encontram-se consagrados por ela, implicitamente.

Entretanto, a positivação de alguns princípios e de outros não, tem levado aqueles exageradamente apegados ao dogmatismo a não reconhecer os implícitos. Porém, esses últimos já se sedimentaram com a mesma força normativa dos expressos, na medida em que a nossa *Lex Mater* acabou por os adotar expressamente, ao admiti-los por meio do preceito contido no § 2º do art. 5º, que diz: "*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*".

Inobstante essa previsão, boa parte da doutrina e da jurisprudência deixa de aplicar os princípios implícitos. E, se reconhecem sua existência, não os aceitam com força de norma. Todavia, fazem-no sem a menor razão, pois os princípios de direito penal constitucional, quer expressos, quer implícitos, encontram seu esteio e origem na própria noção de Estado Democrático de Direito, tal como corporificado na *Lex Fundamentalis*.

O princípio da intervenção mínima é um desses princípios implícitos que se constitui em corolário do princípio da legalidade.

É que (emprestando-se a lição de Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira¹): "*Não se deseja, apenas, que o crime seja predefinido em 'lei anterior' a seu cometimento. É imperativo que as normas incriminadoras se enderecem especificamente a proteger bens fundamentais, delimitando-se em conformidade com essa destinação seu âmbito de incidência; para isso a regra da legalidade deve estar adstrita ao princípio da necessidade. Ou seja, como a proteção de bens*

fundamentais é necessária à própria sobrevivência da sociedade, a norma constitucional deveria dispor que a definição do crime, em lei, há que se subordinar ao princípio

¹ O direito penal e a intervenção mínima. AJURES, Porto Alegre, ano 24, n. 69, p. 110, mar. 1997.

da necessidade de proteger os referidos bens. Assim, o princípio da legalidade conter-se-ia na regra segundo a qual não há crime sem lei anterior e necessária que o defina".

Assim sendo, afirma-se, sem medo de errar, que o princípio da intervenção mínima deriva do princípio da legalidade, constituindo-se, portanto, ao lado de outros implícitos, um dos princípios de direito penal constitucional que não pode ser desprezado e cuja influência deve ser sentida, especialmente, como relevante instrumento norteador de uma eficiente política criminal.

III - ORIGEM E INVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima teve o seu berço na França, no final do Século XVIII. Seu primeiro contorno foi desenhado no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo teor era o seguinte: "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias (...)".

Estava aí delineada a primeira assertiva orientadora e delimitadora do Poder Legislativo na formação dos tipos penais, na medida em que se passou a propugnar que somente é legítima a criação de uma norma penal incriminadora se esta contiver a incriminação de um fato como sendo o único meio necessário e suficiente para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se mostram bastantes para a tutela desse bem, a criminalização é ilegítima.

Pois bem, a despeito da indiscutível utilidade e importância do princípio em tela, constata-se com pesar que, à medida que o tempo foi passando, em lugar de ocorrer uma evolução do postulado, ocorreu o inverso, ou seja, deu-se a sua involução. Isso porque, não adveio redução do campo de abrangência do Direito Penal, ao contrário, o que acabou sucedendo foi um aumento exacerbado na produção de normas penais em todo o mundo.

Esse aumento, longe de trazer benefícios à sociedade, trouxe, ao revés, pelo menos duas grandes consequências

negativas. A primeira delas foi a sobrecarga irracional de serviços nos órgãos do Poder Judiciário, que acarreta, inexoravelmente, a falta de celeridade na administração da justiça punitiva. E, a segunda, o expressivo dispêndio de recursos públicos na manutenção de um número cada vez maior de condenados; recursos estes que poderiam muito bem ser destinados para projetos sociais que poderiam prevenir a criminalidade.

Diante dessa constatação, mister se faz refletir acerca dos motivos em razão dos quais o Estado retrocedeu e resolveu colocar sob a espada do Direito Penal tantas condutas que poderiam, de forma mais eficaz e producente ser tratadas por outras formas de controle social.

Em primeiro lugar, pode-se apontar como um dos motivos do mencionado retrocesso a própria falta de habilidade do Estado para cuidar dos problemas relacionados à criminalidade.

É que ao invés de buscar de maneira responsável, a médio e longo prazo, colocar em prática medidas de política criminal elaboradas de forma madura, tem preferido utilizar-se indevidamente do direito penal, transformando-o em instrumento capaz de dar "resposta rápida (e ilusória) a situações aflitivas emergentes e que causam clamor público"². O que se percebe é que o Poder Legislativo, no ledó engano de estar dando retorno adequado a toda criminalidade moderna, vem produzindo atividade legislativa penal, desprovido dos parâmetros mínimos exigíveis a evitar uma intervenção inadequada e indevida do direito penal, quando no mais das vezes, já produzira legislação civil e/ou administrativa eficaz e suficiente para fazer frente às condutas que resolveu tipificar penalmente.

Nesse afã, acabou o legislador por dar ênfase exclusiva ao aspecto simbólico do direito penal, na medida em que, em lugar de buscar a proteção de bens jurídicos de maior

2 AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais*. São Paulo: IBCCRIM, 1993. p. 155.

relevância, preferiu, como escopo principal e indisfarçável, tranquilizar a opinião pública, iludindo-a com a severa reação da tipificação penal daquelas situações aflitivas emergentes que tanto a incomodam.

Ocorre que, encarar o direito penal como um portentoso instrumento de transformação da sociedade não passa de um lamentável equívoco. Isso porque, se o direito penal não se limitar a exercer o seu papel de *ultima ratio*, isto é, de funcionar como o último instrumento de controle social, bem como se deixar de cingir-se a proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes, estará fadado à desmoralização.

Nesse diapasão, Alberto Silva Franco aponta o resultado desse recurso indiscriminado à função simbólica do direito penal, resultado este que demonstra de forma inequívoca que tal utilização não tem a virtude de responder à criminalidade de forma eficaz, acabando, como dito acima, por desencadear esse processo de desmoralização do direito penal.

Diz o insigne magistrado: *"O resultado é no entanto pífio. A curto prazo não prova nenhuma consequência de relevo. A maior contundência do sistema penal implantado não produz o efeito pretendido e não estabelece o sentimento de segurança individual ou coletivo. Para minimizar os acumulados 'déficits de funcionamento' desse sistema aumenta-se a repressão, com igual insucesso. A médio e longo prazo, o fracasso do mecanismo penal acarreta a perda de sua credibilidade"*.³

O segundo motivo que se pode encontrar para explicar o crescente aumento do campo de abrangência do Direito Penal, deve-se à postura que o Estado-Juiz tem adotado quando se lhe oportuniza, diante do caso concreto, declarar a inconstitucionalidade da lei penal incriminadora, nas hipóteses de flagrante vulneração ao princípio da intervenção mínima.

O que se tem observado, em casos que tais, é a prevalência de verdadeiro tabu em torno da norma penal, que

³ Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção, *Justiça e Democracia*, 1º sem./96. n. 01, RT. publicação da Associação Juizes para a Democracia, p. 167.

torna a atuação do Judiciário tímida ao ponto de impedi-lo de exercer efetivo controle difuso de constitucionalidade.

Cogita-se da existência desse tabu pelo fato de que em outros campos do direito, amiúde, tem o Judiciário declarado a inconstitucionalidade de diversas leis (tributárias, cíveis etc.). Entretanto, quando se argúi a inconstitucionalidade de determinado tipo penal, cuja existência se mostra evidentemente desnecessária, visto que seria mais adequadamente tutelado no campo extrapenal, o Judiciário reage como que em defesa da norma penal incriminadora, considerando-a praticamente intocável (quase sagrada).

Nesse passo, verifica-se, sem muito esforço, que coexistem no ordenamento diversos tipos penais que já deveriam ter tido sua inconstitucionalidade declarada. É o que ocorre, *verbi gratia*, com os crimes contra a família, previstos no Código Penal, na Parte Especial, no Título VII, mais especificamente, com os crimes contra a assistência familiar (capítulo III).

Explica-se com o seguinte exemplo: se o sujeito, sem justa causa, deixa de pagar a pensão alimentícia de seus filhos, será preso em virtude de decisão do juízo cível (art. 733, do CPC). Nesse caso, aplicar-lhe ainda a pena preyista no art. 244, do Código Penal, é deveras inconcebível (poderia o indivíduo ser preso duas vezes, em razão do mesmo fato?). Entretanto, em afronta até mesmo a um simplório exercício de lógica, não se tem visto os órgãos do Poder Judiciário declararem a inconstitucionalidade do art. 244, do Código Penal, o que poderia, perfeitamente, ocorrer, sob o fundamento de flagrante violação ao princípio da intervenção mínima.

Analisando a situação sob o ponto de vista oposto, verifica-se que a fundamentação para decidir no sentido de considerar constitucionais dispositivos desse jaez, denota que os nossos juízes ainda estão exageradamente apegados ao legalismo formalista, visto que se posicionam como verdadeiros escravos da lei (*in casu*, da lei penal). E, esse exagerado apego à fria letra da lei, constitui, ao lado dos dois motivos acima referidos, o terceiro motivo pelo qual se explica

por que, inobstante já se haver sedimentado o princípio da intervenção mínima, ocorreu nos dois últimos séculos, de forma crescente (e, a despeito do que era de se esperar), o aumento do campo de atuação do Direito Penal.

IV - O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E AS CARACTERÍSTICAS DA SUBSIDIARIEDADE E DA FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL

Dentre os ideais da Revolução Francesa surgiu, a partir da idéia de um Estado Democrático de Direito, a preocupação de limitar-se o poder do Estado no tocante à criação de figuras delituosas iníquas e a instituição de penas, incompatíveis com a necessária preservação da dignidade humana.

Nesse contexto, extrai-se da própria essência do Direito Penal, tal como visto modernamente, duas características que, de tão intrinsecamente relacionadas com o princípio da intervenção mínima, pode-se dizer que se tratam de verdadeiros elementos constitutivos, por assim dizer, desse princípio.

O entrelaçamento dessas características com o princípio ora em estudo é de tal monta que os juristas que sobre elas se debruçaram têm opiniões diversas acerca da natureza jurídica delas.

Para Luiz Regis Prado⁴, por exemplo, a subsidiariedade é um princípio sinônimo do princípio da intervenção mínima. Já a fragmentariedade constitui-se em postulado decorrente daquele.

Cláudio do Prado Amaral⁵ entende que a subsidiariedade e a fragmentariedade são princípios que defluem do da intervenção mínima.

⁴ Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1 p. 141.

⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais*. São Paulo: IBCCRIM, 1993. p. 144.

Entendemos, no entanto, como já dito, que se tratam de características do direito penal que, ao servirem de sustentação teórica do princípio, acabam-se transmudando em verdadeiros elementos constitutivos deste, configurando sua própria essência, não havendo como destacá-los do princípio da intervenção mínima, sem desfigurá-lo.

1 - SUBSIDIARIEDADE

De acordo com a característica da subsidiariedade, o Direito Penal só deve intervir de forma subsidiária, ou seja, quando houverem-se esgotado outros meios de controle social, para a proteção do bem jurídico. Nessa tarefa e numa escala crescente, impende que o Estado utilize-se de meios de controle menos lesivos ao indivíduo. Imbuído desse propósito, pode partir de meios informais, como igreja e escola, por exemplo, avançando, na hipótese de insucesso destes, para os meios formais não-penais (demais ramos do direito: civil, administrativo etc.). Ou seja, todas as formas de proteção de bens jurídicos de que o Estado dispuser devem intervir antes do Direito Penal; este, portanto, deve ser utilizado como *ultima ratio*.

Percebe-se, pois, que a subsidiariedade revela-se como verdadeira via de duplo sentido; um negativo, na medida em que o Estado não pode valer-se do D. Penal para proteger bem jurídico enquanto existirem instrumentos outros ainda não utilizados para proteger tal bem; outro positivo, haja vista que ao Estado se impõe a obrigação de tomar todas as medidas não penais como instrumentos de controle social, evitando a todo o custo, a intervenção do direito penal.

Nessa esteira, importante é frisar que uma política criminal que tenha como baliza o caráter de subsidiariedade do direito penal, ao evitar valer-se da sanção criminal de forma generalizada, contribui, sem dúvida, para um controle social mais eficaz. Eis porque faz-se necessário mudar a mentalidade daqueles que lidam com política criminal, pois o que se percebe nitidamente hoje é que estes, ao depararem-se com problemas sociais, tendem a combatê-las logo por meio de criminalização

de condutas; é preciso, portanto, que essa problemática seja encarada de forma diametralmente oposta, ou seja, impende ter-se por lema que criminalizar condutas deve ser a última solução a ser cogitada no enfrentamento de problemas sociais.

2 - FRAGMENTARIEDADE

Tal como a característica da subsidiariedade, a fragmentariedade do direito penal, limita a atuação deste, fazendo-o no entanto sob um outro enfoque.

Na subsidiariedade, leva-se em conta o momento em que o direito penal deve entrar em cena, na busca da proteção dos bens jurídicos, ou seja, como último recurso.

Atento à fragmentariedade do direito penal, o legislador deve ocupar-se também de proteger aqueles bens, porém nem todos eles; somente aqueles que se revelarem de maior importância e somente quando estes (de maior importância) sofrerem ataque de forma intolerável e grave. Dito de outro modo, o direito penal não deve ocupar-se da proteção de qualquer bem jurídico; apenas dos mais importantes. E, ainda que seja importante o bem, também não deve intervir se a agressão a este não for séria.

Nesse ponto, vale abrir parêntesis para fazer uma análise acerca dos aspectos a serem considerados em torno desse BEM JURÍDICO; aspectos esses que necessitam estar presentes para que se possa justificar a atuação do direito penal.

Consoante ensina a Professora Alice Bianchini⁶, para que o bem jurídico seja tutelado pelo direito penal, deve estar provido de merecimento de tutela penal, necessidade de tutela penal e adequação e eficácia desta tutela.

Determinado bem jurídico será merecedor de tutela penal se sua relevância social for de tal monta que a proteção do mesmo reclame a atuação do ramo do Direito cuja sanção

⁶ *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 90.

aplicada é a mais grave possível. Desse modo, só merece a tutela penal aquele bem jurídico mais importante e cuja lesão é tão relevante que deve ser penalizada com a mais grave das sanções, a pena.

Todavia, não é suficiente que o bem jurídico mereça a tutela penal, imprescindível se faz que tal tutela seja também necessária. Nesse diapasão, tem-se que somente ostentam necessidade de tutela penal aqueles bens constitucionalmente previstos, seja expressamente ou deduzidos através da análise dos princípios inseridos na Carta Magna.

Mas não é só, esta necessidade deve surgir da possibilidade de prevenção, de inibição da prática de condutas que lesem esses bens constitucionalmente protegidos. Isso porque não se pode esquecer que a pena tem também um caráter preventivo; não se podendo negar a existência e importância deste caráter, caso contrário haverá uma valorização excessiva do caráter retributivo dessa mesma pena. Levando-se em conta esse caráter preventivo da pena, só se pode entender como necessária a intervenção penal quando esta for a última possibilidade de resolver as situações cujos conflitos não puderam ser satisfatoriamente resolvidos pelos demais ramos do Direito.

Além do merecimento e da necessidade, imprescindível se faz que a tutela penal se mostre adequada e eficaz. Tem-se, assim, de verificar se a proteção penal de determinado bem jurídico produzirá eficácia, prevenindo a ocorrência de outros conflitos. A criminalização de uma conduta lesiva de um bem jurídico só se justifica se, em virtude dela houver uma efetiva diminuição na prática dos atos lesivos.

Como bem enfatiza Cícero Marcos Lima Lana, "somente se poderá ter como penalmente relevante uma conduta caso esta tipificação possa fazer com que a sociedade deixe, ou ao menos diminua, os ataques a determinado bem jurídico. O temor da sanção penal deve ser de tal forma relevante, que irá fazer com que os cidadãos deixem de praticar os atos tipificados, em razão da possibilidade de aplicação de uma pena. Nos casos onde esta possibilidade de aplicação de

uma pena não causar qualquer modificação no comportamento dos cidadãos, não estará justificada a criminalização de determinada conduta".⁷

De outro turno, se a criminalização de uma conduta cria mais desvantagens do que vantagens, não estará presente o aspecto da adequação da tutela penal do bem que se pretende proteger com a tipificação, devendo, pois, ser repensada tal criminalização. Desse modo, verifica-se que a existência de eficácia da tutela penal é imprescindível para que se conclua pela criminalização de determinada conduta.

Assim sendo, tem-se por certo que o bem jurídico só poderá receber tutela penal quando merecer tal proteção; quando esta for absolutamente necessária e, ainda, se o alcance da malha penal se mostrar adequado e eficaz para prevenir a prática de condutas que lesem aquele bem jurídico.

Observando esse cuidado em torno dos aspectos acima abordados, deve o legislador selecionar os fatos ilícitos a merecerem a sua atenção no campo penal. Em razão dessa necessária seleção, talvez fosse até mais apropriado denominar a característica da fragmentariedade do direito penal de seletividade, como bem elucida Francisco de Assis Toledo, quando diz: "dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns - os mais graves - são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal."⁸

Nesse passo, forçoso é reconhecer que, mormente no transcurso do Século XX, ocorreu verdadeira negação desse caráter fragmentário do Direito Penal. Isso porque, dessa multidão de ilícitos mencionados por Assis Toledo, resolveu o legislador selecionar quantidade exagerada para alçar à categoria de ilícito penal. Ou seja, ao invés de eleger fragmentos da conduta humana, consubstanciados naqueles fatos ilícitos mais graves, para receber a merecida reprimenda criminal,

⁷ LANA, Cicero Marcos Lima. *Os crimes de sonegação fiscal e o princípio da intervenção mínima*. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br. 29.09.2003

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15.

passou a abarrotar o ordenamento jurídico penal, pois deu-lhe a incumbência de ocupar-se tanto daqueles ilícitos mais graves, quanto de uma gama enorme de ilícitos leves.

Para demonstrar essa negação, muitos seriam os exemplos a que poderíamos fazer referência neste arrazoado; trazemos, porém, à reflexão apenas alguns dos ilícitos chamados em nosso ordenamento de contravenções penais.

De se ver que, quanto a estes, os próprios juristas, talvez já para expressar o entendimento de que não deveria o direito penal deles se ocupar, passaram a dar-lhes o apelido muito apropriado de "crimes-anões". Diz-se ainda tratarem-se de "quase-crimes;". Ora, um quase-crime não é crime, exatamente por ser atípico do ponto de vista material, haja vista que jamais atinge o bem jurídico de forma relevante. Veja-se como exemplo o tipo previsto no art. 37 da LCP, que elevou à categoria de ilícito penal a conduta de arremessar em via pública coisa que possa sujar alguém. A irrelevância dessa conduta para o direito penal é incontestável, chega a ser risível e acaba por gerar desprestígio e ridicularização do direito penal.

Assim sendo, faz-se necessário resgatar a afirmação do caráter fragmentário do Direito Penal, a fim de que recupere a eficácia de seus comandos, especialmente fazendo-se uso de uma política criminal inteligente, no bojo da qual aquele assuma a sua relevante parcela de responsabilidade como instrumento de controle social, pois, caso contrário, estará o próprio Estado a promover a sua vulgarização e fragilizando o seu poder de intimidação.

V - PROPOSTAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

Conquanto proclamada a importância do princípio da intervenção mínima; como dito, houve um exagerado aumento da produção de normas penais incriminadoras. Preocupada com esse quadro, a doutrina tem se debruçado sobre a questão

e tem oferecido, tanto ao legislador quanto ao aplicador do direito, diversas alternativas, as quais podem ser sintetizadas nas seguintes proposições:

1 - DESCRIMINALIZAÇÃO

Consiste em verdadeira renúncia do Estado à incriminação de determinadas condutas ou declaração da perda do caráter criminal de uma infração. Crescente é o número de penalistas de escol que a defendem, como uma das alternativas capazes de promover a afirmação de um direito penal mínimo.

Aspecto interessante quanto a esse tema é o que alguns doutrinadores têm convencido chamar de *descriminalização de fato*, "que resulta da insuficiência da reação social, da erosão da repressão e ou da transformação do regime de execução das penas."⁹

A despeito disso, constata-se, lamentavelmente, que o legislador tem recalitrado em descriminalizar diversas condutas que já não provocam o repúdio sério da sociedade. Isso ocorre, geralmente, em razão da pressão exercida por determinados grupos políticos ou religiosos.

2 - RETIPIFICAÇÃO

Também conhecida como despenalização, consiste em promover a readaptação jurídica da norma, transmutando-a da seara penal para outra que trate a conduta antes descrita na norma penal incriminadora como ilícito inferior.

Com efeito, existem diversas condutas que seriam punidas de forma mais adequada por outros ramos do direito, mormente, o administrativo, que tem sido apontado por muitos como o mais apropriado, por exemplo, para disciplinar acerca da reprimenda a ser infligida às condutas que atualmente ainda estão previstas na Lei de Contravenções Penais.

⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais*. São Paulo: IBCCRIM, 1993. p. 155.

Vale frisar que na Europa, onde a despenalização vem ganhando corpo, vários pequenos delitos foram transformados em infrações administrativas, bem como foi promovida a retipificação de número considerável de ilícitos penais para os quais era prevista apenas pena pecuniária.

A retipificação, no entanto, apesar de constituir-se em uma das saídas para o problema da intervenção inadequada do direito penal, não pode deixar de ser vista com reservas, por tratar-se de verdadeira "faca de dois gumes".

É que o alargamento do poder sancionador do Estado-Administração parece, nitidamente, comprometer a separação dos poderes, na medida em que acabaria por desvirtuar as funções do Estado, já que haveria, indiscutivelmente, uma transferência de poderes do Judiciário para o Executivo.

Nesse passo, notícias há de que alguns Estados modernos têm-se utilizado do instituto da retipificação com indisfarçável arbitrariedade¹⁰, o que nos leva a ver com cautela a possibilidade de utilização de tal figura no Estado brasileiro, uma vez que se vier a tornar-se realidade também aqui, o custo poderá tornar-se superior ao benefício. Tal se afirma porque, na medida em que o alcance do direito penal se tornar reduzido, na mesma proporção também poderá ocorrer a redução das garantias constitucionais dos indivíduos, hauridas do constituinte de 1988, às custas de tanto esforço da sociedade.

3 - REEDUCAÇÃO

Essa proposta dirige-se ao legislador e se nos afigura a mais eficiente das soluções a serem adotadas se quisermos resgatar um direito penal mínimo, pois, como já foi mencionado, a exagerada produção legislativa na seara penal foi um dos motivos que levou ao enxovalhamento do princípio em estudo, bem assim, ao desprestígio do próprio direito penal dos tempos hodiernos.

¹⁰ Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989. p. 128.

A proposta de reeducação consiste em promover, a mais da conscientização, a própria persuasão do legislador acerca da necessidade de adotar critérios que lhe possibilitem identificar os bens jurídicos fundamentais a exigir a proteção penal, critérios esses que podem exsurgir da própria "descoberta" das apontadas características do direito penal (que, como já dito, estão intimamente relacionadas com o princípio em estudo), quais sejam, a subsidiariedade e a fragmentariedade desse ramo do direito.

Com efeito, ousamos afirmar que já está mais do que na hora de os penalistas, não só do Brasil, mas de todo o mundo, assumirem uma postura mais contundente e capaz de mudar o presente estado de coisas.

Falando por nós e, tomando por exemplo o que ocorreu na Itália, impende frisar ser urgente a necessidade de os juristas brasileiros que se preocupam em resgatar um direito penal mínimo, dirigirem-se ao Poder Legislativo e erguerem, unanimemente, suas vozes, para orientá-lo na elaboração dos tipos penais, por meio de "pautas que a ele possibilitem divisar o bem jurídico fundamental que exige proteção penal, dos demais, (...)">¹¹, pautas estas que devem ter por norte, como dito acima, a reverência ao caráter subsidiário e fragmentário do direito penal.

4 - OBSERVÂNCIA DE PROCESSO LEGISLATIVO DIFERENCIADO

Como já dito, um dos papéis do Direito Penal consiste em ser instrumento de controle social. A par desse papel, outro existe que não pode ser desprezado, a saber, o de servir como garantia para o cidadão.

Por outro giro, ninguém discorda do fato de que a seara penal corresponde ao ramo do Direito que alberga em si as

¹¹ AMARAL, Cláudio do Prado. Op. Cit. p. 163.

mais duras das sanções que podem ser infligidas aos indivíduos, as quais, quando lhes são impostas, trazem, inexoravelmente, conseqüências funestas.

De outra banda, como já repisado, o direito penal só deve preocupar-se em proteger, de grave lesão ou ameaça de lesão, os bens jurídicos fundamentais, e isso, apenas, como o último recurso de que disponha o Estado.

Levando-se em conta tais aspectos é que se tem entendido ser imprescindível a observância de um processo legislativo diferenciado, por meio do qual se possibilite profundo estudo e ampla discussão, antes de aprovar-se uma *novatio legis* incriminadora ou uma *lex gravior*.

A essa proposta, no entanto, urge ser dedicada especial atenção, visto que ainda demanda estudo e reflexão profundos por parte dos penalistas que a vêem como alternativa para a construção de um direito penal mínimo. Isso porque a nosso ver, para instituir-se esse almejado processo legislativo diferenciado, haveria a necessidade, dentre outras, de promover-se, inclusive, uma revisão do texto constitucional, haja vista que as leis penais são hoje editadas por meio ordinário, não comportando, nos moldes atuais, procedimentos diferenciados em razão das matérias de que tratam.

5 - EFETIVO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme dito anteriormente, um dos motivos que levaram à expansão do campo de atuação do Direito Penal, foi a timidez do Poder Judiciário no enfrentamento das discussões trazidas ao processo, ou seja, no caso concreto, em torno da (in)constitucionalidade de determinada lei penal incriminadora, quando os defensores (sem qualquer espírito aventureiro) apontam haver tal ou qual lei vulnerado o princípio da intervenção mínima, que como já demonstrado, trata-se de um princípio de direito constitucional implícito.

Com efeito, já não se pode mais admitir que o aplicador da lei do século XXI continue a reverenciar tão cegamente

as normas penais, impedindo-o de exercer efetivo controle difuso de constitucionalidade de tais normas.

E, também, como apropriadamente enfatiza Alberto Silva Franco, "no modelo garantístico (...) não é mais admissível, nem tolerável, num Estado Democrático de Direito o entendimento de que ao juiz só caiba extirpar do trabalho do legislador ordinário, bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado, aquilo que não pode coexistir com a Constituição, aquilo que há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao Texto Maior, porque o juiz não é legislador e não tem a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina" ¹²

Ora, se as normas de direito, como aduzido linhas atrás, não se consubstanciam apenas em regras, mas também em princípios; sendo este que se estuda, de cunho constitucional, não há como justificar-se a postura subserviente da magistratura à lei penal incriminadora ofensiva ao princípio da intervenção mínima.

Nesse diapasão, seria um grande salto se os nossos juízes se convencessem de que o bem jurídico só pode ser legitimamente tutelado pelo direito penal se nele estiverem presentes aqueles aspectos apontados pela insigne Alice Bianchini, quais sejam, merecimento de tutela penal, necessidade de tutela penal e adequação e eficácia desta tutela. Esse almejado convencimento levaria; oxalá, a uma investigação, diante do caso concreto, se determinada norma penal incriminadora estaria a afrontar o princípio da intervenção mínima, justamente por faltar ao bem jurídico por ela tutelado qualquer dessas qualidades.

Necessário e urgente se faz, pois, que os membros do Poder Judiciário compreendam, como anota Luiz Flávio Gomes, que "o Estado Constitucional de Direito caracteriza-se por ser o direito do direito, isto é, direito e limite, direito e garantia. E quem deve assegurar o seu reconhecimento, a

¹² FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 41.

sua eficácia? Só pode ser o juiz. Isso implica redimensionar o seu papel, sobretudo o da sujeição à lei. Juiz sujeito à lei, agora, dentro do novo paradigma constitucionalista, significa juiz sujeito à lei constitucionalmente válida, pois assim ela assume efetivamente sua função e 'garante' dos direitos fundamentais."¹³

CONCLUSÃO

O princípio da intervenção mínima, ainda que implicitamente, encontra assento constitucional. Deriva do princípio da legalidade, haja vista que a regra segundo a qual não há crime sem lei anterior que o defina, também traz insita em si a idéia de que, além de anterior, deve essa lei ser necessária à proteção dos bens jurídicos mais relevantes.

Preconiza-se por meio desse postulado que, em razão do caráter subsidiário do direito penal, o Estado só deve intervir, com vistas à proteção de bem jurídico relevante, pela via severa da criminalização de condutas, quando já se houverem esgotado todos os outros meios possíveis de controle social, atuando, pois, como *ultima ratio*.

Propugna-se, também, com fundamento na fragmentariedade do Direito Penal, que a força deste só deve ser sentida quando se houver de proteger de ataque intolerável e grave - os bens jurídicos de maior relevância; devendo, pois, o legislador selecionar apenas os ilícitos mais graves para merecerem a reprimenda penal.

A observância do princípio em tela pelo legislador e a declaração de inconstitucionalidade por parte dos juízes (quando o legislador ignore sua existência) conduziria à afirmação de um direito penal mínimo, que contribuiria para maior racionalidade de serviços nos órgãos do Poder Judiciário e reduziria, com vantagens, os gastos com a manutenção de presidiários.

A implementação desse direito penal mínimo, entretanto, ainda está longe de ser alcançada, tanto por culpa do legislador quanto dos juízes. Do primeiro porque, querendo

¹³ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura*. São Paulo: RT, 1997. p. 116.

valer-se do simbolismo do direito penal, ignorou o caráter subsidiário e fragmentário deste, e, sem quaisquer critérios plausíveis, passou a criminalizar não apenas os ilícitos graves, mas também uma multidão de outros indiscutivelmente leves. Dos juízes porque, súditos passivos da lei penal, recusam-se a declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de diversos tipos penais, que por não se coadunarem com o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, ofendem de forma flagrante o princípio constitucional da intervenção mínima.

Urge, portanto, que a doutrina brasileira e alienígena continuem a bradar e que cada vez mais outras vozes a elas se juntem, até que nos aproximemos da menor intervenção do direito penal na busca por soluções para os problemas afetos à criminalidade, quanto seja possível; ainda que, para tanto, venha-se a propugnar, até mesmo, por uma revisão do texto constitucional, que possibilite a observância de um processo legislativo diferenciado para a aprovação de leis penais.

Continue-se, para o alcance daquele desiderato, a dizer ao legislador que ele precisa ter a sensatez e a coragem para descriminalizar e retipificar condutas; conscientizando-o ainda da necessidade de reeducar-se, buscando adotar critérios que lhe possibilitem identificar os bens jurídicos merecedores de sua atenção no campo criminal.

Ao Poder Judiciário prossiga-se recomendando, com o devido respeito, que proceda um efetivo controle difuso de constitucionalidade, declarando inconstitucionais dispositivos penais que afrontem o princípio constitucional da intervenção mínima. Se assim o fizer, certamente, estará contribuindo com o primeiro grande passo rumo à instauração de um direito penal mínimo e, por que não dizer, para o próprio fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

FRANCO, Alberto Silva et. Al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed., São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura*. São Paulo: RT, 1997.

LANA, Cicero Marco Lima. *Os crimes de sonegação fiscal e o princípio da intervenção mínima*. Disponível na Internet: www.ibccrim.org.br. 29.09.2003.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da intervenção mínima como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *O direito penal e a intervenção mínima*. *AJURIS*, Porto Alegre, ano 24, n. 69, p. 110, mar. 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LIMITES OBJETIVOS À REVISIBILIDADE DO LANÇAMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO*

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da SEFAZ/AM. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Financeiro e Tributário no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA) e de Direito Tributário na Faculdade Martha Falcão (FMF).

INTRODUÇÃO

É sabido que o lançamento – concebido como a atividade administrativa pela qual o Fisco constitui o crédito tributário e notifica o sujeito passivo para pagá-lo (art. 142, CTN) – pode eventualmente conter irregularidades (vícios) e que a Administração Pública pode e deve rever seus atos quando eivados de nulidades (Súmulas 346 e 473 do STF).

O Direito brasileiro estabeleceu duas ordens de limitações que se impõem ao poder de revisão do lançamento: *limites temporais*, que dizem respeito ao prazo dentro do qual a revisão pode ser legitimamente efetuada, e *limites objetivos*, assim entendidos os relativos aos fundamentos que podem ser invocados para proceder à revisão¹. Os primeiros encontram-se previstos nos artigos 149, parágrafo único, 173 e 150, § 4º, todos do CTN, e escapam de nossas especulações.

* Trabalho apresentado no XV Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), realizado em Manaus-AM, de 15 a 18 de novembro de 2006.

¹ XAVIER, Alberto. Do lançamento no direito tributário brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 262.

O presente trabalho visa analisar as hipóteses que, segundo o CTN, autorizam a revisão do lançamento tributário e definir os limites objetivos do poder dos órgãos julgadores para, no âmbito do processo administrativo tributário, exercer o controle de legalidade do lançamento.

1. O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E SUA FUNÇÃO NO CONTEXTO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA

A expressão "relação jurídica" designa o vínculo que liga duas ou mais pessoas, estabelecendo direitos e deveres recíprocos. A relação tributária, como espécie de relação jurídica que é, possui a mesma estrutura formal das relações jurídicas em geral.

O objeto da relação jurídica tributária varia conforme o tipo de obrigação, segundo a classificação adotada pelo Código Tributário Nacional – CTN (Lei n. 5.172, de 25.10.1966): enquanto a chamada "obrigação principal" tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, § 1º, CTN), a denominada "obrigação acessória" tem por objeto prestações positivas ou negativas, isto é, de fazer ou de não-fazer (art. 113, § 2º, CTN).

A obrigação tributária, seja ela principal ou acessória, nasce com a ocorrência do fato gerador (arts. 114 e 115, CTN). A obrigação tributária principal, no entanto, necessita de uma atividade administrativa (o lançamento – art. 142, CTN) que a declare existente, para se tornar líquida e para que possa ser objeto de cobrança². A obrigação tributária principal revestida de liquidez e, por conseguinte, de exigibilidade, recebe do CTN a denominação de *crédito tributário*.

A eficácia do lançamento tributário – com exceção daquele que se dá por homologação (art. 150, CTN) – somente surge quando o mesmo é comunicado ao sujeito passivo, por

² Constituem exceção a esta regra os tributos sujeitos a lançamento por homologação, assim entendidos aqueles "cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa" (art. 150, caput, CTN).

intermédio do ato de notificação, dando-lhe conhecimento dos termos de exigibilidade do crédito (arts. 145 e 160, CTN)³.

2. A REVISIBILIDADE DO LANÇAMENTO SEGUNDO O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

2.1 Aspectos gerais

Em princípio, o lançamento tributário, uma vez regularmente notificado ao sujeito passivo, é administrativamente inalterável. Tal situação visa preservar a estabilidade da relação jurídica atingida pelo lançamento.

No entanto, visando a estabelecer o equilíbrio entre a necessidade de preservar a estabilidade das relações jurídicas e a legalidade da atuação estatal (que preside todo o Direito Tributário), o próprio CTN, em seu art. 145, esclarece que o lançamento notificado ao sujeito passivo pode ser alterado em virtude de: a) impugnação do sujeito passivo; b) recurso de ofício; c) iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149 do CTN, que regula o chamado "lançamento de ofício".

Ressalte-se que o CTN não emprega os termos "anulação" ou "revogação", ao se referir ao tema da reapreciação do lançamento. Apenas a última expressão, no entanto, pode ser empregada em tal contexto.

Com efeito, *anulação* é a providência, da Administração ou do Judiciário, para que se retire do mundo jurídico ato administrativo ilegal, ao passo que a *revogação* também é modalidade de desfazimento do ato administrativo, mas não por motivo de ilegalidade, e sim por motivo de inoportunidade ou inconveniência.

Ocorre que é no âmbito dos atos administrativos

³ No caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação não há notificação do Fisco informando o quanto e quando pagar, pois neste caso é a lei que estabelece como dever do sujeito passivo a tarefa de aplicar o direito aos fatos, apurar e recolher o montante devido no prazo legal. Vencido o referido prazo, fica o devedor faltoso sujeito às sanções legais, dentre as quais o lançamento de ofício com multa punitiva e demais acréscimos.

discricionários onde o poder de revogação encontra seu campo absoluto de aplicação. Por outro lado, no tocante aos atos *vinculados* – como o que formaliza o lançamento tributário (art. 142, parágrafo único, CTN) –, existe uma regra geral que diz respeito à *irrevogabilidade* deles, e é o seguinte o fundamento de tal regra: se o ato era vinculado, não havia possibilidade de outro comportamento possível, e apenas um era legítimo (praticado o fato gerador, deve ser efetivado o lançamento tributário). Assim, se se pratica o único comportamento admitido, esgotou o agente sua competência e não mais a possui para revogar o ato resultante daquele comportamento⁴.

Portanto, considerando que a revogação de atos administrativos só é possível quando resultem do exercício de poderes discricionários e que a atividade administrativa do lançamento é *vinculada*, conclui-se que, em matéria de lançamento, não se cogita de revogação.

Feitas tais considerações gerais, passa-se a analisar as hipóteses de revisão do lançamento tributário, tal como disciplinada a matéria pelo CTN.

2.2 Impugnação do sujeito passivo

Efetuada o lançamento, as normas que regulam o processo administrativo tributário estabelecem um prazo dentro do qual o sujeito passivo poderá formular sua defesa à própria autoridade administrativa, com o que restará suspensa a exigibilidade do crédito tributário em debate (art. 151, III, CTN).

Ressalte-se que o princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional* confere indubitavelmente ao Poder Judiciário a capacidade de rever lançamentos tributários, tendo em vista que, por força daquele comando constitucional, *nenhuma* lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída de sua apreciação (art. 5º, XXXV, CF/1988).

Frise-se, entretanto, que, segundo o concebemos, o

⁴ CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais do direito administrativo. Coimbra: Almedina, 2003, p. 160.

poder conferido ao Poder Judiciário é o de *rever* o lançamento, não, porém, o de *alterá-lo*. Isto porque, segundo o CTN, a atividade de constituição do crédito tributário – ou seja, a atividade de lançamento tributário – é *privativa* da Administração Pública (art. 142, *caput*). Assim, poderá um juiz, por exemplo, no exercício do controle difuso (por via de exceção) de constitucionalidade de lei ou ato normativo, reconhecendo o caráter confiscatório de determinada exação, ordenar o cancelamento do lançamento realizado, mas não poderá aplicar outra alíquota prevista na legislação, que entenda ser a adequada à hipótese.

Em síntese, o inciso I do art. 145 do CTN é perfeitamente aplicável às impugnações formuladas pelo sujeito passivo no âmbito do Poder Judiciário, cujos integrantes, no entanto, deverão exercer seu poder de revisão dos lançamentos tributários sem usurpar a competência da Administração Tributária, pois, como bem destaca Ramón Valdés Costa, o lançamento tributário é “um acto administrativo y no jurisdiccional”⁵.

2.3 Recurso de ofício

O recurso de ofício (art. 145, II, CTN) é o que compete à autoridade administrativa de primeira instância que entender procedente, no todo ou em parte, a impugnação do sujeito passivo.

Assim, se o órgão de hierarquia superior der provimento ao recurso de ofício, reformará a decisão, total ou parcialmente, ou, se negar provimento ao recurso, confirmará a decisão. Disso resultará que o lançamento anulado pela decisão de primeiro grau será restabelecido, no primeiro caso, ou permanecerá anulado, no segundo caso.

Cabe, ainda, a respeito do tema a seguinte indagação:

⁵ COSTA, Ramón Valdés. Curso de derecho tributário. 3. ed. Bogotá: Temis, 2001, p. 381.

o recurso voluntário, de iniciativa do sujeito passivo (interposto em face de decisão de primeira instância que entender improcedente, no todo ou em parte, sua impugnação ao lançamento), também enseja, como o recurso de ofício, a revisão do lançamento tributário?

Analisando o instituto do "recurso de ofício", entende Zuudi Sahakihara que o mesmo "não enseja a alteração do lançamento, pois não diz respeito ao lançamento, mas à decisão que o anula, havendo, assim, um equívoco por parte do CTN". E conclui o citado autor: "É a decisão que é modificada ou mantida, e não o lançamento"⁶. Poder-se-ia, sustentar, de igual modo, que o recurso voluntário não enseja a revisão do lançamento, pois não diz respeito ao lançamento, mas à decisão que o julgou procedente e, assim, a decisão de primeiro grau é que seria modificada ou mantida, e não o lançamento.

Para definir se o recurso de ofício e o voluntário não ensinam a revisão do lançamento, por não dizerem respeito a este ato, mas à decisão recorrida, faz-se necessário definir primeiramente se o ordenamento jurídico brasileiro admite a *reformatio in pejus*, assim entendido o agravamento do lançamento na segunda instância de julgamento⁷. Com efeito, admitindo-se o agravamento da exigência inicial na decisão de segunda instância, chegaremos à conclusão de que o recurso de ofício e o voluntário ensinam a revisão do lançamento, já que o órgão de segunda instância poderá, apreciando o(s) recurso(s),

⁶ FREITAS, Vladimir Passos de (coord.), et. al. Código Tributário Nacional comentado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 572.

⁷ Apesar de considerarmos que o agravamento do lançamento na decisão de primeira instância configura verdadeira *reformatio in pejus*, utilizaremos tal expressão no presente trabalho para designar tão somente a hipótese de agravamento da exigência inicial na decisão de segunda instância, tal como o faz a maioria da doutrina. Nesse sentido: QUEIROZ, Mary Elbe. Do lançamento tributário: execução e controle. São Paulo: Dialética, 1999, p. 170; SILVA, Sergio André Rocha Gomes da. Controle administrativo do lançamento tributário: o processo administrativo fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 174-175.

alterar para mais os valores indicados no lançamento tributário⁸.

A possibilidade, ou não, da *reformatio in pejus* no processo administrativo tributário, tanto em decorrência de recurso de ofício quanto de recurso voluntário, será adiante discutida, momento em que, por conseguinte, também será definido se tais recursos ensejam, efetivamente, a revisão do lançamento tributário.

2.4 Iniciativa de ofício da autoridade administrativa

A modificação do lançamento por iniciativa de ofício da autoridade administrativa, consoante dispõe o inciso III do art. 145 do CTN, só se torna possível em casos específicos, relacionados no art. 149 do CTN.

Ressalte-se que a Fazenda Pública, em qualquer dos casos descritos nos incisos II a IX do art. 149 do CTN, deverá observar a limitação imposta pelo parágrafo único do mesmo artigo, assim redigido: "A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública".

3. LIMITES OBJETIVOS DO CONTROLE DE LEGALIDADE DO LANÇAMENTO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

3.1 Agravamento do lançamento na decisão de primeira instância

A respeito dos limites do poder revisional do lançamento no processo administrativo tributário, uma primeira – e tormentosa – questão diz respeito à possibilidade de

⁸ Sem adentrar na questão da possibilidade (ou não) da *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo tributário, Luciano Amaro leciona que o recurso voluntário apresentado pelo sujeito passivo (cuja impugnação não tenha sido acolhida pela autoridade administrativa de primeira instância) também pode propiciar a alteração do lançamento (Direito tributário brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 340). No mesmo sentido: DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 245.

agravamento do lançamento na decisão proferida pela autoridade julgadora de primeira instância.

Como "agravamento do lançamento" considera-se, nesse trabalho, a alteração de quaisquer dos elementos que integram o conteúdo do referido ato administrativo, de modo que este seja "aumentado, intensificado ou tornado mais pesado"⁹. Incluem-se, pois, no conceito supra, não apenas o aumento da quantia exigida do sujeito passivo, mas também as alterações nos pressupostos de fato e de direito que corroborem para o robustecimento do lançamento¹⁰.

No âmbito do processo administrativo tributário federal, a possibilidade de agravamento do lançamento na decisão de primeira instância foi introduzida pela Lei n. 8.748, de 09.12.1993, que alterou a redação original do parágrafo único do art. 15 do Decreto n. 70.235, de 06.03.1972, o qual passou a vigorar com o seguinte teor: "Na hipótese de devolução do prazo para impugnação do *agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância*, o prazo para apresentação de nova impugnação começará a fluir a partir da ciência dessa decisão" (grifamos)¹¹. O referido dispositivo, no entanto, teve sua redação alterada pela Medida Provisória n. 232, de 30.12.2004, que suprimiu a menção expressa da possibilidade de agravamento do lançamento na hipótese em questão.

Comentando o parágrafo único do art. 15 do Decreto n. 70.235/72, com a redação determinada pela Lei n. 8.748/93,

⁹ SILVA, Mauro. O agravamento do lançamento na decisão de primeira instância. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 81, São Paulo: Dialética, junho/2002, p. 64.

¹⁰ SILVA, Mauro. Ob. cit. p. 65.

¹¹ Ressalte-se que o parágrafo único do art. 64 da Lei n. 9.784, de 29.01.1999 – que tem aplicação supletiva ao processo administrativo tributário concernente aos tributos federais (conforme o art. 69, da citada lei) –, não menciona expressamente a possibilidade de agravamento da exigência inicial na decisão de primeira instância administrativa, mas tão somente em grau de recurso. No entanto, ao aceitar a *reformatio in pejus* em segunda instância, está, por via de consequência, admitindo a possibilidade do agravamento do lançamento em primeira instância, porquanto nesta hipótese não estará ocorrendo sequer supressão de instância quanto ao julgamento do agravamento em questão.

era a seguinte a conclusão de Mauro Silva: "Permitido, pois, pela lei, o agravamento do lançamento durante o julgamento de 1ª instância. A partir daí, a possibilidade do agravamento do lançamento só encontraria obstáculos se *todos os elementos necessários ao lançamento não estivessem contidos na decisão de 1ª instância* ou se o agravamento do lançamento ofendesse princípio consagrado em nosso direito positivo" (grifamos)¹².

A despeito da supressão, do texto do Decreto n. 70.235/72, da menção expressa à possibilidade de agravamento do lançamento pela autoridade administrativa julgadora de primeira instância, *entendemos que tal possibilidade subsiste*, devendo, no entanto, ser observadas as demais exigências indicadas pelo autor anteriormente citado: a) que os elementos necessários ao lançamento estejam contidos na decisão de 1ª instância; e b) que o agravamento do lançamento não ofenda princípio consagrado em nosso direito positivo.

Quanto ao segundo requisito, o mesmo restará atendido desde que seja assegurada ao contribuinte a devolução do prazo de defesa para que este possa impugnar a parte "agravada", ou seja, o acréscimo realizado no lançamento em decorrência da decisão de primeira instância. Relativamente ao primeiro requisito para legitimar o agravamento do lançamento na decisão de primeira instância, o mesmo restará atendido se a autoridade que proferir a decisão em questão observar, no que couber, os mesmos pressupostos de existência e validade do lançamento tributário. Dito de outro modo, já que a decisão de primeira instância agravará a exigência inicial, é como se passasse a substituir o documento que materializava tal exigência e, assim, deverá conter os mesmos elementos do ato impositivo original.

Assim, tomando, como exemplo, o processo administrativo federal, o lançamento e sua notificação – e, por

¹² SILVA, Mauro. O agravamento do lançamento na decisão de primeira instância. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n. 8, p. 65, jun. 2002.

consequente, a decisão de primeira instância que implicar agravamento da exigência inicial e sua notificação ao contribuinte – deverá conter a indicação do “cargo ou função e o número de matrícula” da autoridade administrativa responsável pela sua expedição (art. 10, VI e 11, IV, Decreto n. 70.235/72), o que exigirá, por conseguinte, que o órgão de julgamento *tenha poderes de órgão de lançamento*, isto é, que o cargo de julgador de primeira instância seja ocupado por servidores que tenham competência administrativa para lançar. Do contrário, a decisão de primeira instância não atenderá um dos pressupostos exigidos para a validade do ato de lançamento: ser praticado por *agente competente* (pressuposto subjetivo do lançamento)¹³.

Ressalte-se, finalmente, que a possibilidade do agravamento do lançamento na decisão de primeira instância administrativa *independe de previsão expressa na legislação*, podendo – e devendo – os julgadores administrativos singulares adotarem tal prática com fundamento nos princípios da legalidade (art. 37, *caput*, CF/1988) e da verdade material, desde que suas decisões atendam os requisitos anteriormente expostos¹⁴.

3.2 Agravamento do lançamento na decisão de segunda instância

Outra questão igualmente polêmica envolvendo os limites da revisibilidade do lançamento no processo administrativo tributário é a possibilidade (ou não) do agravamento do lançamento na decisão de segunda instância (*reformatio in pejus*).

¹³ Em sentido contrário é a lição de Alberto Xavier, que não admite o agravamento da exigência inicial, ainda que o órgão de julgamento tenha poderes de órgão de lançamento (Princípios do processo administrativo e judicial tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 172).

¹⁴ O agravamento do lançamento na decisão de primeira instância não enseja a interposição de recurso de ofício, mas apenas de recurso voluntário de iniciativa do sujeito passivo.

A proibição da *reformatio in pejus* no processo civil, na definição de Nelson Nery Júnior, “tem por objetivo evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente”¹⁵. No entender do autor citado – que analisa a questão à luz do processo civil brasileiro – restaria configurada a *reformatio in pejus* em uma das seguintes hipóteses: a) quando a decisão de segundo grau extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso; ou b) em virtude de não haver recurso da parte contrária. A reforma para pior fora dos casos mencionados não se insere, segundo o autor citado, na proibição em questão. Assim, exemplifica, se a parte adversa também interpõe recurso, não haverá *reforma in pejus* se o tribunal acolher qualquer dos recursos de ambas as partes¹⁶.

Antes de adentrarmos na análise de tal problema no âmbito do processo administrativo tributário¹⁷, é importante que tracemos os contornos do conceito de *reformatio in pejus* em tal seara.

Não consideramos compreendida no conceito de *reformatio in pejus* a hipótese em que o órgão de segundo grau, dando provimento ao recurso de ofício (art. 145, II, CTN) interposto pela autoridade julgadora de primeira instância (que entendeu improcedente, no todo ou em parte, o lançamento), reforma a decisão recorrida e *restabelece a exigência inicial*. É que o denominado “recurso de ofício”, em verdade, não é recurso – por faltar-lhe o elemento volitivo da “insatisfação com a decisão”, geradora da “vontade em recorrer” –, mas condição de eficácia da decisão de primeira instância contrária à Fazenda Pública.

¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 153.

¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Ob. cit.* p. 153.

¹⁷ No entender de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, a *reformatio in pejus* é inconstitucional, pois afronta os incisos LIV e LV do art. 5º da CF/1988, “e pouco importa que leis a aceitem textualmente, pois a vedação é de estatura constitucional” (Processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 155).

Assim, por exemplo, se a autoridade julgadora de primeira instância, acatando a impugnação do contribuinte, julga totalmente improcedente o lançamento e recorre de ofício à segunda instância, o eventual provimento do recurso de ofício não estaria piorando a situação do "recorrente", por faltar a este, como dito, a "insatisfação com a decisão recorrida"¹⁸.

Ademais, o "recurso de ofício" tem *translatividade plena*, podendo o julgador de segunda instância modificar a decisão recorrida no que entender correto, pois é como se houvesse a apelação de todas as partes da decisão de primeira instância¹⁹.

Assim, não se considera *reformatio in pejus* a hipótese em que o órgão de segundo grau, dando provimento ao recurso de ofício, reforma a decisão recorrida e *restabelece a exigência inicial*²⁰.

Portanto, considera-se como *reformatio in pejus* (agravamento do lançamento na segunda instância de julgamento) a hipótese em que o órgão de segundo grau, dando provimento a recurso voluntário (de iniciativa do contribuinte) ou recurso de ofício (de iniciativa da autoridade julgadora de primeiro grau), reforma a decisão recorrida e *modifica a exigência inicial, agravando-a*. O referencial tomado, como se vê, não é simplesmente o teor da decisão de primeira instância, mas o *conteúdo original do lançamento*.

Delimitado o conceito de agravamento do lançamento na segunda instância de julgamento (*reformatio in pejus*), cabe

¹⁸ Poder-se-ia alegar, no entanto, que teria restado configurada a *reformatio in pejus*, no exemplo citado, quanto ao contribuinte, que havia obtido êxito em primeira instância de julgamento. Ocorre que a noção da proibição da *reformatio in pejus* (para os que admitem a existência de tal proibição) visa evitar que a autoridade julgadora destinatária do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente, o que não seria o caso, porquanto o contribuinte não havia interposto recurso algum. O mesmo raciocínio é aplicável à hipótese de sucumbência recíproca na decisão de primeira instância, com interposição simultânea de recurso voluntário e "recurso de ofício".

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. cit. p. 160.

²⁰ Nesse sentido: QUEIROZ, Mary Elbe. Do lançamento tributário: execução e controle. São Paulo: Dialética, 1999, p. 171.

ressaltar que o direito positivo brasileiro consagra expressamente a possibilidade da *reformatio in pejus* no âmbito do processo administrativo federal, quando, no art. 64 da Lei n. 9.784, de 29.01.1999, assim dispõe: "O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência" (grifamos). O parágrafo único do citado artigo, por sua vez, assim encontra-se redigido: "Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão" (grifamos).

Note-se que o dispositivo transcrito somente tem aplicação ao agravamento da exigência inicial em decisão de segunda instância, porquanto fala em "recurso", "recorrente" e "decisão recorrida". Nesse caso, como observam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "a Administração-juiz se despe transitariamente da condição de julgador e atua, supletivamente, por força do princípio da oficialidade, como Administração-instrutora processual"²¹.

A possibilidade da *reformatio in pejus* no processo administrativo tributário é defendida por Helena Marques Junqueira, pois "o tributo e a atividade administrativa tributária são totalmente regidos pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade e, havendo lei que a determine, a revisão do lançamento tributário se dará no sentido de exigir o tributo devido, mesmo que sendo maior do que o inicialmente cobrado, antes da impugnação do contribuinte"²².

²¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo. cit. p. 156. Os autores citados não vêem na hipótese descrita um caso de *reformatio in pejus*, pois é instaurado, em razão do princípio da legalidade e da busca da verdade material, "um efetivo e equilibrado contraditório, com o que não se coloca em xeque os princípios da boa-fé, do contraditório e da isonomia" (Ob. cit. p. 156).

²² JUNQUEIRA, Helena Marques. A *reformatio in pejus* no processo administrativo. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). Processo administrativo tributário e previdenciário. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 107-108. No mesmo sentido: SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Controle administrativo do lançamento tributário: o processo administrativo fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 176.

Surge, então, o seguinte questionamento: que situação o parágrafo único do art. 64 da Lei n. 9.784/99 pretende disciplinar? Dito de outro modo: que hipótese pretendeu o legislador regular com a elaboração do dispositivo em questão?

Poder-se-ia alegar que o referido dispositivo, ao prever a possibilidade do órgão recursal agravar a situação do recorrente, estaria se referindo à hipótese em que o órgão de segundo grau, dando provimento ao recurso, reforma a decisão recorrida e *restabelece a exigência inicial*. Ocorre que, neste caso, não faria sentido determinar que o contribuinte seja cientificado para que formule suas alegações antes da decisão, tendo em vista que:

a) se a autoridade de primeira instância decidiu pela improcedência do lançamento e recorreu de ofício à segunda instância, o contribuinte não interpôs recurso e, por conseguinte, não terá porque formular qualquer alegação antes da decisão de segunda instância (podendo, quando cabível, interpor recurso em face dessa decisão, em respeito ao duplo grau²³);

b) se a autoridade de primeira instância decidiu pela parcial improcedência do lançamento e recorreu de ofício, não tendo o contribuinte interposto recurso voluntário da parte da decisão que lhe foi desfavorável, não terá porque formular qualquer alegação antes da decisão de segunda instância (podendo, quando cabível, interpor recurso em face dessa decisão);

c) se a autoridade de primeira instância decidiu pela parcial improcedência do lançamento e recorreu de ofício, tendo o contribuinte interposto recurso voluntário da parte da decisão que lhe foi contrária, não há porque oportunizar ao sujeito passivo a formulação de alegações antes da decisão, tendo em vista que já as apresentou por ocasião de seu recurso;

d) se a autoridade de primeira instância decidiu pela procedência do lançamento, tendo o contribuinte interposto

²³ QUEIROZ, Mary Elbe. Do lançamento tributário: execução e controle. cit. p. 171.

recurso voluntário, não há porque oportunizar ao sujeito passivo a formulação de alegações antes da decisão, tendo em vista que já as apresentou por ocasião de seu recurso.

Nos dois primeiros casos, o contribuinte não pode utilizar a prerrogativa a que se refere o parágrafo único do art. 64 da Lei n. 9.784/99, pois o dispositivo aborda a hipótese da decisão que possa agravar a "situação do *recorrente*" (grifamos). Ora, se o contribuinte não interpôs recurso algum, não há como pretender enquadrar-se na norma em questão. Nos dois últimos casos, as razões do contribuinte em relação à exigência inicial do lançamento já foram submetidas à apreciação do órgão julgador de segundo grau quando da interposição de seu recurso, inexistindo razão para oportunizar novas alegações.

Assim, pelo exposto, conclui-se que o parágrafo único do art. 64 da Lei n. 9.784/99, ao prever a possibilidade do órgão recursal agravar a situação do *recorrente*, não está se referindo à hipótese em que o órgão de segundo grau *restabelece a exigência inicial* (a que poderíamos chamar de "*pseudo-reformatio in pejus*"), mas àquela em que o órgão de segundo grau, dando provimento a recurso (voluntário ou "*de ofício*") *modifica a exigência inicial, agravando-a (reformatio in pejus propriamente dita)*.

Se esta é a hipótese que o parágrafo único do art. 64 da Lei n. 9.784/99 pretendeu disciplinar, então temos que o mesmo afigura-se inconstitucional, por representar violação à garantia do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF/1988) *por supressão de instância(s)*, porquanto nega ao contribuinte a possibilidade de apresentar suas alegações contra o agravamento da exigência inicial *em todas as instâncias de julgamento previstas na legislação*.

É certo que não há na Constituição da República de 1988 garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição, nem mesmo em sede de processo judicial, inexistindo, pois, garantia *constitucional* à revisibilidade das decisões administrativas. Ocorre que, a partir do momento em que a legislação infraconstitucional assegura ao contribuinte pluralidade de

instâncias administrativas de julgamento, o direito à reapreciação das decisões *passa a integrar o conteúdo do princípio do devido processo legal*.

A solução adotada pelo parágrafo único do art. 64 da Lei n. 9.784/99, na hipótese de agravamento da exigência inicial (a saber: ciência ao recorrente para que formule suas alegações antes da decisão), nega ao contribuinte a possibilidade de apresentar suas alegações contra o agravamento da exigência inicial *em todas as instâncias de julgamento previstas na legislação*, caracterizando supressão de instância e, pois, cerceamento do direito constitucional à *ampla defesa e aos recursos a ela inerentes* (art. 5º, LV, CF/1988), corolário que é da garantia do *devido processo legal*.

No entanto, ainda que fosse adotada a solução correta para o caso – que seria reabrir ao contribuinte *todas as instâncias de julgamento*, para que pudesse formular *em cada uma delas* suas alegações contra o agravamento do lançamento –, a *reformatio in pejus* no processo administrativo tributário esbarraria noutro obstáculo: os órgãos julgadores de segunda instância são normalmente de *composição mista*, isto é, integrados por servidores da repartição fazendária e por pessoas estranhas à Administração Pública.

É que, como sustenta Deonísio Koch, “quem não pode constituir também não pode alterar”²⁴, o que exige, por conseguinte, que o órgão de julgamento *tenha poderes de órgão de lançamento*. Lembra, contudo, o autor citado que “a composição dos conselhos de contribuintes é paritária, de modo que nem todos os membros são revestidos da capacidade para lançar crédito tributário”²⁵. Assim, só seria possível, no caso, o agravamento do lançamento se os órgãos

²⁴ KOCH, Deonísio. Processo administrativo tributário. Florianópolis: Momento Atual, 2003, p. 74.

²⁵ KOCH, Deonísio. Ob. cit. p. 75. No mesmo sentido: GHIZZI, Antonio; GONÇALVES, José Etuley Barbosa. Os órgãos judicantes administrativos e a competência para efetuar o lançamento tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n. 48, p. 20, set. 1999. QUEIROZ, Mary Elbe. Do lançamento tributário: execução e controle. cit. p. 170.

julgadores de segunda instância forem ocupados *exclusivamente* por servidores que tenham competência administrativa para lançar. Do contrário, a decisão de segunda instância – que estará, em verdade, substituindo o lançamento original – não atenderá um dos pressupostos exigidos para a validade do ato de lançamento: ser praticado por *agente competente* (pressuposto subjetivo do lançamento).

Considerando, pelo exposto, não se apresentar juridicamente possível que órgão de segundo grau, dando provimento a recurso (voluntário ou “de ofício”), modifique a exigência inicial, agravando-a, conclui-se que o recurso de ofício e o voluntário, em verdade, não ensejam a alteração do lançamento, pois não dizem respeito ao referido ato impositivo, mas à decisão de primeira instância: é esta que é modificada ou mantida, e não o lançamento.

3.4 Revisibilidade do lançamento através de “lançamento complementar”

O chamado “lançamento complementar” ou “termo aditivo” é previsto na legislação de processo administrativo de certos entes da Federação e consiste em instrumento que permite ao Fisco, no decorrer do processo administrativo tributário (e antes de proferida decisão administrativa), corrigir algum erro porventura constatado no ato administrativo de lançamento tributário.

No âmbito do processo administrativo tributário federal, o Decreto n. 70.235, de 06.03.1972, prevê os institutos do “auto de infração complementar” e da “notificação de lançamento complementar” no § 3º do seu art. 18, que, com a redação determinada pela Lei n. 8.478, de 09.12.1993, assim dispõe: “Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados *no curso do processo*, forem verificadas incorreções, omissões ou inexistências de que resultem *agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência*, será lavrado *auto de infração* ou emitida

notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada" (grifamos)²⁶

A revisão do lançamento através de lançamento complementar (ou suplementar) encontra fundamento no inciso III do art. 145 do CTN e, no âmbito administrativo, pode ser utilizada tanto para a *majoração* quanto para a *redução* do débito exigido originalmente através do lançamento tributário. O emprego de tal ato, no entanto, não é ilimitado.

Com efeito, a utilização do lançamento complementar para *majoração* do débito original somente poderá se dar em primeira instância, pois, do contrário, implicará cerceamento do direito de defesa do contribuinte ao qual estará sendo negada a possibilidade de apresentar suas alegações contra o agravamento da exigência inicial *em todas as instâncias de julgamento previstas na legislação*, caracterizando supressão de instância e violação à garantia do *devido processo legal*. Esse novo lançamento, portanto, como enfatiza Mary Elbe Queiroz, "em respeito ao duplo grau de jurisdição, deverá ser apreciado pela mesma autoridade julgadora de primeira instância administrativa e, só posteriormente, poderá ser objeto de recurso para a segunda instância"²⁷.

3.5 Revisão do lançamento por erro de fato e erro de direito

O erro, na elaboração do lançamento tributário, pode situar-se no conhecimento dos fatos (erro de fato) ou no conhecimento da norma (erro de direito).

Erro de fato se dá pela não conformação do lançamento com o seu respectivo fato gerador. Já o *erro de*

²⁶ No âmbito do processo administrativo tributário do Estado do Amazonas, o Decreto n. 4.564, de 14.03.1979, dispõe que: "De quaisquer correções efetuadas no Auto de Infração e Notificação Fiscal deverá ser cientificado o autuado por escrito, caso em que lhe será dado um novo prazo para defesa".

²⁷ QUEIROZ, Mary Elbe. Do lançamento tributário: execução e controle. cit. p. 167.

direito ocorre quando configurado falso conhecimento, interpretação equivocada ou mesmo ignorância da norma jurídica²⁸.

O erro de fato situa-se no conhecimento dos fatos, enquanto simples fatos, independentemente da relevância jurídica que possam ter. Já o erro de direito situa-se no conhecimento da norma, que inclui o conhecimento dos efeitos jurídicos que sua incidência produz. Ocorre o "erro de fato" quando o Fisco considera no lançamento, aspectos diferentes daqueles efetivamente acontecidos (p.ex, os valores registrados nas notas fiscais foram transcritos incorretamente)²⁹.

Registre-se ser opinião unânime da doutrina a possibilidade de revisão do lançamento por erro de fato. Tal possibilidade é confirmada pelo inciso VIII do art. 149 do CTN.

Quanto ao erro de direito, no entanto, reina a controvérsia, pois uma parcela da doutrina entende que o erro de direito não enseja a revisão do lançamento. Nesse sentido é o entender de Rubens Gomes de Sousa, que assevera: "o direito se presume conhecido, o que significa que ninguém pode alegar que o desconhecia ou que errou a seu respeito (...). Igualmente, quando o fisco, mesmo sem erro, tenha adotado uma conceituação jurídica certa e depois pretenda substituí-la por outra igualmente certa, porém mais favorável, no sentido de importar em maior tributo, também não pode fazê-lo: com efeito, se admitirmos que o fisco possa variar de critério jurídico na apreciação do fato gerador, estaremos admitindo que possa adotar o critério que prefira por motivos de simples oportunidade, o que equivale a admitir que a atividade de lançamento seja discricionária"³⁰.

²⁸ SALES, Deborah. Alguns aspectos da revisão e do controle do lançamento tributário. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará*, Fortaleza, v. 5, p. 30, 2001.

²⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Temas de direito tributário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 104-105; MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 204; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 663.

³⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Ed. póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981, p. 108-109.

A revisão do lançamento por erro de direito também não é admitida por Alberto Xavier, mas com fundamentos diversos dos invocados por Rubens Gomes de Sousa: "O verdadeiro fundamento de limitação da revisão do lançamento à hipóteses do erro de fato resulta do caráter *taxativo* dos motivos da revisão do lançamento enumerados no artigo 149 do Código Tributário Nacional e que, como vimos, são, além da fraude e do vício de forma, dever apreciar-se 'fato não conhecido ou não provado por ocasião de lançamento anterior' (inciso VIII). Significa isso que, se só pode haver revisão pela invocação de *novos fatos* e *novos meios de prova* referentes à matéria que foi objeto de lançamento anterior, essa revisão é proibida no que concerne a *fatos completamente conhecidos e provados*" (grifos no original)³¹.

Entendemos, todavia, ao contrário dos doutrinadores referidos, que o erro de direito (que não se confunde com a simples "mudança de critério jurídico", esta disciplinada no art. 146 do CTN) enseja a revisão do lançamento tributário a favor do Fisco, podendo também ser invocado pelo sujeito passivo da obrigação tributária³².

Com efeito, o art. 146 do CTN, que veda a revisão do lançamento tributário em razão de mudança de critérios jurídicos, não se aplica ao erro de direito³³, porquanto se tratam de fenômenos distintos: o erro de direito ocorre quando *não seja aplicada a lei* ou quando *a má aplicação desta seja notória e indiscutível*, enquanto a mudança de critério jurídico ocorre, basicamente, com a substituição, pelo órgão de aplicação do direito, de uma interpretação por outra, *sem que se possa dizer que qualquer delas seja incorreta*.

³¹ XAVIER, Alberto. Do lançamento no direito tributário brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 269-270. O autor citado entende, contudo, que tal proibição só deve prevalecer se o ato de revisão for desfavorável para o particular (Ob. cit. p. 272).

³² MACHADO, Hugo de Brito. Temas de direito tributário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

³³ MELO, José Eduardo Soares de. Curso de direito tributário. São Paulo: Dialética, 1997, p. 204.

Portanto, não importa ao exercício da atividade administrativa de revisão do lançamento a circunstância de se tratar de lançamento eivado de erro de fato ou de direito, porque em qualquer hipótese sempre deverá prevalecer a supremacia da lei sobre o ato administrativo viciado³⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo quanto foi exposto no presente trabalho, pode-se, concluir, em síntese, que:

a) o lançamento tributário, uma vez regularmente notificado ao sujeito passivo, é, em princípio, inalterável administrativamente, admitindo, todavia, o CTN a possibilidade de revisão do referido ato administrativo por iniciativa do sujeito passivo, representada por sua impugnação ao lançamento (art. 145, I, CTN), e por iniciativa dos órgãos fazendários, representada pela iniciativa de ofício da autoridade administrativa ou pelo recurso de ofício (art. 145, III e II, CTN);

b) é juridicamente possível o agravamento do lançamento na decisão de primeira instância administrativa com fundamento nos princípios da legalidade (art. 37, *caput*, CF/1988) e da verdade material, desde que suas decisões contenham os mesmos elementos que integram o conteúdo do lançamento e desde que permitam ao contribuinte nova oportunidade e novo prazo para defesa, agora contra a parte agravada, com o que restarão respeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa;

c) não se apresenta juridicamente possível que órgão de segundo grau, dando provimento a recurso (voluntário ou "de ofício"), modifique a exigência inicial, agravando-a, pois tal possibilidade negaria ao contribuinte a possibilidade de apresentar suas alegações contra o agravamento da exigência inicial em todas as instâncias de julgamento previstas na legislação;

³⁴ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Competência para retificação do lançamento tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n. 43, p. 59, jul. 1999.

d) a utilização do lançamento complementar para majoração do débito original somente poderá se dar em primeira instância, pois, do contrário, implicará cerceamento do direito de defesa do contribuinte;

e) tanto o erro de fato quanto o erro de direito ensejam a revisão do lançamento tributário a favor do Fisco, podendo também ser invocados pelo sujeito passivo da obrigação tributária, não importando ao exercício da atividade administrativa de revisão do lançamento a circunstância de se tratar de lançamento eivado de erro de fato ou de direito, porque em qualquer hipótese sempre deverá prevalecer a supremacia da lei sobre o ato administrativo viciado.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COSTA, Ramón Valdés. *Curso de derecho tributário*. 3. ed. Bogotá: Temis, 2001.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código Tributário Nacional comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

GHIZZI, Antonio; GONÇALVES, José Etuley Barbosa. Os órgãos judicantes administrativos e a competência para efetuar o lançamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 48, p. 17-22, set. 1999.

JUNQUEIRA, Helena Marques. *A reformatio in pejus* no processo administrativo. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). *Processo administrativo tributário e previdenciário*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 91-113.

KOCH, Deonísio. *Processo administrativo tributário*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Temas de direito tributário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Competência para retificação do lançamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 43, p. 48-59, jul. 1999.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Mary Elbe. *Do lançamento tributário: execução e controle*. São Paulo: Dialética, 1999.

SALES, Deborah. Alguns aspectos da revisão e do controle do lançamento tributário. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará*, Fortaleza, v. 5, p. 25-34, 2001.

SILVA, Mauro. O agravamento do lançamento na decisão de primeira instância. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 81, p. 62-73, jun. 2002.

SILVA, Sergio André Rocha Gomes da. *Controle administrativo do lançamento tributário: o processo administrativo fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Ed. póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento no direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOVOS CONTORNOS DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 473 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise crítica a partir de um estudo de caso do Estado do Amazonas.

Ricardo Antonio Rezende de Jesus*

1. INTRODUÇÃO

Tem-se observado durante as atividades profissionais perante o Supremo Tribunal Federal a crescente adesão por parte dos Ministros da Corte à chamada “jurisprudência de valores”.

Cuida-se de uma técnica de decisão em que se toma a Constituição como uma ordem de valores em que é possível ponderar tais valores quando em eventual conflito e, muitas vezes socorrendo-se do princípio da proporcionalidade, escolher um valor preponderante naquele caso específico.

Um dos casos mais recentes e com grande repercussão no qual se aplicou tal técnica foi o chamado HC sobre o racismo¹. Nesse julgado, vários Ministros e não apenas a maioria vencedora, compreenderam o caso a partir de uma colisão abstrata dos valores liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. Como diz CATTONI DE OLIVEIRA,

“procurou-se dar seguimento a esses princípios como valores, hierarquizando-os segundo o entendimento, por um lado, de que se tratava de uma violação à dignidade humana pelo exercício de liberdade de expressão, já que a dignidade seria um valor superior à liberdade e, por outro, de que a condenação por racismo e a conseqüente censura a uma publicação seriam melhores à promoção da dignidade humana do que o reconhecimento, em toda a sua extensão da liberdade de expressão.” (grifamos) (2005, p.03)

*Procurador do Estado do Amazonas com lotação no Distrito Federal. Especialista em Políticas Públicas pela Universidade de Brasília.

¹ HC 82.424-1 /RS, disponível em <http://www.stf.gov.br>.

No campo da nulidade dos atos administrativos, apesar de se desconhecer casos de grande repercussão como o acima citado, constata-se que técnica de ponderação de valores tem orientado o julgamento dos Ministros de modo a relativizar a aplicação da súmula 473² do próprio Supremo Tribunal Federal, procurando estabelecer, caso a caso, hierarquia entre os princípios da legalidade em contraposição aos princípios da segurança jurídica e/ou boa fé.

Um desses casos está relacionado ao Estado do Amazonas. Ressalta-se a originalidade do caso que, da forma como foi decidido, parece ir de encontro a diversos precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, inaugurando, a nosso sentir sem justificação convincente, uma nova forma de abordagem do problema da nulidade dos atos administrativos, em detrimento do que se convencionou chamar interesse público.

O presente texto pretende fazer uma discussão deste caso, analisando criticamente a posição do Supremo Tribunal Federal confrontando-a com uma concepção de direito com fundamento deontológico, baseada no pensamento de Ronald Dworkin.

Frise-se que se trata de um trabalho exploratório, inicial. Cuida-se das primeiras observações que pretendem fundamentar um estudo mais aprofundado sobre o tratamento dado pela "jurisprudência de valores" à questão da nulidade dos atos administrativos.

2. DESCRIÇÃO DO CASO

A lei 1762/86 do Estado do Amazonas previu em seu art. 139, II que os ocupantes de última classe de cada carreira, ao se aposentarem voluntariamente, teriam os seus *proventos acrescidos de vinte por cento*. A esta vantagem convencionou-se chamar de "bonificação de aposentadoria."

² A súmula 473 do STF está assim redigida: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam 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 a apreciação judicial". Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

Ocorre que, ao tempo da promulgação desta Lei, vigorava a Carta Magna de 1967 emendada pela EC 01/69 que, ao dispor sobre a aposentadoria do servidor público, determinava que *em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida pelo servidor na atividade* (art.102,§ 2.º).

Diante dessa constatação, a Administração Pública Estadual resolveu anular esses atos de aposentadoria, com base, inclusive, na súmula 473 do Supremo e na tese, também acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, de que não há direito adquirido em face de Lei Inconstitucional.

A questão chegou ao Judiciário Estadual, tendo o Estado sido derrotado junto ao Tribunal local. Por meio de recurso extraordinário, o Estado fez chegar a questão ao STF e após várias decisões que deixaram de enfrentar o tema entendendo ser de natureza infraconstitucional o debate empreendido pelo TJAM, um dos processos foi decidido, no mérito, por um dos Ministros e após confirmado pela unanimidade dos Ministros da Segunda Turma. Trata-se do RE 328232/AM. Da decisão monocrática que serviu de base para o acórdão da segunda Turma, extrai-se, o seguinte trecho que sintetiza a posição vencedora:

"A lei inconstitucional nasce morta. Todavia, os efeitos porventura produzidos podem se incorporar ao patrimônio dos administrados, tendo em vista, sobretudo, o princípio da boa-fé. No caso, ao recorrido foi concedida a gratificação quando de sua aposentadoria. Vinha ele percebendo essa gratificação, quando sobreveio a Constituição de 1988, que não contém a proibição que se inscrevia na CF/1967, art. 102, § 2º. Parece evidente que a concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com observância do princípio da boa-fé. Ela tem, por outro lado, caráter alimentar. Ora, retirá-la, a esta altura, quando ela, efeito da lei estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente, não teria sentido. Retirá-la, quando a sua concessão viu-se coberta pelo princípio da boa-fé, representaria ofensa a esse

princípio, certo, convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz. Os efeitos da Lei 1.762/86, art. 139, II, não de permanecer, porque concedidos e obtidos com base na boa-fé. Ademais, viram-se convalidados pela CF/88.”³

Observa-se claramente que se procura estabelecer um conflito entre o princípio da Legalidade e, mais especificamente, da supremacia da Constituição e o princípio da boa fé ou mesmo o da segurança jurídica, já que ambos estão relacionados com o valor que, ao que parece, se considerou superior: a estabilidade das relações jurídicas.

Acredita-se, no entanto, que diversas críticas podem ser formuladas em face da decisão transcrita acima.

3. APRECIÇÃO CRÍTICA

Inicialmente é preciso se afirmar a consciência de se estar falando a partir de um paradigma⁴ - cuja construção ainda está em pleno andamento – qual seja, o do Estado democrático de Direito (CARVALHO NETO, 2004; PAIXAO, 2003). Esse

RE 328232, Rel. Min. Carlos Velloso. Ressalte-se que a decisão, que posteriormente transformou-se em acórdão da Turma, passou a ser considerada o precedente para as demais decisões da Corte nos inúmeros casos idênticos que se seguiram. Cf., exemplificadamente, os RE's 384.334/AM; 434.221/AM, ambos da lavra do Min. Eros Grau. Todos esses acórdãos estão disponíveis em <http://www.stf.gov.br>.

⁴ Entendendo-se paradigma como “esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo substanciadas no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que há um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmo e do mundo.” (CARVALHO NETO, 2004, p. 29). Assim, o paradigma, ao mesmo tempo em que molda o olhar do observador, ajuda-o a solucionar os problemas que se colocam em sua pesquisa.

paradigma, que sucedeu ao do Estado liberal e ao do Estado Social⁵, acolhe e possibilita a interlocução de diversos sujeitos falando a partir de diferentes lugares, o que favorece o raciocínio plural e crítico.⁶

Dai porque se pode falar em crítica ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, apesar de, no plano jurídico-formal, ter a última palavra sobre a interpretação constitucional, nem por isso está indene de críticas por parte dos operadores jurídicos.

No caso em foco, a decisão merece críticas primeiramente porque subverteu os critérios ordinários de solução de antinomias. Mesmo os autores que defendem a técnica de ponderação de valores sustentam que ela só deve ser utilizada caso se constatar a impossibilidade de solução dos conflitos normativos através dos critérios ordinários, quais sejam, critérios temporal, hierárquico e da especialidade (Cf. BARCELLOS, 2005, p. 28 e ss.). Ao decidir o caso do Estado do Amazonas, a Corte ignorou o critério hierárquico passando imediata e desnecessariamente a ponderar valores, apesar da evidente (e reconhecida) inconstitucionalidade da Lei Estadual.

Mas a questão é mais profunda. Assim decidindo o STF foi de encontro a um preceito que está na base do movimento constitucionalista moderno, qual seja o de supremacia da Constituição. Trata-se de preceito que, não custa lembrar, faz parte de um processo histórico de afirmação de garantias dos cidadãos contra um poder ilimitado e que

⁵ Suceder aqui não significa eliminar os demais, pois, conforme lembra CARVALHO NETO, "aspectos relevantes de paradigmas anteriores, inclusive o da antiguidade, ainda possam encontrar curso entre nós, a condicionar leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais." (2004, p. 29).

⁶ Conforme SALDANHA (2003, p. 54): "O Pensar diante de algo assim dado como mundo ou estrutura social, pode limitar-se ao registro ou chegar 'a aceitação, através de formas de linguagem que vão da simples palavra designadora à consagração ou à apologia justificativa; pode também, dentro de uma escala correlata, substituir a aceitação e a apologia pela negação e pela contestação. Este 'pode' é que nos permite rotulá-lo com o nome de crítico entendida a crítica como algo bastante amplo."

teve sua (re) afirmação no célebre julgamento pela Corte Constitucional Americana do caso "Marbury vc. Madison" (BONAVIDES, 2006, p. 306)

O pressuposto da supremacia da Constituição está diretamente conectado ao ideal constitucionalista de limitação dos governos. Esta limitação, por sua vez, se dá em primeiro lugar mediante uma Constituição escrita que, em segundo lugar, deve ser rígida, no sentido de ter procedimento diferenciado para sua modificação, o que revela sua superioridade em relação às demais normas do ordenamento. Em terceiro lugar, é importante a existência de um órgão que zele pela supremacia da Constituição: *"A existência deste órgão é essencial, porque, de outro modo, não existiria qualquer remédio contra a violação da Constituição por parte do Governo-Maioria, afora o direito abstrato a revolução ou a uma hipotética possibilidade de recorrer a força."* MATTEUCCI (1995, p. 256).

Desconsiderando o princípio da supremacia da Constituição, o Tribunal, a pretexto de conservar a estabilidade das relações jurídicas **cria, na verdade, uma insegurança jurídica**, de vez que julga de forma diametralmente oposta à teses que sua jurisprudência ajudou a sedimentar, quais sejam a impossibilidade de admissão da constitucionalidade superveniente⁷ e a própria súmula 473 do STF.

Na mesma direção o posicionamento de MAUS (2000, p.200), para quem *"a transformação da Constituição em uma 'ordem de valores' confere às determinações constitucionais individuais (por meio da 'abertura' de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntariamente os princípios constitucionais positivados."* Assim, ao que se infere, esse tipo de interpretação, contribuiria para uma inversão de expectativas do cidadão que se veria forçado a aprender para o futuro o que lhes seria permitido (extremamente incerto) a partir das decisões dos Tribunais. (MAUS, 2000, p. 190).

⁷ A impossibilidade de se admitir a constitucionalidade superveniente de uma lei foi assentada no julgamento da ADIN 02, do qual foi relator o Min. Paulo Brossard. Acórdão disponível em <http://www.stf.gov.br>.

Ao desrespeitar o direito vigente à época do conflito, o STF desconsiderou o caráter deontológico do direito⁸, e, assim como no caso do racismo, tornou a decisão jurídica uma questão de mero gosto ou preferência pessoal entre dois valores elegidos, não buscando, pois dar **integridade ao direito** (DWORKIN, 2003, p. 273 e ss.).

A noção de direito como integridade está profundamente relacionada com a questão da interpretação e exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as presentes, a partir dos princípios de igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos:

"(...) Ao decidir um novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em uma nova direção." (DWORKIN, 2000, p. 238)

Além disso, para Dworkin, só existe uma decisão correta no Direito. Essa decisão só pode ser encontrada se o juiz mergulhar no conceito fático, nos argumentos das partes,

8

⁸ Sobre o contraponto entre o caráter deontológico (obrigatório) do direito e a concepção axiológica, lúcidas são as observações de CATTONI DE OLIVEIRA: "Esse entendimento judicial [concepção axiológica] que pressupõe a possibilidade de aplicação gradual de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do direito. E tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham de um modo comunitarista os mesmos supostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo." (2005, p. 05)

com seus pré-conceitos e pré-concepções, tentando olhar para todos os lados com igual respeito e consideração. Obviamente isso só será possível se considerarmos algumas pressuposições normativas nas quais se assenta a atividade jurisdicional: a necessidade de fundamentação das decisões com base no direito vigente e o pressuposto de que o juiz conhece todo o direito (PEREZ, 2003, p. 19,20).

Daí porque se critica a decisão do STF no caso descrito. Deixou-se de lado o direito vigente à época, ignorou-se o repertório de decisões semelhantes (inclusive sumuladas), não houve respeito às regras do jogo estabelecidas (princípio da supremacia das normas constitucionais, possibilidade da administração rever seus próprios atos quando inconstitucionais), não foram levados em consideração os argumentos da Administração, somente o interesse da outra parte envolvida.

4) CONCLUSÕES

a) O princípio da Legalidade e da Supremacia da Constituição ainda são extremamente importantes e atuais mesmo na construção contemporânea do paradigma do Estado Democrático de Direito;

b) Supremo Tribunal Federal vem interpretando a Constituição como uma "ordem concreta de valores", o que implica uma escolha pessoal entre valores elegíveis e desconsidera o caráter deontológico do direito;

c) No campo das nulidades do ato administrativo, a "escolha" tem se dado entre o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica ou da boa-fé;

d) No caso que causou a indagação do autor, o Tribunal desconsiderou as "regras do jogo" violando princípios assentados na própria jurisprudência do Tribunal como o da supremacia da Constituição e o da possibilidade de anulação dos atos administrativos, pela própria administração, quando ilegais, indo de encontro, pois, a uma postura que procure dar **integridade** ao direito.

REFEFÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARANHA, Marcio Nunes. Segurança jurídica stricto sensu e legalidade dos atos administrativos. Convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, ano 34, n.134, p. 59-73, abr./jun. 1997.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. "A Nova Hermenêutica na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: Fórum administrativo. Belo Horizonte: Forum, n. 16, mar. 2001.

_____. "A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais" In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. "A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político social)*. Disponível na internet em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 12.07.2005

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado contemporâneo. *Revista de direito público*, São Paulo, ano 20, n. 84, p 47-63, out./dez. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 8.ed. Brasília: EdUNB, 1995. 2 v.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Revista de Novos Estudos, CEBRAP*. n. 58, p.183-202, nov. 2000.

OMMATI, Jose Emilio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: O direito como integridade. In: CATTONI DE

OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOARES, Rogério Ehrardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano. 119, n. 3743-3744, jun./jul. 1986.

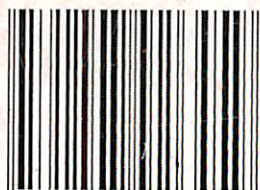


GOVERNO DO ESTADO DO

AMAZONAS

Impresso nas Oficinas Gráficas
da Imprensa Oficial do Estado

ISSN 1807926-1



9 771807 926459